



**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

**Universidad del Perú. Decana de América**

Dirección General de Estudios de Posgrado  
Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Unidad de Posgrado

**Delito del incumplimiento de deberes funcionales:  
límites entre el derecho administrativo sancionador y  
el derecho penal**

**TESIS**

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia  
Política

**AUTOR**

César Alejandro FRANCO GONZALES

**ASESOR**

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO

Lima, Perú

2022



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

## Referencia bibliográfica

---

Franco, C. (2022). *Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

---

### Metadatos complementarios

| Datos de autor                   |                                                                                           |
|----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| Nombres y apellidos              | César Alejandro Franco Gonzales.                                                          |
| Tipo de documento de identidad   | DNI                                                                                       |
| Número de documento de identidad | 10803776                                                                                  |
| URL de ORCID                     | No registro                                                                               |
| Datos de asesor                  |                                                                                           |
| Nombres y apellidos              | Silfredo Jorge Hugo Vizcardo.                                                             |
| Tipo de documento de identidad   | DNI                                                                                       |
| Número de documento de identidad | 08377880                                                                                  |
| URL de ORCID                     | <a href="https://orcid.org/0000-0002-6996-2721">https://orcid.org/0000-0002-6996-2721</a> |
| Datos del jurado                 |                                                                                           |
| Presidente del jurado            |                                                                                           |
| Nombres y apellidos              | José Francisco Urquizo Olachea                                                            |
| Tipo de documento                | DNI                                                                                       |
| Número de documento de identidad | 08762004                                                                                  |
| Miembro del jurado 1             |                                                                                           |
| Nombres y apellidos              | Marcial Eloy Paucar Chappa.                                                               |
| Tipo de documento                | DNI                                                                                       |
| Número de documento de identidad | 41318295                                                                                  |
| Miembro del jurado 2             |                                                                                           |
| Nombres y apellidos              | Miguel Ángel Sánchez Mercado                                                              |
| Tipo de documento                | DNI                                                                                       |
| Número de documento de identidad | 10026992                                                                                  |
| Miembro del jurado 3             |                                                                                           |
| Nombres y apellidos              | Napoleón Cabrejo Ormachea.                                                                |
| Tipo de documento                | DNI                                                                                       |

|                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                  |
|--------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Número de documento de identidad                       | 05416464                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Datos de investigación</b>                          |                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Línea de investigación                                 | E.1.2.2. Derecho Penal                                                                                                                                                                                                                           |
| Grupo de investigación                                 | No aplica.                                                                                                                                                                                                                                       |
| Agencia de financiamiento                              | Sin financiamiento.                                                                                                                                                                                                                              |
| Ubicación geográfica de la investigación               | <p>Universidad Nacional Mayor de San Marcos</p> <p>Edificio: Unidad de Post Grado de Derecho</p> <p>País: Perú</p> <p>Departamento: Lima</p> <p>Provincia: Lima</p> <p>Distrito: Jesús María.</p> <p>Latitud: 46.91667</p> <p>Longitud: 4.25</p> |
| Año o rango de años en que se realizó la investigación | Abril 2018 - noviembre 2022                                                                                                                                                                                                                      |
| URL de disciplinas OCDE                                | <p>Derecho Penal</p> <p><a href="https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02">https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02</a></p>                                                                                                                  |



**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

*(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)*

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POST GRADO**

**ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

En la ciudad de Lima, el primer día del mes de diciembre del año dos mil veintidós, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. José Francisco Urquiza Olaechea, con la asistencia de los Profesores: Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, Dr. Napoleón Cabrejo Ormachea, Dr. Marcial Eloy Paucar Chappa, Dr. Miguel Ángel Sánchez Mercado y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. César Alejandro FRANCO GONZALES**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“DELITO DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES: LÍMITES ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

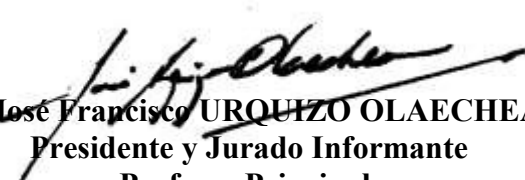
---

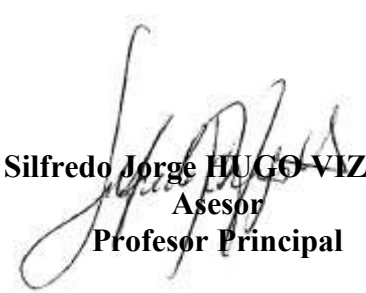
**Aprobado con calificación de Bueno con la nota de Dieciséis ( 16 )**

---

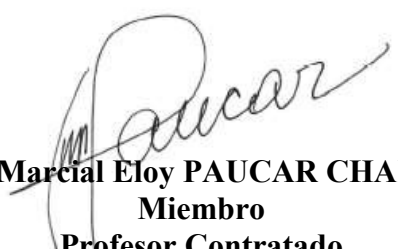
A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. César Alejandro FRANCO GONZALES**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las dieciocho y cincuenta minutos horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.

  
**Dr. José Francisco URQUIZA OLAECHEA**  
Presidente y Jurado Informante  
Profesor Principal

  
**Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO**  
Asesor  
Profesor Principal

  
**Dr. Napoleón CABREJO ORMACHEA**  
Miembro  
Profesor Auxiliar

  
**Dr. Marcial Eloy PAUCAR CHAPPA**  
Miembro  
Profesor Contratado

  
**Dr. Miguel Ángel SANCHEZ MERCADO**  
Jurado Informante  
Profesor Invitado

## **INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD N° 093-2022-UPGD**

1. **FACULTAD:** FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.
2. UNIDAD DE POSGRADO.
3. **DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA:**
4. DR. FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA.
5. **OPERADOR:** JOYCE AURORA CÓRDOVA ABANTO
6. **TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**
7. **AUTOR:** CÉSAR ALEJANDRO FRANCO GONZALES.
8. **TESIS:** “DELITO DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES: LÍMITES ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL”.
9. **FECHA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTO (CORREO ELECTRÓNICO):** 17/11/2022
10. **FECHA DE APLICACIÓN DEL PROGRAMA INFORMÁTICO DE SIMILITUDES:**  
21/11/2022
11. **SOFTWARE UTILIZADO:**
  - a. TURNITIN
12. **CONFIGURACIÓN DE PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
  - a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
  - b. Excluye bibliografía
  - c. Excluye cadenas menores a 40 palabras
  - d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc.)
13. **PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
  - a. 08% (Ocho por ciento)

Se adjunta link para descargar informe completo, **en el informe se señala en colores las coincidencias encontradas**, las cuales no superan el 10% permitido.

Link de descarga de informe completo:

[https://drive.google.com/file/d/1IMceVzW5Wne1oxUirjVWN9yNjNsGv3MI/view?usp=share\\_link](https://drive.google.com/file/d/1IMceVzW5Wne1oxUirjVWN9yNjNsGv3MI/view?usp=share_link)

## **CALIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD**

- a. Documento cumple criterios de originalidad

Lima, 21 de noviembre del 2022



**Dr. Francisco José Miró Quesada Rada**  
**DIRECTOR**

**Dedicatoria:**

A Dios, mi amada madre Rosalinda, mi esposa Raquel, e hijos: Daniela, Noelia y mi pequeño César Abraham de quienes me siento muy orgulloso.

**Agradecimiento:** a mi alma mater, UNMSM, y sus distinguidos profesores: Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo (Asesor), Dr. Miguel Ángel Sánchez Mercado y el Dr. José Urquiza Olachea, quienes con sus acertadas observaciones aportaron al presente trabajo.

**ÍNDICE:**

|                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| RESUMEN.....                                                                | VII |
| ABSTRACT.....                                                               | IX  |
| INTRODUCCIÓN.....                                                           | 1   |
| ASPECTOS METODOLÓGICOS .....                                                | 4   |
| Situación Problemática .....                                                | 4   |
| Formulación Del Problema .....                                              | 10  |
| Problema principal.....                                                     | 10  |
| Problemas Secundarios.....                                                  | 10  |
| Formulación De Hipótesis.....                                               | 11  |
| Hipótesis principal.....                                                    | 11  |
| Hipótesis Secundarias .....                                                 | 11  |
| Objetivos De La Investigación .....                                         | 12  |
| Objetivo Principal.....                                                     | 12  |
| Objetivos Secundarios.....                                                  | 12  |
| Metodología Aplicada .....                                                  | 13  |
| <b>CAPITULO I</b> .....                                                     | 14  |
| ANTECEDENTES DE INVESTIGACIONES SIMILARES.....                              | 14  |
| Tesis nacionales .....                                                      | 14  |
| Tesis internacionales.....                                                  | 19  |
| ESTADO ACTUAL DE LAS PROPUESTAS DOCTRINARIAS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA. .... | 21  |
| MARCO TEORICO/ ESTADO DE LA CUESTION .....                                  | 22  |
| TITULO I.....                                                               | 22  |
| DERECHO PENAL Y NORMA .....                                                 | 22  |
| EL ROL DE LA POLÍTICA CRIMINAL .....                                        | 23  |
| EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA PENAL .....                                        | 27  |
| <b>TITULO II</b> .....                                                      | 31  |
| NUEVAS TENDENCIAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL .....                             | 31  |
| <b>TITULO III</b> .....                                                     | 36  |
| LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL .....                            | 36  |
| Principio de legalidad.....                                                 | 37  |
| Control de legalidad de la norma .....                                      | 39  |
| a.- Expediente 0010-2002- AI/TC. ....                                       | 40  |
| b.- Expediente N° 00197-2010-PA/TC. ....                                    | 40  |
| c.- Expediente N° 00156-2012-PHC/TC/LIMA.....                               | 41  |
| d.- Expediente N° 02050-2002-AA/TC.....                                     | 42  |
| e.- Pleno Jurisdiccional Expediente 0006-2014-PI/TC.....                    | 42  |
| Principio de necesidad o de mínima intervención.....                        | 46  |
| Sub Principio de subsidiaridad.....                                         | 47  |
| Sub Principio de fragmentariedad.....                                       | 48  |

|                                                                                                             |                                      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|
| Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos .....                                             | 53                                   |
| TITULO IV.....                                                                                              | 54                                   |
| PRONUNCIAMOS CONTRADICTORIOS.....                                                                           | 54                                   |
| Observaciones en la descripción de la conducta reprimida.....                                               | 55                                   |
| Observaciones en la tipicidad.....                                                                          | 56                                   |
| Observaciones de la antijuridicidad o “ilegalidad” de la conducta requerida por el tipo penal.....          | 57                                   |
| TITULO V .....                                                                                              | 61                                   |
| ANALISIS DEL DELITO DE OMISIÓN Y SU RELACION CON LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER .....                   | 61                                   |
| AUTORIA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE OMISIÓN Y SU RELACIÓN CON LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER..... | <b>¡Error! Marcador no definido.</b> |
| TITULO VI.....                                                                                              | 69                                   |
| TEORIA DE LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER.....                                                           | 69                                   |
| RESPONSABILIDAD POR LOS RESULTADOS EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER ...                                | 73                                   |
| EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES COMO UNA INFRACCIÓN DE DEBER POSITIVO .....              | 74                                   |
| TITULO VII.....                                                                                             | 78                                   |
| DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....                                                 | 78                                   |
| CAMPO NORMATIVO DE AMBAS DISCIPLINAS .....                                                                  | 82                                   |
| RELACION ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL ...                                 | 84                                   |
| EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL PERÚ .....                                                      | 86                                   |
| TITULO VIII.....                                                                                            | 90                                   |
| DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA.....                                                               | 90                                   |
| DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DENTRO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA .....                   | 92                                   |
| LA FUNCION PÚBLICA.....                                                                                     | 95                                   |
| FUNCIONARIO PÚBLICO O SERVIDOR PÚBLICO.....                                                                 | 95                                   |
| DIFERENCIAS ENTRE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.....                                                       | 96                                   |
| LA JUSTIFICACION DE LA SANCION DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA.....                         | 99                                   |
| DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA Y DETERMINACION DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO .....                   | 100                                  |
| TITULO IX.....                                                                                              | 107                                  |
| ANALISIS DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES .....                                          | 107                                  |
| ESTRUCTURA DE LA IMPUTACION AL TIPO OBJETIVO .....                                                          | 108                                  |
| Tipicidad objetiva.....                                                                                     | 108                                  |
| Crítica de los Verbos Rectores.....                                                                         | 110                                  |
| Crítica a la estructura del Tipo Objetivo .....                                                             | 112                                  |
| Respecto de la tipicidad subjetiva.....                                                                     | 115                                  |
| Necesidad de redefinir el bien jurídico protegido .....                                                     | 115                                  |
| TITULO X .....                                                                                              | 122                                  |
| EVOLUCION EN LA LEGISLACION NACIONAL DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES .....              | 122                                  |
| PROYECTO DEL CODIGO PENAL.....                                                                              | 123                                  |

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>TITULO XI</b> .....                                                                            | 125 |
| LEGISLACION INTERNACIONAL Y TRATAMIENTO DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES. .... | 125 |
| Primera propuesta: .....                                                                          | 125 |
| Países que no regulan la figura penal. ....                                                       | 125 |
| Segunda propuesta: .....                                                                          | 126 |
| Países que regulan idéntica figura .....                                                          | 126 |
| Caso especial en Argentina: .....                                                                 | 127 |
| Tercera propuesta: .....                                                                          | 128 |
| Primer modelo: Regulación con algunas variantes .....                                             | 128 |
| Segundo modelo: elimina "ilegalmente" sin reemplazarlo por otro termino. ....                     | 131 |
| Tercer Modelo: Establecen Controles Previos .....                                                 | 132 |
| CAPITULO II .....                                                                                 | 136 |
| TOMA DE POSTURA / SOLUCION / CONTRASTACION DE HIPOTESIS. ....                                     | 136 |
| Contratación de Hipótesis .....                                                                   | 136 |
| Hipótesis principal .....                                                                         | 136 |
| Hipótesis secundarias .....                                                                       | 136 |
| Análisis e Interpretación del Problema planteado .....                                            | 137 |
| Toma de Postura .....                                                                             | 144 |
| Propuesta de Solución al Problema .....                                                           | 147 |
| CAPITULO III .....                                                                                | 149 |
| Consecuencias de la implementación de la propuesta .....                                          | 149 |
| Beneficios que aporta la Propuesta .....                                                          | 149 |
| En el plano normativo: .....                                                                      | 149 |
| En el plano judicial: .....                                                                       | 149 |
| En el plano internacional: .....                                                                  | 149 |
| En el plano Académico: .....                                                                      | 150 |
| Conclusiones .....                                                                                | 151 |
| Recomendaciones .....                                                                             | 154 |
| En el marco académico y doctrinario .....                                                         | 154 |
| En relación al marco institucional del Estado .....                                               | 154 |
| Propuesta de lege ferenda .....                                                                   | 156 |
| Modificaciones legislativas .....                                                                 | 156 |
| Referencias bibliográficas .....                                                                  | 157 |

## RESUMEN:

El presente trabajo pretende abordar el análisis si, conforme la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales (artículo 377° del Código Penal), más allá de la protección del normal funcionamiento de la administración pública, se logra establecer la protección de un bien jurídico específico, acorde con los principios de legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

Para ello, se debe determinar si, la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales, como norma de remisión, cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto del principio de legalidad. Es decir, si esta norma, logra establecer de manera clara y precisa los contornos y el contenido de la conducta penalmente relevante (lex certa, taxatividad o tipicidad) en el sentido que prohíbe cláusulas legales indeterminadas de manera tal que, el proceso de subsunción del hecho imputado, sea verificable con relativa certidumbre.

Analizar por otro lado, si esta norma, se encuentra redactado dentro de un marco de respeto al principio de mínima intervención. Si, en su aplicación, permite o no diferenciar de manera clara entre una infracción administrativa y una infracción penal. Para ello, se aborda el estudio de los principios básicos de la Dogmática Penal; las tareas que cumple la Política Criminal; las diferencias, encuentros y los límites entre el derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal; se aborda un estudio teórico e histórico de la evolución y conceptualización de los delitos contra la administración pública; del delito de incumplimiento de deberes funcionales; se efectúa un estudio del derecho comparado y nuestra jurisprudencia. Finalmente, luego de verificadas las hipótesis y desarrollados las conclusiones se propone la modificación del tipo penal vigente adecuándolo a los principios de legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

Palabras clave: Delito, incumplimiento deberes funcionales, derecho administrativo sancionador, Derecho Penal.

## ABSTRACT

The present work aims to address the analysis if, according to the current redaction of the objective criminal type of breach of functional duties (article 377 of the Penal Code), Beyond the protection of the normal functioning of the public administration, it is possible to establish the protection of a specific legal right, according to the principles of legality and minimal intervention of criminal law.

To do this, it must be determined whether the current redaction of the objective criminal type of the crime of breach of functional duties, as a referral standard, meets the standards to determine the content of criminally relevant conduct within a framework of respect for the principle of legality. That is to say, if this norm manages to establish clearly and precisely the contours and content of the criminally relevant conduct (lex certa, taxativity or typicity) in the sense that it prohibits indeterminate legal clauses in such a way that the process of subsumption of the imputed fact is verifiable with relative certainty.

Analyze, on the other hand, if this rule is written within a framework of respect for the principle of minimum intervention. Whether or not your application allows you to clearly differentiate between an administrative offense and a criminal offense. For this, the study of the basic principles of Criminal dogmatics is addressed; the tasks fulfilled by the criminal policy; the differences, encounters and limits between sanctioning administrative law and criminal law; a theoretical and historical study of the evolution and conceptualization of crimes against public administration is addressed; of the crime of breach of functional duties; A study of comparative law and our jurisprudence is carried out. Finally, after verifying the hypotheses and developing the conclusions, the modification of the current criminal type adapting it to the principles of legality and minimal intervention of criminal law is proposed.

Keywords: Crime, breach of functional duties, sanctioning administrative law, criminal law.



## INTRODUCCIÓN

Dentro del título XVIII de nuestro Código Penal que regula los delitos contra la Administración Pública, se protege el buen funcionamiento de la administración pública como bien genérico, común a todos los delitos. Por otro lado, se desarrolla un bien jurídico específico. Particular a cada delito o grupo de ellos. Sin embargo, respecto del delito de incumplimiento de deberes funcionales, entendido como un delito de infracción de deber y modalidad de abuso de autoridad, en el que también se protege el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública como bien genérico, poco se ha desarrollado cuando se trata del bien jurídico específico protegido. Se advierte en todo caso que no existe un criterio uniforme.

Del análisis del tipo penal, verificamos que, con el término “ilegalmente”, se establece un criterio que busca proteger la legalidad en el ejercicio de funciones encomendadas al funcionario público. Sin embargo, consideramos que resulta necesario determinar si, este elemento, es suficiente o, es necesario replantear el núcleo de protección, el bien jurídico específico protegido, a la luz de los principios de legalidad y mínima intervención que informan al Derecho Penal.

Así, dentro de los lineamientos de una estructura tripartita del delito<sup>1</sup>, se busca determinar si, el tipo penal contenido en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, muestra falencias de criterios, de directrices que reflejen una política criminal clara, coherente y uniforme, de cara al respeto de la dignidad de la persona humana. Se analiza si la redacción del tipo penal, atendiendo que estamos frente a un tipo penal en blanco y de remisión,

---

<sup>1</sup> Dentro de la doctrina penal es verdad que existen serias discusiones respecto de los elementos que componen la estructura del delito. La mayoritaria, que asume este trabajo, es la que considera que el hecho punible es una conducta típica, antijurídica y culpable y cada elemento es presupuesto del siguiente. Por consiguiente, la relación que existe entre la tipicidad y antijuridicidad es que la primera es la ratio cognoscendi y no essendi de la segunda.

cumple los estándares establecidos en los diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional. Esto es, si logra describir el núcleo esencial de la conducta prohibida observando el principio de legalidad en su vertiente que prohíbe cláusulas legales indeterminadas (lex certa, taxatividad o tipicidad) de manera tal que, el proceso de subsunción del hecho imputado en el tipo penal, sea verificable con relativa certidumbre. Por otro lado, también se analiza si, en este caso, el empleo de la pena (principio de mínima intervención: fragmentariedad y subsidiariedad), tiene sustento en la necesidad de asegurar la normal convivencia social, de cara al Derecho Penal material. Dentro del desarrollo de estos objetivos se analiza si, con la unión de los elementos normativos “ilegalmente” y “algún acto de su cargo” referidos al incumplimiento de deber del funcionario público, el legislador, al pretender subsumir todos los incumplimientos en el que pueda incurrir un funcionario público, criminalizándolos, vulnera o no el principio de fragmentariedad que establece que “no toda infracción administrativa debe trascender a un delito” (Villavicencio Terreros, 2007, pág. 94).

En ese sentido, atendiendo a los resultados del trabajo de investigación, se pondrá a debate un nuevo tipo penal. En ese sentido, se realiza un estudio teórico, histórico y jurisprudencial de la evolución y conceptualización del delito de incumplimiento de deberes funcionales en nuestro país; se recurre al derecho comparado analizando las propuestas normativas extranjeras en esta materia; se estudia los límites entre el derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal para una redacción que restrinja la acción penal a casos estrictamente necesarios; se busca determinar los aportes que brinda el elemento “ilegalmente”; determinar si este elemento, aunado a “algún acto de su cargo”, son suficientes para delimitar adecuadamente la conducta penalmente relevante.

En ese orden de ideas, hemos dividido el trabajo en tres partes. La primera, sobre los aspectos metodológicos; la segunda, la estructura teórica de la tesis, donde abordamos los fundamentos conceptuales de la legalidad, la naturaleza penal de la conducta, el proceso de criminalización y su relación

con el Derecho administrativo sancionador. Las nuevas tendencias en la regulación del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal; la regulación del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho penal. Los límites constitucionales y regulación del Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador. Analizaremos también la estructura del delito y la técnica legislativa. El delito de omisión, la teoría del delito y la infracción del deber. Y en general el estudio del delito de incumplimiento de deberes funcionales, con referencia a su tipicidad vigente, la contenida también en el proyecto de Código Penal de 2016. También abordaremos, el estudio del derecho comparado, analizando en 19 legislaciones internacionales para determinar, si las mismas, regulan o no dicha figura penal. De hacerlo, establecer las diferencias o similitudes. Este trabajo de derecho comparado, conjuntamente con el análisis de la jurisprudencia nacional a lo largo del trabajo, va a permitir enriquecer las conclusiones y recomendaciones en la tercera parte.

## ASPECTOS METODOLÓGICOS

### Situación Problemática

Es de público conocimiento que actualmente la cárcel pública no viene cumpliendo los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Tampoco es un secreto que los penales a nivel nacional se encuentran absolutamente hacinados y este “no es un problema reciente, ni exclusivo de la región ni de nuestro país. Asimismo, no es causado únicamente ni principalmente por la deficiente infraestructura de los pabellones o la falta de establecimientos penitenciarios, sino, en realidad, por diversas políticas sobre aumento de penas y persecución penal” (Tribunal Constitucional, exp. N.º 05436-2014-PHC/TC, FJ.26., 2020)<sup>2</sup>. En consecuencia, resulta un problema tener dentro de nuestra legislación penal vigente, un tipo penal irrazonablemente abierto, de mera acción, residual y que sanciona penalmente la omisión, rehusamiento y el mero retardo de <<algún acto propio del cargo>> en la que incurra un funcionario público dentro de la administración pública. Esta realidad se agrava cuando se comprueba que el Congreso de la República, desde el texto original contemplado en el Código Penal de 1991, viene diseñando, proponiendo y aprobando agravantes cada vez más severas. Con penas que llegan hasta los cinco años de pena privativa de la libertad. Sin ningún criterio alguno. Utilizando una técnica casuística, desordenada en el que se recoge el clamor

---

<sup>2</sup> En efecto, el Tribunal Constitucional, en el punto tres de la parte resolutive de la sentencia señalada declaró recientemente “que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional”, de esta forma, desde un organismo público denunció el hacinamiento que vienen sufriendo las cárceles públicas, e incluso ha intimado al Estado que sí, en el plazo de 5 años no ha adoptado las medidas necesarias para superar dicho estado de cosas inconstitucional, los establecimientos penitenciarios deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa, lo que implica ya sea un cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos o el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, lo que resulta imposible si se tiene en cuenta que conforme las estadísticas “del INPE hasta febrero de 2020, se advierte que 49 de los 68 establecimientos penitenciarios a nivel nacional tienen la condición de hacinados”. Ello en el fundamento jurídico 73.

mediático del momento. Dentro de esta misma política, por ejemplo, actualmente se encuentra en discusión el Proyecto de Ley N° 0670/2021-PE, el cual pretende incorporar el artículo 55-A a la Ley N° 29277, Ley de la carrera judicial. Mediante la misma, se pretende incorporar como falta grave con sanción de destitución cuando un magistrado no emita sentencia dentro del plazo de ley<sup>3</sup>. Ello, criminalizando el comportamiento de los jueces sin base, ni sustento alguno. Sin conocer la realidad judicial, conforme lo ha denunciado públicamente la presidente del Poder Judicial Elvia Barrios Alvarado.

De ahí la necesidad de generar iniciativas que busquen la descriminalización de conductas adecuando los tipos penales a las exigencias de los principios de legalidad y mínima intervención. Diseñando además como mecanismos alternativos de la pena privativa de la libertad otras sanciones como, la multa, el pago de una reparación civil, la suspensión o finalmente el cese definitivo de funciones del funcionario público encontrado responsable penalmente.

Para lograr este propósito, se debe tener en cuenta que, de todo el universo de conductas que afectan o lesionan determinados bienes jurídicos, en base de la naturaleza fragmentaria del derecho penal, el legislador penal, únicamente debe recurrir al mismo para sancionar los ataques que revisten mayor entidad o gravedad. Lo que no viene ocurriendo en el delito de incumplimiento de deberes funcionales. En efecto, del análisis de la jurisprudencia, se verifica que se viene instaurando proceso penal por conductas cuyo control deberían de quedar dentro del campo del derecho administrativo sancionador, como por ejemplo, el retardo en tramitar una solicitud de licencia de funcionamiento: “Se produce...abuso de autoridad ...[cuando la] funcionaria del sector educación, retardado el trámite de la solicitud...sobre la apertura y funcionamiento del instituto superior,

---

<sup>3</sup> “Los jueces recibirán una sanción de suspensión de 12 a 18 meses si no emiten, de manera injustificada, su pronunciamiento sobre la pretensión dentro de los plazos legales establecidos, deciden sobre materias ajenas a las solicitadas por las partes o que se debieron tramitar en una vía procesal distinta” En caso de reiteración en las infracciones, se aplicará la destitución. Esta figura se configurará a partir de la segunda comisión de una misma falta, plantea la cuestionada iniciativa legislativa.

infringiendo... el artículo 14 del Decreto Supremo 05-94-ED, el cual establece ...plazo máximo de 30 días hábiles para elevar el expediente y hacer las evaluaciones...”. Ejecutoria Superior del 12/05/98, Exp. 8655-97; otra ejecutoria por ejemplo por no expedir copias certificadas: “(...) exige que.... en el ejercicio de sus funciones omita, rehusé o retarde ilegalmente algún acto de su cargo; que, este delito no ha sido realizado (...)...en ninguna oportunidad negaron –de manera ilegal- .... la información que solicitaba... (...) por medio de copias certificadas (...) sino que no se podían expedirse (.) por la falta del pago del arancel (...)” R.N.N. 1666-2010-CUZCO. Del 12/07/2010, f.j.5, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

En otras palabras, se ha perdido de vista que solo puede establecer como delitos una parte de todas aquellas conductas, a pesar de que, para las demás ramas del ordenamiento jurídico, éstas, se reputen como antijurídicas. El profesor español García-Pablos de Molina señala que este principio “es una necesidad político-criminal, acorde con su naturaleza y función. El derecho Penal no debe instrumentar una protección absoluta de todos los bienes jurídicos, sino una tutela parcial y selectiva de los más relevantes y sólo frente a determinadas modalidades de ataque a los mismos: las que entrañan un mayor riesgo” (García Pablos de Molina, 2009, pág. 516). En ese sentido, consideramos que el tipo penal cuestionado, en atención de su deficiente diseño, resulta tan amplio que, además de los casos ya señalados, permite judicializar penalmente la omisión de una orden de necropsia conforme se comprueba en el siguiente pronunciamiento: “Del análisis de lo actuado se colige que no se ha acreditado la comisión del hecho delictuoso, toda vez que si bien el encausado omitió ordenar se practique la necropsia correspondiente; sin embargo, no concurre un elemento esencial constitutivo del delito en referencia, es decir, que el acusado haya actuado ilegalmente al incurrir en dicha omisión” Ejecutoria Suprema del 06/10/97. Exp. 4464-96-Arequipa (Rojas Vargas, Jurisprudencia Penal Comentada, 1999, pág. 395).

En consecuencia, si bien, formalmente, el delito de incumplimiento de deberes funcionales constituye un fragmento de la delincuencia funcional, que

busca sancionar el abuso del cargo, similar a una variedad de los delitos de infracción de deber contemplados en nuestra legislación penal; sin embargo, en la práctica, al encontrarnos frente a un tipo penal abierto y de mera acción, que sanciona al funcionario público que incurre en el incumplimiento (omisión, retardo o rehusamiento) de “algún acto propio de su cargo”, el tipo penal, se convierte en uno subsidiario que alcanza el cien por ciento del universo de incumplimientos de deberes funcionales. Peor aún, si se toma en cuenta que no se indica el rango de la norma de remisión. Ley o norma de menor rango. Y tampoco se exige, en el tipo penal, identificar y citar la norma objeto del pretendido incumplimiento.

Consideramos en ese sentido que, el tipo penal en comento, carece del desarrollo de un bien jurídico específico que vaya más allá de la legalidad del desempeño del funcionario público. Este elemento resulta insuficiente. De ahí que se genere como situación problemática que se comprenda, en muchos casos, como delitos, meras infracciones administrativas tal como ya se ha podido comprobar de los pronunciamientos judiciales citados. Pronunciamientos donde no se atiende a la trascendencia, magnitud o los efectos que pudieran tener dichos incumplimientos para la pacífica convivencia social. Este afán criminalizador se ve reflejado cuando se verifica que además de criminalizar la omisión y el rehusamiento (donde el incumplimiento se hace manifiesto) se sanciona también el mero retardo que, a nuestro criterio, bien puede ser tratado por el derecho administrativo sancionador si tenemos en cuenta el principio de lesividad.

Así, tenemos el texto original artículo 377° del Código Penal que regulaba **“el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, con pena privativa de la Libertad no mayor de dos años y con 30 a 60 días multa”**. Sin embargo, el 23 de noviembre del 2015, se incorporó una agravante sancionando con dos a cinco años de pena privativa de la libertad **“cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar”**. Consideramos que estas dos agravantes

incorporadas carecen de sustento científico. No posee ninguna directriz de política criminal y responden a una coyuntura política. En efecto, resulta evidente que, en la casuística, existen muchísimos casos más graves (que la demora referida a una solicitud de garantías personales o casos de violencia familiar) que bien pueden ser ingresados como nuevas agravantes de manera indefinida como viene ocurriendo con las propuestas legislativas de modificaciones al tipo penal. Todas proponen como solución al problema del incumplimiento de deberes funcionales, la cárcel pública. Sin tener en cuenta el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

Prueba de ello, es que en el Congreso de la República el proyecto de Ley 3303/2018-CR, del grupo parlamentario “Fuerza Popular”, propuso en su oportunidad un nuevo segundo párrafo al artículo 377° **“Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, delitos de Feminicidio, Violación Sexual y Omisión de Asistencia familiar, la pena será privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años, e inhabilitación permanente conforme el artículo 36 inciso 1”**

Por otro lado, el Proyecto de Ley 1131-2011-CR, el cual buscaba armonizar los delitos contra la Administración Pública con las Convenciones Internacionales de lucha contra la Corrupción suscritos por el Perú, derivado el 25 de febrero del 2012 a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, se propuso en el artículo 547 del nuevo proyecto del Código Penal, el delito de incumplimiento de deberes funcionales, si bien es cierto, manteniendo la misma estructura del tipo penal vigente, sin embargo, aumentando el margen punitivo a cinco años de pena privativa de la libertad y adicionando como pena accesoria la inhabilitación por el tiempo que dure la pena, lo que nos parece desmesurado.

Caso similar ocurre con el proyecto del nuevo Código Penal alcanzado nada menos por la secretaria técnica del Consejo Nacional de Política Criminal (Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República,

recaído en los Proyectos de Ley 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo del 2016) el mismo que fuera revisado por el grupo de trabajo conformado con representantes del CONAPOC y con sus aportes trasladado al Congreso de la República mediante informe 01-2017-JUS/CNPC, recogiendo en su artículo 556° el delito denominado omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales donde se fusiona los proyectos existentes de la siguiente forma: “El Funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación de conformidad con los literales a, b, e, i, del artículo 38 y con treinta a sesenta días-multa.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o a una medida de protección dictada en un proceso especial originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes de un grupo familiar caso de violencia familiar, la pena privativa de libertad es no menor de dos ni mayor de cinco años”

## **Formulación Del Problema**

### **Problema principal**

**P.** ¿En la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, se desarrolla un bien jurídico específico acorde con los principios de Legalidad y mínima intervención del Derecho Penal?

### **Problemas Secundarios**

**P.1.** ¿La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de Legalidad del Derecho Penal?

**P.2.** ¿La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de mínima Intervención del Derecho Penal?

## Formulación De Hipótesis

### Hipótesis principal

**H.** En la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, no se desarrolla un bien jurídico específico acorde con los principios de Legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

### Hipótesis Secundarias

**H.1.** La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de Legalidad del Derecho Penal.

**H.2.-** La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de mínima Intervención del Derecho Penal

## **Objetivos De La Investigación**

### **Objetivo Principal**

**O.** Determinar si en la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, se desarrolla un bien jurídico específico acorde con los principios de Legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

### **Objetivos Secundarios**

**O.1.** Determinar si, la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de Legalidad del Derecho Penal.

**O.2.-** Verificar si la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de mínima Intervención del Derecho Penal

**Metodología Aplicada**

La presente tesis es de tipo: "Tesis jurídica-normativa" (no exegética).

tesis descriptiva, correlacional, no experimental y documental.

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES DE INVESTIGACIONES SIMILARES

#### Tesis nacionales

**Magnolia Josefina Paricoto Simón**, en el 2018, sustento la tesis para optar el grado: maestría en la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo de Ancash: “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” (Paricoto Simón, 2018). **Resumen:** señala la tesis 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. Agrega que, pese a tratarse de un delito de infracción de deber en la investigación penal no se busca estratégicamente establecer el acto o actuación administrativa dejado de cumplir por el mismo. La misma plantea como **Problema Principal:** ¿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?; y como **Problemas Accesorios:** ¿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?. Dentro de las **conclusiones**, señala que 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 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. 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. 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.

En ese sentido, partiendo de este análisis efectuado por la tesista, consideramos que, si atendemos que estamos frente a un tipo penal en blanco o abierto, resulta necesario, a efectos de garantizar el cumplimiento del principio de legalidad: identificar y determinar, en cada caso concreto, el contenido de la norma complementaria y de esta manera tener la certeza de la obligación concreta materia de incumplimiento que pesa sobre el imputado. Verificar que la misma se encuentre vigente y, si sobre la misma, recae alguna causa de justificación que excluya el injusto penal.

**Romulo Juan Carcausto Calla**, en el 2008 sustentó la tesis para optar el grado de magister en derecho en la Universidad Nacional del Altiplano: “la responsabilidad civil de fiscales por incumplimiento de sus funciones de titulares de la carga de la prueba Juliaca 2001 – 2005” (Carcausto Calla, 2008). En **Resumen**, el autor señala que, en el contexto del control de la función pública los servidores y funcionarios públicos deben asumir las consecuencias de sus actos, lo que los obliga a desempeñarse con licitud, eficacia, economía, eficiencia y transparencia. La responsabilidad de asumir todas las consecuencias del incumplimiento de sus funciones se convierte en un mecanismo de control. Analiza el grado de responsabilidad de los Fiscales por incumplimiento de sus funciones de titulares de la carga de la prueba, toda vez, aquello provoca que los procesados sean absueltos, sobreseídos los procesos, y originen la sobrecarga procesal que agobia más aún la crisis del Poder Judicial, decantándose por determinar responsabilidades de carácter civil por los daños y perjuicios que ocasionen a las personas agraviadas y al propio Estado. Postula **los siguientes problemas**: ¿Los representantes del Ministerio Público deben ser sujetos de responsabilidad civil por incumplimiento de sus funciones de titulares de la carga de la prueba en los procesos penales?; ¿Los representantes del Ministerio Público deben ser inculcados y procesados administrativa y civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúan con negligencia inexcusable en los procesos penales que ellos mismos dieron origen?; ¿Es conveniente investigar el rol de los representantes del Ministerio Público como titulares de la carga de la prueba en los procesos penales a las cuales ellos dieron origen?. Finalmente, arriba como **Conclusiones**: Todos los servidores y funcionarios públicos al servicio de la Nación asumen responsabilidades en el cumplimiento de sus funciones, por lo tanto, sin excepción alguna, deben asumir las consecuencias de sus actos al interior del Estado. La responsabilidad es un mecanismo de control, los representantes del Ministerio Público, deben asumir similares responsabilidades, administrativas, civiles y penales que los funcionarios del Estado en el ejercicio de sus actividades. El control, debe ser interno y externo, horizontal y vertical, haciéndose extensivo al control político y social.

Los representantes del Ministerio Público deben ser responsables civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúan con negligencia inexcusable, dolo o fraude. Sin perjuicio de la sanción administrativa y penal que merezca. La obligación del pago de los daños y perjuicios proveniente de la responsabilidad civil debe ser solidaria entre el Estado y el Fiscal.

**Ramiro Salinas Siccha.** Tesis doctoral de la UNMSM. 2022. “Autoría y Participación en los delitos de Corrupción de Funcionarios” En la misma, el autor se plantea como objetivo general determinar la teoría dogmática más razonable para identificar a los autores y a los cómplices en los delitos de corrupción de funcionarios en los que intervienen más de dos personas. Como objetivo específico plantea identificar cuál es la naturaleza jurídica de la mayoría de los delitos funcionariales en nuestro sistema jurídico. Como problema principal se plantea ¿Qué teoría jurídica debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en la comisión de un delito funcional en el cual intervienen más de dos personas? En ese sentido, realiza un estudio minucioso respecto de la naturaleza jurídica de los delitos funcionariales. Sostiene que el mismo es un delito especial propio debido a que solo una persona que tiene la calidad de funcionario o servidor público puede realizar la conducta prohibida. Precisa, citando a Sánchez-Vera, que el fundamento último de que la conducta sea punible es la lesión de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social pacífica y soportable. De ahí que el incumplimiento del deber especial fundamenta sólo la autoría. Más adelante, agrega que, en el delito de infracción de deber, la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo -como en el delito de organización-, sino que ya existiría con anterioridad a éste, y, por ello, es indiferente que el autor actúe u omita, sino solo si cumple o no con su deber”. Luego estudia las características de cinco de las figuras más importantes de los delitos de corrupción de funcionarios. Contrasta dicho análisis con la jurisprudencia a efectos de determinar la teoría utilizada por las mismas para identificar el autor depositario del deber especial y la participación del extraneus. Ya sea la del dominio del hecho o la teoría de la infracción del deber. Entre las mismas se

advierte varios casos de impunidad como consecuencia de los pronunciamientos incoherentes y contradictorios en los que incurren los órganos jurisdiccionales. Denuncia que la doctrina aplica los principios propios de la teoría del dominio del hecho a casos de delitos especiales. Luego desarrolla una serie de conclusiones estableciendo que la teoría aplicable a su interrogante planteada es la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin.

## Tesis internacionales

Esteban García Navarro, en el año 2015, sustenta la tesis para optar el grado de doctor en derecho en el departamento de derecho penal y criminología facultad de derecho de la universidad nacional de educación a distancia UNED, denominada “LA OMISIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL” (García Navarro, 2015). **Resumen**, el autor señala la absoluta necesidad de referir la omisión a una acción que, por diferentes motivos, no se realiza, pudiendo hacerlo. Que la omisión no implica una iniciativa del individuo para intervenir en el ámbito externo, pero sí puede constituir la respuesta de aquel ante una situación que se le presenta o que, incluso, ha contribuido a crear; en tales casos, la omisión constituye una modalidad de conducta (diferente de la acción) y, como tal, ese “abstenerse de hacer algo” está dotado de un sentido concreto que puede ser interpretado por quienes observan tal comportamiento o resultan afectados por el mismo. La verificación por terceros de una omisión está íntimamente relacionada con su “expectativa” de que la acción finalista se lleve a cabo por quien tiene capacidad para ello. De tal forma que la frustración de la “expectativa” les confirma el comportamiento omisivo y les permite extraer, en su caso, consecuencias del mismo. Las expectativas de acción de carácter colectivo, cuya frustración permite verificar, no ya de manera individual sino de forma generalizada, la existencia de una omisión. suponen criterios sociales de identificación de conductas omisivas propios de cada comunidad. Una omisión pre jurídica, es la manifestación externa de la conducta humana consistente en la no realización de una acción cuando, en la situación concreta, se dispone de capacidad para ello. se materializa mediante la mera inactividad y a través de acciones diferentes de la requerida para la consecución de un fin determinado. **Conclusiones:** En una sociedad compleja y en un Estado social adquieren una importancia la omisión como las infracciones penales que pudieran derivarse. El “comportamiento humano”, (acción y omisión) tienen un elemento común: la “capacidad de acción”. La conducta de la persona humana dotada de capacidad para realizar una acción finalista, en una situación concreta, con trascendencia exterior al propio sujeto. La omisión, es

la forma de comportamiento humano consistente en la no realización de una acción finalista con trascendencia exterior al propio sujeto, cuando este tiene capacidad para actuar. Puede materializarse no solo mediante la mera inactividad sino también a través de acciones diferentes de la requerida para la consecución de un determinado fin. La percepción de la omisión no es objetiva (como ocurre en la modalidad activa) sino subjetiva, pues está relacionada con el modo de pensar o de sentir de quienes observan dicha conducta. La presencia de la voluntad no es requisito necesario, aunque lo normal es que concorra en la omisión, junto con la motivación, por ser esta la causa del comportamiento.

Jesús María Silva Sánchez, defendió su tesis doctoral sobre el delito de omisión en el derecho penal, la misma, fue publicada luego con el título “el delito de Omisión. Concepto y Sistema. En el mismo, el autor desarrolla un concepto del delito de omisión. Debemos señalar que la tesis fue revisada toda vez que el delito de incumplimiento de deberes funcionales contiene como uno de sus verbos rectores el “omitir”. No obstante, ello, se comprobó dentro del análisis y revisión de la doctrina que, en los delitos de infracción de deber pierde relevancia si el incumplimiento se realiza mediante una acción u omisión. En consecuencia, en ambos casos, verificamos que no era necesario mantener en el tipo penal los tres verbos.

## **ESTADO ACTUAL DE LAS PROPUESTAS DOCTRINARIAS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA.**

Después de efectuar una revisión tanto de la doctrina nacional como internacional, hemos podido comprobar que los libros de Derecho Penal parte especial no abordan el problema planteado. Al menos, desde el enfoque del presente trabajo. La doctrina nacional se limita a un análisis exegético e interpretativo de la norma sin cuestionarla. No existe, en consecuencia, una propuesta de solución del problema. Al menos como literatura. Respecto de nuestra jurisprudencia, se advierte además que no existen criterios uniformes respecto de la aplicación del tipo penal como a continuación pasaremos a ver.

Finalmente resulta enriquecedor para el presente trabajo el análisis del derecho comparado en 19 legislaciones, dentro de las cuales se han ensayado varias propuestas de solución al problema planteado. La primera opción: eliminan el tipo penal de su legislación. La segunda opción: regulan idéntica figura a la peruana. Tercera opción: el cual encierra tres posturas. i) reemplazan el término “ilegalmente” por otros similares; ii) mantienen la figura eliminando el término “ilegalmente” sin reemplazarla por otro elemento; iii) proponen como cuestión previa el requerimiento de cumplimiento. Estas posturas son desarrolladas más detenidamente más adelante en la parte correspondiente al análisis del derecho comparado.

## **MARCO TEORICO/ ESTADO DE LA CUESTION**

En esta parte vamos a abordar en diez títulos el marco teórico en el que abordaremos los diversos conceptos e instituciones de la dogmática penal y política criminal y su relación con el delito de incumplimiento de deberes funcionales y las cuestiones problemáticas que se plantean respecto del mismo.

### **TITULO I**

#### **DERECHO PENAL Y NORMA**

“El Derecho Penal, determina lo que es delito, y se diferencia de otros tipos de regulaciones (civiles o administrativas), en vincular su infracción a la reacción estatal más grave, las penas o medidas de seguridad” (Roxin C. , 2009 B, pág. 41) para que se cumplan las normas. Nuestro trabajo rescata el sentido material del derecho penal. “El estar limitado a prevenir y reprimir, sólo los ataques más graves que amenazan bienes imprescindibles para las condiciones mínimas de convivencia, cuando no hay otra forma, sino la de recurrir a la prevención general y especial de delitos” (Luzón Peña, 2016, pág. 84).

El mandato, “debes cumplir con los deberes propios de tu cargo”, dirigida al funcionario público, no solo se encuentra regulado en el Derecho Penal sino también principalmente en el administrativo. Corresponde al presente trabajo demostrar que, el texto penal vigente, en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, no contiene criterios que delimiten cuándo se trata sólo de una infracción penal, y cuándo de una infracción administrativa. Resulta, en consecuencia, necesario establecer “dichos criterios que guarden coherencia con la función de última ratio del derecho penal. Para ello, partiendo que la redacción del texto del tipo penal, contiene una regla de conducta, que expresa una norma, mensaje prescriptivo a través

de enunciados” (García Pablos de Molina, 2009, pág. 347), esos nuevos criterios a establecer, no deben cuestionar la norma contenida en el delito de incumplimiento de deberes, sino, reestructurar el texto del tipo penal, para que sea acorde a los fines del Derecho Penal. Acorde con el principio - derecho de dignidad humana.

Para dicha labor se debe tener presente que, “la función preventiva, intimidatoria, retributiva, y en general, el conjunto de consecuencias que puedan derivar del tipo penal, corresponde a la norma jurídico-penal, cuyo genuino recurso técnico de expresión, es la descripción de conductas típicas”. Así, cuando la conducta creadora de riesgos “afecta al núcleo de garantía y protección de la norma, que expresa un bien o interés jurídico, se puede hablar de un hecho penalmente relevante (porque, asimismo, bajo el signo del derecho penal de la ofensividad no hay crimen –o no debiera haber crimen- sin una concreta ofensa al bien jurídico protegido –nullum crimen sine iniuria-)” (Flávio Gomez, 2004, pág. 302). Corresponde al presente trabajo, en consecuencia, de ser necesario, redefinir el núcleo de garantía y protección de la norma que expresa el bien o interés jurídico en el delito de incumplimiento de deberes funcionales vigente. Definir un bien jurídico específico de protección de la norma, para que, a partir de ahí, guarde sintonía con el principio de mínima intervención del derecho penal.

## **EL ROL DE LA POLÍTICA CRIMINAL**

La Política Criminal, señala el profesor, Solís Espinoza, “pretende mejorar el sistema normativo penal, mediante la crítica de la legislación inadecuada, propiciando su reforma sobre bases criminológicas. Dentro de esta concepción, la incidencia de la política criminal hay que entenderla, tanto sobre la ley penal sustantiva, procesal, como ejecutiva o penitenciaria” (Solís Espinoza, 2017, pág. 166)

El Derecho Penal, reflejado en cada delito que regula, es, o debería de ser, la auténtica expresión de una Política Criminal clara y coherente,

determinando los fines que persigue, fijando incluso los criterios y límites, cuando sea necesario, la modificación de determinado tipo penal. En consecuencia, “la discusión sobre los fines del derecho penal y sobre los medios precisos para alcanzar tales fines no puede ser más que una discusión político-criminal. Y la vocación de la discusión político-criminal es, en último término, la reforma del Derecho Penal” (Silva Sánchez J. M., 2000, pág. 22/23). En ese orden de ideas, atendiendo que, el delito de incumplimiento de deberes funcionales vigente, comprende dentro de su marco normativo inadecuadamente un amplio universo de conductas de carácter administrativo, corresponde desde los principios de una Política Criminal determinada, plantear una reforma legislativa que tenga “como objeto establecer qué conductas deberían calificar como delito y cuáles quedarse dentro del ilícito administrativo. Esta tarea debe ser ajena a los caprichos o intereses particulares del legislador, la presión mediática y la coyuntura social como viene sucediendo actualmente” (Silva Sánchez J. M., 2000, pág. 23).

Para este proceso de selección, se debe redefinir y clasificar los bienes jurídicos que merecen y precisan de protección penal. Determinar qué clase de conductas importan riesgos penalmente relevantes, diferenciándolas de las que constituyen meras infracciones administrativas. La Política Criminal debe desenvolverse dentro del contexto del concepto de persona, tener en cuenta su dignidad y respetar sus derechos fundamentales. Solo así, se logrará una fundamentación objetiva, vigente a través de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las falencias que sufre el tipo penal del delito de incumplimiento de deberes funcionales, dentro de nuestra legislación, no son ajenas a otros delitos. Las afirmaciones del profesor, Prado Saldarriaga<sup>4</sup>, al comentar los

---

4 El autor señala “en los últimos procesos de modificación y reforma del derecho penal nacional siguen mostrando una política criminal carente de objetivos claros y coherentes. El Estado sigue respondiendo a los problemas sociales de criminalidad que afronta el país de manera desordenada, coyuntural o espontánea. En ese contexto pues, se criminalizan nuevas conductas delictivas para cumplir acuerdos internacionales como la trata de personas o la inmigración ilegal, a la vez que se continúa sobre criminalizando delitos tradicionalmente sensibles a la opinión ciudadana o al interés de los medios de comunicación social como la corrupción administrativa, el secuestro, la violación de menores o el tráfico

delitos contra la libertad sexual, en el sentido de que “existe una Política Criminal carente de objetivos claros y coherentes, y que el Estado sigue respondiendo a los problemas sociales de criminalidad que afronta el país de manera desordenada, coyuntural o espontánea” (Prado Saldarriaga, 2010, pág. 249), son perfectamente aplicables al delito de incumplimiento de deberes funcionales.

En efecto, no se ha desarrollado un estudio minucioso que determine e identifique cada una de las variables que comprenden el enorme engranaje que involucra el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, dentro de los cuales, el trabajo que desempeña el funcionario público, constituye una de las tantas piezas. Así, al no tenerse una idea clara de todos los factores en juego, no se ha logrado establecer criterios de Política Criminal que identifiquen y criminalicen únicamente ciertas conductas graves de acuerdo a los fines propios del Derecho Penal. Ello explica porque aún se mantiene vigente un tipo penal que criminaliza todo incumplimiento de deberes en el que, conforme una ley o reglamento, incurra el funcionario público sin ningún filtro. Con ello, se pretende garantizar el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, sin embargo, tenemos como resultado una legislación inadecuada, incoherente, anti técnica y omnicomprensiva. Fenómeno que, por cierto, respecto del mismo tipo penal, no es privativo del Perú, ya que se repite en otras legislaciones internacionales como lo veremos más adelante.

Consideramos, en consecuencia, que se debe ir más allá del concepto formal del delito de incumplimiento de deberes funcionales vigente. Indagar sobre el contenido material que subyace detrás del mismo. Preguntarnos por los criterios materiales que debería reunir la conducta punible. Entender que, estos elementos, “son previos al Código Penal y le suministra o debe suministrar al legislador, un criterio Político Criminal sobre lo que, el mismo,

---

ilícito de drogas. Sin embargo, en ninguno de los dos casos las decisiones del legislador, se generan o justifican con un conocimiento previo e integral de los aspectos criminológicos o criminalísticas que condicionan o identifican la presencia de tales ilícitos en la realidad nacional”.

en esta materia, puede penar y debe dejar impune en manos del derecho administrativo sancionador de acuerdo al cometido del Derecho Penal<sup>5</sup> entendida como protección subsidiaria de bienes jurídicos” (Roxin C. , 2009 B, pág. 51). Esto es, “asegurar las condiciones necesarias para una coexistencia pacífica, libre, que respete la igualdad de todos los seres humanos en la medida en que esto no sea posible mediante otras medidas rectoras sociopolíticas menos graves” (Roxin C. , 2004, pág. 20), de ello se desprende que, al no ajustarse a estos criterios, resulta necesario la inmediata modificación del tipo penal que contiene el delito de incumplimiento de deberes funcionales.

Este nuevo tipo penal, debe rechazar un modelo puramente simbólico<sup>6</sup>, que no se ajuste por lo tanto a los fines de la pena y los límites que debe tener la misma. Tampoco debe tener como bien jurídico protegido uno cuyo contenido sea abstracto, impalpable. Ya que “no es legítimo crear tipos penales para proteger bienes jurídicos descritos con conceptos bajo los cuales uno no puede imaginarse nada suficientemente concreto” (Roxin C. , 2004, pág. 39), en el presente caso consideramos que: “el normal desarrollo y funcionamiento de la administración pública” se ha tornado a la fecha un concepto amplio, genérico y abstracto.

En efecto, en el delito de incumplimiento de deberes funcionales al establecerse como bien jurídico protegido “el correcto funcionamiento de las actividades de la administración pública” consideramos que, éste, si bien resulta un bien jurídico normativo moderno y acorde a los grandes aparatos propios del Estado; sin embargo, también es abstracto, genérico y demasiado amplio. Por ello, resulta necesario definir nuevos criterios de elaboración del

---

<sup>5</sup> Hans Schultz: “La Pena, no es un problema metafísico, ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres señala imperfectos como son las personas”.

<sup>6</sup> El maestro alemán, rechaza las normas simbólicas puras y totales, las cuales se define como aquellas disposiciones penales que no desarrollan en primera línea, efectos concretos de protección, sino que están destinadas a servir de auto proclamación de grupos políticos o ideológicos, al declararse a favor de determinados valores o rechazar con horror conductas estimadas como dañosas. A menudo sólo se busca apaciguar al lector.

tipo penal, desarrollando un bien jurídico más concreto y específico que, al verse amenazado o gravemente afectado por el incumplimiento doloso en el que incurra el funcionario o servidor público dentro de sus funciones pueda y deba ser sancionado. Ello teniendo en cuenta que es función de la Política Criminal “no solamente la elección de las sanciones preventivos-especiales (o también, en otras concepciones básicas, preventivos generales) que sean más efectivas para prevenir el delito, sino la totalidad de los aspectos valorativos, según nuestra constitución y legislación penal que sean determinantes en la fijación y configuración tanto de los presupuestos de punibilidad como también de las sanciones” (Roxin C. , 2016, pág. 52).

“De nada vale que se tenga una teoría general del delito cuidadosamente elaborada a la par que un proceso penal de Estado de derecho, si la conducta de un ciudadano es sancionada penalmente pese a que -de manera correcta- no debería ser punible” (Roxin C. , 2004, pág. 19). No debe perderse de vista que cuando el Derecho Penal refleja las opiniones de la comunidad, ello, tiene un valor práctico para el control del delito. “Un Derecho Penal que distribuye la responsabilidad penal y la pena de manera que la comunidad lo percibe como justo, consigue credibilidad moral en la comunidad, lo que se traduce en un mayor respeto, apoyo y cooperación con el sistema de justicia penal. En cambio, un Derecho Penal que de forma regular es visto como injusto o que fracasa al hacer justicia, pierde credibilidad moral entre la comunidad, y, por tanto, reduce su influencia” (H. Robinson, 2012, pág. 41). “El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado” (Jakobs G. , 1997, pág. 44).

## **EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA PENAL**

La falta y ausencia de una Política Criminal en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, se demuestran de una simple lectura de la evolución del artículo 377° del Código Penal de 1991 y de las propuestas

legislativas que han pretendido su modificación sin ningún criterio científico. De las mismas se puede comprobar que, al tipo base original, mediante la ley 30364<sup>7</sup> se le agregó la agravante “cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar la pena será privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”. Posteriormente, en setiembre del 2018 se presentó para su debate el Proyecto de Ley 3303/2018-CR, que buscaba ampliar los alcances de la ley 30364 para “prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”<sup>8</sup>, pretendiendo comprender como nuevas agravantes cuando el incumplimiento de deberes funcionales este referido a casos de delitos de Femicidio, violación sexual y omisión de asistencia familiar (señalando además que “la aprobación de dicha iniciativa legislativa no contraviene el artículo 79 de la Constitución Política del Estado, esto es, no ocasiona gastos públicos, por el contrario esta norma busca la protección de la sociedad y especialmente de los sectores más vulnerables”<sup>9</sup>). Como podemos verificar, conforme la línea trazada de modificaciones, el legislador, no obedece a un criterio claro, uniforme y coherente que responda a los fines que debe cumplir el Derecho Penal y por lo tanto la pena, sino que atiende a la coyuntura, a la opinión pública, la presión mediática y otros factores ajenos a la dogmática penal lo que lamentablemente garantiza que aún se pueden agregar un sin fin de agravantes sin ningún criterio uniforme. Se actúa sin tener en cuenta que, tanto de la lege lata como de la lege ferenda, la dogmática penal, constituye un instrumento que garantiza la seguridad jurídica, limita racionalmente los procesos de criminalización y penalización de conductas. De la lege lata, en el marco del tenor literal de la ley, como dogmática de la teoría del delito y de la parte especial. De la lege ferenda, como ciencia de la política criminal cuyo objetivo es la búsqueda “del derecho penal más correcto allende la ley positiva, pero dentro del marco establecido por la Constitución” (Silva Sánchez J. M., 2018, pág. 27).

---

<sup>7</sup> Ley vigente desde el 21 de mayo del 2015.

<sup>8</sup> Confróntese exposición de motivos.

<sup>9</sup> Proyecto de Ley 3303/2018-CR.

Corresponde en consecuencia, según Roxin, a la Dogmática Penal, entendida ésta como la disciplina que se ocupa del estudio general, abstracto, sistemático, crítico y axiológico de “las normas del derecho penal positivo, a través de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de tales disposiciones legales, como también de las opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal” (Villavicencio Terreros, 2007, pág. 25), no limitarse a la pura exposición de la legalidad vigente, como ocurre respecto del delito de incumplimiento de deberes funcionales “en nuestra doctrina nacional, sino que, está llamado a efectuar planteamientos críticos respecto de nuestra legislación positiva, a ser un instrumento auxiliar de creación del derecho positivo que supere y descuelle una exégesis lógico literal de las leyes” (Mir Puig S. , 2013, pág. 18). Llamada a garantizar una aplicación racional, segura y uniforme del *Ius Puniendi*, limitando su ejercicio, toda vez que, ésta, conforme lo señala el profesor español Gimbernat Ordeig “al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del derecho penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Así, cuando más pobre sea el desarrollo de la dogmática, tanto más imprevisible serán las decisiones de los tribunales” (Roxin C. , 2009, pág. 207)<sup>10</sup>.

En ese orden de ideas, al momento de implementar la modificación del tipo penal del delito de incumplimiento de deberes funcionales, no se debe perder de vista los principios de legalidad, de necesidad o de mínima intervención, principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad como límites del poder punitivo. Tampoco debe ser

---

<sup>10</sup> Más adelante señala Roxin, que las ventajas de contar con un pensamiento sistemático del derecho penal está la **de facilitar el examen del caso**, por cuanto proporciona los niveles y el orden en que deben ser analizados a partir de una conducta cada caso concreto para arribar finalmente a la punibilidad o no de la misma; **El Orden del sistema como presupuesto de una aplicación uniforme y diferenciada del derecho**, por cuanto al no contar con un sistema, cada concreta situación de necesidad imaginable precisaría una regulación especial en cuanto a sus presupuestos y consecuencias jurídicas (estado de necesidad, causas de justificación, causas de exculpación); **Simplificación y mejor manejabilidad del derecho**, el contar con las herramientas del sistema dogmático simplifica y facilita el razonamiento en cada caso concreto; **El contexto sistemático como guía para la elaboración y desarrollo del Derecho**, efectivamente a la luz de nuevos casos planteados por la realidad, exige al operador del derecho desarrollar cada una de las categorías puliéndolas o creando otras.

indiferente a los principios que sustentan y regulan en nuestra Constitución, donde la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Así, “las leyes penales -y su aplicación judicial- sólo pueden constituir el camino para la obtención de un Derecho Penal correcto cuando se basan en los conceptos de una política criminal ilustrada, que toma en consideración los estudios empíricos y dogmáticos-valorativos que se realizan en la comunidad académica” (Silva Sánchez J. M., 2018, pág. 51).

Por otro lado, si bien es cierto, no puede dudarse del valor y la necesidad de una construcción sistemática jurídica, sin embargo, “ésta, no debe confundírsele con un sistema axiomático de tipo matemático, en el que la totalidad del conocimiento científico se puede deducir o retrotraer lógicamente a un número limitado de fórmulas fundamentales o axiomas, por cuanto la vida en sociedad es hartamente e infinitamente compleja y resulta absolutamente imposible pretender abarcarlo en simples fórmulas en un sistema cerrado ajeno a la realidad”. En la ciencia del derecho “debe darse un sistema abierto, de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él; de modo que no prejuzgue las cuestiones jurídicas aún no resueltas, sino que las canalice para que se planteen en los términos correctos; de modo que, en todo caso, garantice orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que están resueltos, cada vez para más largos periodos de tiempo” (Schünemann, 1991, pág. 35/36).

## TITULO II

### NUEVAS TENDENCIAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL

En el presente capítulo, con el objeto de brindar una explicación del porqué, con el tipo penal del delito de incumplimiento de deberes funcionales vigente, se viene comprendiendo dentro de su estructura normativa, como conductas penalmente relevantes, algunas puramente administrativas, consideramos necesario abordar el estudio del fenómeno denominado “la expansión del Derecho Penal” o como aclara el profesor argentino Zaffaroni: “la expansión del poder punitivo”. Este último refiere que, partiendo de la premisa que, el Derecho Penal, recibe y no crea “los bienes jurídicos, los cuales ya se encuentran protegidos por otras disciplinas jurídicas y por la Constitución, con este fenómeno de expansión, se confiesa la incapacidad del orden jurídico general para tutelar sus bienes jurídicos” (Zaffaroni, 2017, pág. 85).

Así, dentro de un Estado democrático y social de derecho, donde “como alternativa política frente al Estado Liberal, asume los fundamentos de este, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio<sup>11</sup>”, una de las nuevas tendencias modernas, es la expansión del poder punitivo, entendida ésta como un fenómeno que comprende la flexibilización de los principios político-criminales y de las reglas de imputación; el adelantamiento de las barreras de protección penal, convirtiendo conductas, antes impunes en nuevas conductas penalmente relevantes. Este último fenómeno obedece a la acogida de nuevos candidatos o huéspedes dentro del ámbito o campo de “los llamados bienes jurídicos, como, por ejemplo: el medio ambiente, la salud pública, entre otros, lo que importa una reducción de las exigencias para hacer factible la reprochabilidad,

---

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional, Exp. N° 00008-2003-AI/TC, f.j. 12, del 11.11.2003.

la misma que promueve la tipificación de nuevos delitos denominados delitos de peligro” (Prittwitz, 2004, pág. 151).

En ese orden de ideas, cuando el Estado pretende o realiza la protección de nuevos bienes jurídicos como el medio ambiente, la calidad de vida, la ordenación del territorio, el patrimonio artístico, histórico y cultural, de una política de mínima intervención, el normal y correcto funcionamiento de la administración pública “pasa a una política de máxima intervención, poniendo en movimiento el engranaje de un fenómeno neo criminalizador por el cual se trata de proteger, haciendo uso del derecho penal, con figuras y técnicas de nuevo cuño ciertos intereses y bienes jurídicos, por lo general supraindividuales, que emergen con fuerza arrolladora en la sociedad postindustrial que, a diferencia de la sociedad industrial que reclamaba igualdad, reclama seguridad” (García Pablos de Molina, 2009, pág. 167). Silva Sánchez, señala analizando este fenómeno que el derecho penal se habría convertido “en un derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales” (Silva Sánchez J. M., 2001, pág. 131). Zaffaroni, haciendo referencia a este fenómeno, señala que “Los políticos latinoamericanos (...) rehenes de los monopolios mediáticos (...) marcan la agenda de sus leyes penales irracionales. La legislación latinoamericana vive su peor momento desde la independencia, no sólo con marcado desprecio de las garantías constitucionales, sino con una acelerada descodificación y anarquía legislativa, que aniquila la legalidad y la previsibilidad de las sentencias” (Zaffaroni, 2017, pág. 72). Se ha perdido una legislación penal desde una concepción material de bien jurídico. Desde donde se debe rechazar los tipos penales que no protejan valores esenciales para la vida en comunidad. Se acude a “tipos penales de sesgo autoritario que integran el denominado derecho penal simbólico” que aparentan una mayor seguridad ciudadana, “pero ocultan su verdadero rostro: la irracionalidad de la pretensión punitiva” (Urquiza Olaechea, 2021, pág. 15). Por ello, consideramos que, dentro de un marco de Estado social y democrático de derecho, en el proceso de dotar de una base y contenido material a los derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, seguridad, salud, justicia, se debe entender que, “el

individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca”<sup>12</sup>, por ello, se debe buscar un equilibrio en el que, en el referido proceso, se respete en este caso el principio de legalidad, fragmentariedad y mínima intervención de la norma penal.

Conforme el profesor Mir (Mir Puig S. , 2013, pág. 09) existen hasta cuatro factores que han determinado la expansión del derecho penal. **a) Factores de Evolución Tecnológica.** - la informatización de las transacciones financieras, comerciales, bancarias; la generalización del pago a través de procedimientos electrónicos, deducciones contables; el desarrollo y estandarización de los procesos contables mediante sistemas informáticos. El vertiginoso avance de la ciencia, de la tecnología de la comunicación y la informática, aparejado a sus innegables beneficios, nos ha traído consigo una serie de peligros que, en el campo del derecho penal, se materializan en la regulación de la Ciberdelincuencia. **b) Factores de Evolución Económica.-** El enorme avance tecnológico aplicado al sistema de producción industrial exigen una inmediata regulación a través del derecho penal económico las actividades comerciales realizados por ingentes empresas que en su afán de obtener un beneficio económico muchas veces vulneran una serie de bienes jurídicos afines a la convivencia social; **c) La Evolución Política.-** Donde el derecho penal se ve obligado a intervenir en el combate contra la corrupción de la clase política y del terrorismo; **d) La Evolución Cultural.-** Dentro de una sociedad en el que impera una cultura de violencia, se ha incrementado la delincuencia que provoca en la sociedad un mayor reclamo de penas duras.

Silva Sánchez, a todos estos factores, agrega otro factor que, a nuestro criterio, resulta relevante para el presente trabajo: **“una especie de perversidad del aparato estatal**, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo

---

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional, Exp. N° 00001-96-I-TC, fj 17, del 29.10.1996.

instrumental (de la protección efectiva)” (Silva Sánchez J. M., 2001, pág. 21)<sup>13</sup>.

El fenómeno de la expansión, sin embargo, dentro de la legislación penal tiene dos opciones político criminales bien definidas. “o bien, renunciar a la intervención penal clásica (...), o bien, se extendería la tutela penal, en su forma clásica, a los nuevos intereses colectivos y universales, redefiniendo, si fuere necesario, alguna de sus categorías tradicionales” (García Pablos de Molina, 2009, pág. 169). **La primera opción**, implica que el derecho penal se limitaría a la protección de bienes jurídicos individuales, con las garantías materiales y procesales clásicas, retomando a su núcleo duro. Ello, crearía la necesidad de la creación de un Derecho Administrativo Sancionador encargado de proteger bienes jurídicos supraindividuales, colectivos, con sanciones que, sin embargo, no comprendan la privación de la libertad y un marco garantista más flexible. **Por la segunda opción**, “se extendería la tutela penal en su forma clásica, a los nuevos intereses colectivos y universales (con su tradicional repertorio penológico y orientación garantista), pero utilizando técnicas más ajustadas a las necesidades actuales (vg. peligro abstracto, leyes penales en blanco, etc.) y redefiniendo, si fuera necesario, alguna de sus categorías tradicionales” (García Pablos de Molina, 2009, pág. 169). En la implementación de estas dos opciones político criminales, sin embargo, se confunden las competencias que deberían tener el derecho penal y el derecho penal administrativo sancionador. Fenómeno que debe corregirse atendiendo a los fines que está llamado a proteger como instrumento de coerción de última ratio el primero.

Por otro lado, en esta promoción de nuevos bienes jurídicos no se debe de perder de vista los bienes jurídicos penalmente relevantes de los bienes “acogidos” en normas penales. En el presente caso, se entiende que, en una

---

<sup>13</sup> El profesor español, también se refiere como otro de los factores, el descrédito de otras instancias de protección: la moral, postulando que la liberación de las prohibiciones morales conduce al incremento de las prohibiciones penales, citando a Jean-Claude Guillebaud, señala que “cuando una sociedad pierde sus puntos de referencia, cuando los valores compartidos-sobre todo una definición del bien y el mal- se desvanecen, son reemplazados por el Código Penal”. El derecho civil y el derecho administrativo en este punto refiere que el recurso al principio de oportunidad, la burocratización y corrupción han sumido a en un creciente descrédito a los instrumentos de protección específicos de este sector.

sociedad moderna, ante el aumento de la población y la demanda social de contar con servicios públicos que satisfagan las necesidades, el Estado, pretenda brindar un marco jurídico de protección. Sin embargo, en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, consideramos que se debe analizar con sentido crítico el bien jurídico “el normal funcionamiento de las actividades de la administración pública” por cuanto, el mismo, a todas luces resulta genérico, vago, amplio y omnicomprendivo. Lo que, en su momento permitió la implementación de un tipo penal que adolece de un uso inadecuado de la figura de la ley penal en blanco; con agravantes vigentes y potenciales de casuística; una redacción defectuosa y anti técnica, de espaldas a una política criminal clara y coherente. Normalizándose el procesamiento penal de temas meramente administrativos desnaturalizando los fines a los que está llamado el derecho penal. Fenómeno que no es ajeno a otros países que acogen idéntica o similar figura penal como demostraremos al abordar el estudio del derecho comparado.

Corcoy Bidasolo, catedrática de Derecho Penal de Barcelona, analizando el fenómeno que también se presenta en su país, sostiene que hay que ser conscientes de que difícilmente se podrá limitar la legislación penal, en cuanto a número de modalidades típicas, que aumentan en una progresión nunca conocida. Ante ello, la profesora española, sostiene en primer término resulta necesario realizar una interpretación restrictiva de dichas normas de la mano con una aplicación respetuosa de las garantías de los preceptos penales; en segundo término señala, resulta necesario una mejora de la técnica legislativa unido a la búsqueda de medidas alternativas a la prisión, entendiendo con Beccaria que “la eficacia de las penas no estriba en su dureza y proliferación desmesurada, sino en la seguridad de su aplicación. Recalcando que el efecto disuasorio de las penas se fundamenta, esencialmente, en su cumplimiento” (Corcoy Bidasolo, 2012, pág. 153). En el presente caso, se demanda en el delito de incumplimiento de deberes funcionales la vigencia de la norma, pero con una modificación del tipo penal con una mejor técnica legislativa que se sustente en los fines del derecho penal.

### **TITULO III**

#### **LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL**

“La ley constitucional es la primera ley penal”. (Zaffaroni, 2009, pág. 37). En ese orden de ideas, consideramos necesario resaltar que, en el nuevo diseño del tipo penal de delitos de incumplimiento de deberes funcionales, se debe respetar los límites constitucionales que regula el Estado de Derecho. Somos conscientes que, el derecho constitucional, ha pasado de un constitucionalismo centrado en el Estado, a otro que gira en torno a la promoción, protección y defensa de la dignidad de la persona humana, señalando que su afectación constituye el límite infranqueable de todo poder de gobierno y por lo tanto del legislador. Las cartas fundamentales han dejado de ser, “textos idealizados, que configuran, programáticamente, las pretensiones de libertad, justicia e igualdad de sus destinatarios, alcanzando fuerza normativa que las concreta a través de su aplicación directa y, a partir de ella, originando el proceso jurídico de la Constitucionalización del Derecho” (Fernández Gonzales, 2006, pág. 11).

Hurtado Pozo citando a Hart señala que “El Derecho Penal, regulador del poder punitivo del Estado, es el recurso extremo para controlar y orientar los actos de los individuos. La orientación en que ejerza su poder punitivo está determinada por las opciones sociales y políticas que hayan adoptado en relación con la organización de la comunidad, en general” (Hurtado Pozzo, 2005, pág. 09). “En razón de la gravedad de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación por establecer límites al poder estatal” (Hurtado Pozzo, 2005, pág. 10), en ese sentido, dentro de un Estado de Derecho, el recurso al poder punitivo, debe darse en plena armonía con la Constitución y las convenciones internacionales, por tanto, en respeto estricto de los derechos humanos y demás garantías civiles y políticas.

Sin embargo, lo cierto es que, tal como ya se ha comprobado, en el

capítulo anterior, la creación de tipos penales nuevos, hoy en día, constituye un fenómeno de expansión universal que, al pretender controlar los problemas propios de una sociedad moderna, lo sobrepasan, y en el proceso, amenaza los principios fundamentales que regulan el derecho penal. Con mayor énfasis a los principios de legalidad, mínima intervención (subsidiaridad – fragmentariedad) y de protección de bienes jurídicos. Para la Corte Interamericana; exige que “en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales” (Cfr. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005 y Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2005). (exp. 156. Expediente N° 00156-2012-PHC/TC/LIMA, fj 08). Por ello es importante desarrollarlos brevemente con el objeto de identificar los cuestionamientos técnicos dogmáticos planteados en el delito de deberes funcionales.

### **Principio de legalidad**

El principio de legalidad<sup>14</sup>, denominado por algunos autores como el principio de taxatividad y por otros, de necesidad de determinación y precisión, “exige al legislador una correcta, precisa y determinada descripción de las conductas punibles. No basta con la existencia de una ley formal para colmar las exigencias del principio de legalidad, sino que esa ley debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible” (Adriasola, 2004, pág. 1070). Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que, por “este principio, se impone tres exigencias en materia sancionatoria. (i) la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa)” (Tribunal Constitucional, Exp. 2050-2002-AA/TC, f.j. 08). Así, se puede entender que, “una descripción vaga representa una versión arbitraria y abusiva del poder penal” (Urquiza Olaechea, 2021, pág. 14). La Corte

---

<sup>14</sup> Artículo 2º, inciso 24, ordinal “d” de la Constitución Política del Perú.

Interamericana ha señalado que “[l]a calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales” (Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú).

Este principio constituye una garantía de libertad, certeza y seguridad dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Una exigencia dirigida tanto al legislador como a los Tribunales de Justicia. El mismo, además, constituye un derecho fundamental de las personas, o también denominado derecho subjetivo constitucional, mediante el cual se exige que los delitos o las conductas prohibidas y “sus respectivas penas deben estar claramente delimitadas previamente por la ley. Otorga pues a todos los ciudadanos la seguridad jurídica. Proscribe que, el ejercicio del poder público, actúe sin control y bajo el capricho de la voluntad de las personas” (Tribunal Constitucional, Exp. 0010-2002-AI/TC, fj, 44 y siguientes.). “Es la regla de oro del Derecho Público, y en tal sentido actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas” (Velásquez Velásquez, 2014, pág. 229).

La tipicidad o taxatividad, constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad. Mediante el mismo, se impone al legislador penal, un límite, un deber y obligación, esto es, que las prohibiciones que definen o establecen sanciones “debe cumplir con el principio de determinación de forma razonable” (Urquiza Olaechea, 2021, pág. 19); deben estar redactadas “con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”. (Tribunal Constitucional. Exp. 2192-2004-AA/TC, fj 05).

Como podemos verificar, el contenido o los elementos que conforman la estructura del tipo penal no resulta irrelevante y, la exigencia de su adecuado diseño, en el que se delimite correctamente la conducta penalmente

relevante descansa y tiene sustento en un principio de mayor envergadura y rango constitucional, el principio de legalidad. Así, cuando el legislador penal incurre en una deficiente técnica legislativa y regula un tipo penal sin observar meticulosamente un nivel de precisión, que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad, la conducta que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción, no solo vulnera al primer elemento de la estructura del delito y por lo tanto los fines para los cuales está diseñado el tipo penal, sino que va más allá. Vulnera el principio de legalidad. Debe entenderse que “la libertad no es un concepto vago, la libertad es un principio y, como tal, su limitación solo puede justificarse bajo condiciones extremas, condiciones que surjan de necesidades latentes y marcadamente necesarias” (Urquiza Olaechea, 2021, pág. 12).

Agrega el profesor que, el principio de legalidad, no contiene el poder de definir el contenido de la norma penal, éste, “no está referido al núcleo de lo injusto, a la parte central de la prohibición, pues eso pertenece al mundo valorativo que es lo que le otorga una base concreta de sustentación” (Urquiza Olaechea, 2021, pág. 13). Agrega el profesor que, en los casos que “la norma penal sea la negación misma por excesiva o irracional o su pretendido objeto de protección realmente no representa ningún bien jurídico (...)” corresponde un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

### **Control de legalidad de la norma**

Hemos postulado como hipótesis de trabajo, que la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, NO cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de Legalidad (lex certa, taxatividad o tipicidad) del Derecho Penal. Para verificar nuestra hipótesis de trabajo vamos a revisar pronunciamientos del Tribunal Constitucional en este aspecto.

**a.- Expediente 0010-2002- AI/TC.**

“El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones”.

**b.- Expediente N° 00197-2010-PA/TC.**

En este caso, se apertura proceso administrativo disciplinario contra un docente universitario. Se sustenta el mismo en el Dictamen N° 01-2008-TH-UJCM, del 2 de julio de 2008 “(...) por presuntas faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones previstas en el artículo 28° del Reglamento del Tribunal de Honor y Disciplina (...)”. Sin embargo, esta norma, se refiere a las sanciones aplicables a los estudiantes. Cuando se pretendió sustentar en el artículo 26° del Reglamento del Tribunal de Honor y Disciplina, referido a las sanciones de que pueden ser objeto los docentes de la emplazada universidad, de los trece supuestos de faltas que podrían dar lugar a sanción, ninguna de ellas es citada como fundamento del proceso disciplinario. Razón por lo que el Tribunal resolvió “Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia, inaplicable al recurrente la Resolución Rectoral N.º 288-2008-R-UJCM, del 25 de julio de 2008, al haberse acreditado la violación de los principios de legalidad y tipicidad garantizados por el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, así como del derecho a un juez imparcial, en tanto derecho implícito que forma parte del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139.3º de la norma fundamental. Declarar **NULO** y sin efecto legal el proceso administrativo disciplinario instaurado por el Tribunal de Honor y Disciplina de la Universidad en contra del recurrente. Imponer a la Universidad el pago de las costas y costos del presente proceso”.

Dentro de sus fundamentos el tribunal en esta sentencia señaló que “en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley”. Agrega

que, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley". (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 61/1990). Señala que, "sin embargo, no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos". "Por consiguiente, y conforme a lo expuesto en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2192-2004-AA/TC, el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal".

### **c.- Expediente N° 00156-2012-PHC/TC/LIMA**

El recurrente con fecha 29 de abril de 2008 interpone demanda de habeas corpus contra los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte

Suprema de Justicia de la República y la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 26 de agosto de 2011, declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos. Denuncia la violación de sus derechos constitucionales al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a no ser sometido a procedimiento distinto al previsto por ley, así como del principio de igualdad. Entre otros pedidos. El Tribunal declara improcedente la demanda. “La primera de las garantías del debido proceso es el principio-derecho a la legalidad y a las exigencias que se derivan de éste, en particular el relativo al subprincipio de la taxatividad, el cual tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo. La vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio”.

#### **d.- Expediente N° 02050-2002-AA/TC**

En esta sentencia el Tribunal Constitucional precisó que “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”.

#### **e.- Pleno Jurisdiccional Expediente 0006-2014-PI/TC.**

El 24 de febrero de 2014, el Colegio de Notarios de Lima, representado por su Decano, interpone demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1106<sup>15</sup>. Sostiene que dicha norma viola los artículos 1, 2.24, literales b y d, 3, 43 y 104 de la Constitución. Solicita **(1)** Se declare la inconstitucionalidad por la forma de la Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias Modificatorias del referido decreto. **(2)** Se declare la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 5°<sup>16</sup> de la referida

---

<sup>15</sup> Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de abril de 2012.

<sup>16</sup> “Artículo 5°.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. El que

norma.

El demandante sostiene que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 es inconstitucional, toda vez que contraviene el principio de legalidad (artículo 2.24.d, de la Constitución). Sostiene la misma carece de una definición clara y precisa de la conducta prohibida. El sentido y alcance de la expresión "operaciones sospechosas" es imprecisa y equívoca. Que las normas extrapenales, igualmente generan incertidumbre y dificultad para determinar lo que debe entenderse por "operación sospechosa", así, el sentido y alcance de dicho término se determina de manera subjetiva sustentada en elementos indeterminados o extensivos.

El Tribunal Constitucional, resuelve que el bien jurídico "estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero justifica la restricción del derecho fundamental a la libertad personal, limitado en una medida no intensa, lo que hace que prevalezca el primero frente al segundo. En conclusión, el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 supera el análisis constitucional de proporcionalidad" (Tribunal Constitucional: Caso Comunicación de Operaciones Sospechosas, 2020, pág. 40).

Respecto del principio de legalidad sostiene que es un principio-derecho que regula la actuación punitiva del Estado. "Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el legislador al momento de determinar las conductas prohibidas y sus respectivas sanciones". Agrega que, "como derecho fundamental, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento punitivo que lo prohibido

---

incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omita comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

y la respectiva sanción se encuentre previsto en una norma escrita, previa, cierta y estricta” (Tribunal Constitucional, Exp, 2758-2004- HC/TC, f.j 3). Ya se ha señalado que por el principio de legalidad penal se garantiza, entre otras cosas, la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (lex certa, taxatividad o tipicidad). Por este principio, el presupuesto fáctico contenido en el tipo penal debe estar definido de forma clara que permita a todo ciudadano comprender sin problema alguno tanto lo que se prohíbe, como las consecuencias de sus actos.

Sin embargo, el requisito de lex certa no se equipara el demandar al legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales, toda vez que, la naturaleza propia del lenguaje con sus características de ambigüedad y vaguedad, consienten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Por lo que, hasta cierto punto, resulta permisible o admisible la indeterminación en la formulación de los preceptos jurídicos.

El Tribunal es claro en señalar que “sí está proscrita la indeterminación total de las disposiciones jurídicas que tipifican tipos penales”. Un tipo penal absolutamente indeterminado es contrario al presupuesto de certidumbre que exige la ley (lex certa), porque su comprensión requiere indefectiblemente un proceso de reconstrucción de su estructura, ordinariamente discrecional ya sea por el ciudadano o el juez. Así, en este último caso, la potestad decisoria, manifestación del ius puniendi, queda librada al arbitrio o capricho del magistrado. En consecuencia, las palabras en las que se encuentra expresado el tipo penal deben tener la claridad o precisión suficiente que permitan su comprensión por el ciudadano o el juez. De la lectura del tipo penal en concreto no debe presentarse un gran número de opciones de actuación. O lo que es peor, no sea posible conocer ninguna opción de decisión. El margen de indeterminación permitido en la formulación de “las conductas prohibidas conciliable con el principio de certeza de la ley debe garantizar el conocimiento del núcleo base en la materia de prohibición; es decir, que el tipo penal contenga el núcleo fundamental de la materia que se

pretende prohibir” (Tribunal Constitucional, Exp, 0010-2002- AI/TC, f.j 51).

Respecto de las leyes penales en blanco, el Tribunal señala que “son aquellas en las cuales la definición de la conducta prohibida resulta de la remisión a otra disposición normativa complementaria, por lo general de carácter extrapenal, sea del mismo rango (remisión impropia) o sea de rango distinto (remisión propia). **La definición completa del núcleo esencial de la prohibición (conducta prohibida) se logra de la unión de normas que se complementan**”. Las mismas responden a la existencia de materias que, por su naturaleza y complejidad técnica, requieren de flexibilidad y dinamismo al momento de la configuración de los tipos penales, supuestos en los cuales la regulación complementaria constituye un elemento relevante. “La validez constitucional de las leyes penales en blanco se encuentra condicionada a que la unidad normativa penal (conformada por la norma remisiva y la norma complementaria) observe las garantías derivadas del principio de legalidad penal, especialmente las que exigen que la conducta prohibida sea definida de manera previa, clara e inequívoca” (Tribunal Constitucional, Exp, 0010-2002- AI/TC, f.j 139)<sup>17</sup>.

En el presente caso, efectuando un análisis de lo expresado por el Tribunal Constitucional en todas las decisiones invocadas, se verifica que el tipo penal que regula el delito de incumplimiento de deberes funcionales, sí cumple los estándares exigidos por el Tribunal Constitucional para los tipos penales en blanco. En efecto, el núcleo esencial de la prohibición (conducta prohibida), o, el núcleo duro de la conducta típica se encuentran descrita en la norma remisiva (incumplimiento de deberes funcionales), asimismo, establece la pena y determina el reenvío normativo. La norma a la cual se remite (norma complementaria) señala y establece los deberes que le

---

17 El uso de esta técnica legislativa es admisible cuando: i. La ley penal en blanco (norma remisiva) describa el núcleo esencial de la conducta prohibida, la pena y el reenvío normativo; ii. La norma a la cual se remite (norma complementaria) se refiera al telos de la ley penal en blanco y verse sobre aspectos complementarios o concretizadores de la conducta prohibida; y iii. La unidad normativa penal cumpla con la exigencia de certeza, de manera tal que la conducta prohibida se encuentre suficientemente precisada, no pudiendo derivar a su vez en otra norma dicha función.

compete dentro de sus facultades a cada funcionario público. De suerte que, la unidad normativa, entre ambas, efectivamente si cumple con la exigencia de certeza, toda vez que la conducta prohibida en efecto se encuentra suficientemente precisada. En ese sentido, se debe señalar que, el término ilegalmente, constituye un elemento normativo que define el tipo penal. Que describe y delimita la conducta penalmente relevante. Es un mecanismo de seguridad que se define en la propia ley. La misma establece la competencia de cada funcionario público. Define el actuar normativo del funcionario público. Marca el sentido de la conducta. Esto es, para que la conducta sea antijurídica tiene que ser ilegal. Sin embargo, no se debe olvidar que un criterio legalista no resulta autosuficiente y no posee el poder de definir el contenido de la norma penal. Esto es, el núcleo de lo injusto, la parte central de la prohibición no puede descansar o sustentarse en un criterio meramente legal sino dentro de un universo valorativo descartándose la irracionalidad de su marco comprensivo y por lo tanto la vulneración del principio de mínima intervención por excesiva comprensión de los supuestos que plantea ajena a la representación de algún bien jurídico que merezca protección en sede punitiva.

### **Principio de necesidad o de mínima intervención**

El “poder punitivo es el que ejerce (o deja de ejercer) el Estado, cuando no tiene por objeto reparar un daño o detener un proceso lesivo en curso o inminente, es decir, cuando no entra en el esquema reparador del derecho privado o en la coerción directa del derecho administrativo”. (Zaffaroni, 2017, pág. 78)<sup>18</sup>. Es verdad que, dentro de una sociedad, se identifica una infinidad de bienes jurídicos como candidatos de protección. Sin embargo, el legislador penal, de todo este universo, debe identificar los que resultan imprescindibles e insustituibles para una convivencia social pacífica para considerarlos merecedores de protección penal.

---

<sup>18</sup> El subrayado es nuestro.

Se vulnera este principio cuando se terceriza el poder punitivo, esto es, cuando se utiliza el Derecho Penal “como instrumento meramente sancionador de apoyo a normas no penales” (Mir Puig S. , 2013, pág. 80) de carácter Civil, Mercantil y Administrativo, con el propósito de dotar de mayor eficacia a normas ajenas al núcleo penal. Fenómeno al que se ha denominado la administrativización del Derecho Penal, el cual, no es ajeno al delito de incumplimiento de deberes funcionales, toda vez que, mediante esta figura se viene judicializando penalmente, en muchos casos, infracciones administrativas de competencia del derecho administrativo sancionador.<sup>19</sup> Ocurre además cuando, el Derecho Penal, ajeno a una política criminal, se pone al servicio de políticas coyunturales, para combatir situaciones de emergencia o aparición de nuevos problemas, claro ejemplo son las propuestas legislativas de modificación del delito de incumplimiento de deberes funcionales, donde se ha ingresado agravantes de corte populista “para los casos de violencia familiar y garantías personales. Urge, en consecuencia, reconocer e identificar la autonomía del derecho penal, tanto en sus consecuencias jurídicas, como en la definición de las normas primarias a cuya infracción deben asociarse” (Mir Puig S. , 2013, pág. 83).

### **Sub Principio de subsidiaridad**

Denominado también principio de última ratio<sup>20</sup>, sub principio del principio de mínima intervención, conforme el cual el derecho penal debe ser considerado como el último recurso a utilizar en el control social. La misma se deduce del principio de necesidad o de mínima intervención. “constituye una sub especie del principio de proporcionalidad” (Joachim Hirsch, 2004, pág. 133). Agrega el maestro que, este principio es el que más se ha perdido de

---

19 Agrega el maestro español que, dentro de un estado intervencionista, cuando se utiliza el derecho penal como un instrumento de apoyo a una política de gobierno como, por ejemplo, las pretensiones de regular la economía, está destinada al fracaso. También se recurre al derecho penal como un arma de prevención de ataque a intereses colectivos (medio ambiente, los delitos económicos, delitos de índole laboral).

20 El artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, respecto de este principio establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”

vista de cara a la inflación del derecho penal, producto de una legislación penal politizada que busca la vía más rápida y económica de demostrar que se hace algo para proteger a la población, olvidando que, al Derecho Penal, se debe recurrir “sólo cuando estén agotadas las posibilidades de regular adecuadamente las respectivas modalidades de conducta en otras ramas del derecho, menos represiva”.

### **Sub Principio de fragmentariedad**

Sub principio del principio de mínima intervención. De todo el universo de conductas que afectan o lesionan determinados bienes jurídicos, en base de la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, el legislador penal, únicamente debe recurrir al mismo para sancionar los ataques que revisten mayor entidad o gravedad. En otras palabras, sólo puede tipificar una parte de todas aquellas conductas, a pesar de que, para las demás ramas del ordenamiento jurídico, éstas, se reputen como antijurídicas. El profesor español García-Pablos de Molina señala que este principio “es una necesidad político-criminal, acorde con su naturaleza y función. El Derecho Penal no debe instrumentar una protección absoluta de todos los bienes jurídicos, sino una tutela parcial y selectiva de los más relevantes y sólo frente a determinadas modalidades de ataque a los mismos: las que entrañan un mayor riesgo”. (García Pablos de Molina, 2009, pág. 516).

En ese orden de ideas, para levantar los cuestionamientos técnicos de redacción y estructura del tipo penal planteado respecto del delito de incumplimiento de deberes de función, no solo se debe tener en cuenta derecho penal debe ser considerado como el último recurso a utilizar para obligar al funcionario a cumplir sus funciones, sino que, dentro de ese amplio universo de deberes y obligaciones que tiene dicho servidor público, sólo se deberán criminalizar las conductas que afecten, lesionen y revisten mayor entidad o gravedad a determinados bienes jurídicos los cuales se deben identificar y proteger más allá de su propio incumplimiento o el correcto

funcionamiento de las actividades de la administración pública. Esto es, consideramos que este delito debe trascender más allá a la amenaza o afectación del propio incumplimiento. Sólo así se atenderá la naturaleza última ratio y carácter fragmentaria del Derecho Penal.

Nuestra hipótesis de trabajo sostiene que “La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, NO cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de mínima Intervención del derecho penal”. En ese sentido, habiéndose establecido los criterios que regulan o sustentan el principio de mínima intervención del derecho penal, vamos a repasar una serie de jurisprudencias con el objeto de verificar o no nuestra hipótesis de trabajo.

- “Del análisis de lo actuado se colige que no se ha acreditado la comisión del hecho delictuoso, toda vez que si bien el encausado omitió ordenar se practique la necropsia correspondiente; sin embargo, no concurre un elemento esencial constitutivo del delito en referencia, es decir, que el acusado haya actuado ilegalmente al incurrir en dicha omisión” Ejecutoria Suprema del 06/10/97. Exp. 4464-96-AREQUIPA. (Rojas Vargas, 1999, pág. 395).
- “(...) se ha determinado que ha existido por parte de los encausados una falta de supervisión asistencia técnica en el avance y evaluación de las obras, situación que motivó que hayan existido malos manejos económicos (...)” Ejecutoria Suprema del 20/03/2002, Exp. 2698-2001, Huaraz. (Urquiza Olaechea, 2016, pág. 347)
- “Si el propio ordenamiento reconoce la posibilidad que la autoridad administrativa no expida resolución con motivo de la apelación interpuesta, y que a partir de la misma opera el silencio administrativo, mal se puede considerar dicha actitud como uno de los actos materiales

que tipifican, bien el delito de incumplimiento de deberes o el de abuso de autoridad”. Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 27/11/1998, expediente 806-98.

- “Que se le imputa al procesado la comisión del delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 377 del Código Penal, al haber omitido dar cumplimiento al requerimiento que le hacían miembros del ministerio público con respecto a la remisión del resultado de las investigaciones; que durante el desarrollo de la instrucción se ha llegado a determinar que el procesado al recibir el requerimiento tomó las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo solicitado, comunicando a la Fiscalía el resultado de las investigaciones, siendo que éstas no podían concluirse por no contar con los antecedentes, disponiendo además que se notifique al encargado de la investigación quien ya no laboraba en la Comisaria, es decir, realizando todas las diligencias necesarias para dar cumplimiento a lo solicitado, por lo que su conducta no se encuadra en los alcances del artículo 377 que exige que el sujeto activo rehúse, omita o retarde algún acto de su función” ». (Exp. 2006-2000, Ejecutoria de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de Lima el 13 de setiembre de 2000). (Rojas Vargas, 2002-B, pág. 734)
- “No se dan los elementos típicos que acreditan la existencia del delito de incumplimiento de Deberes Funcionales toda vez que de autos se aprecia que no existe documento alguno que nos indique que el procesado hubiere sido requerido por autoridad competente de la entrega de libros contables y que se haya negado a realizar un acto propio de su cargo, pues si bien existe carta notarial, esta estaba dirigida al Alcalde y no al acusado” Dictamen 3258-2001-1ra-FSP-MP en la Ejecutoria Suprema del 06/12/2002. Exp. 3071-2001, Puno. (Urquiza Olaechea, 2016, pág. 347)
- “Al no haber estado el oficial policial en la delegación a su cargo al

momento de la detención del agraviado, ni haber firmado la papeleta de libertad del detenido, y existiendo tan solo como cargo en su contra la sindicación de su co procesado policial, no se ha desvanecido la presunción de inocencia que le asiste; que en todo caso le correspondería una sanción administrativa disciplinaria por el cargo que ostentaba en la fecha de comisión del ilícito instruido” Ejecutoria Superior del 02/10/1998, Exp. 3118-98, Lima. (Urquiza Olaechea, 2016, pág. 348).

- “Con respeto al delito de abuso de autoridad, en la modalidad de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, se advierte que en la conducta desplegada por el procesado no está presente el elemento rector del tipo penal relativo al mal uso o ejercicio de las facultades que le confiere la ley, dado que no existe prueba que acredite que al momento de suceder el hecho incriminado haya tenido a su cargo alguna investigación, por consiguiente no se le puede atribuir conducta arbitraria o unilateral en ese extremo”. Ejecutoria Suprema del 23/07/2001, R.N. N° 11-2001-LIMA. (Perez Arroyo, 2005, pág. 1507).
- «No existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado consistente en haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja administrativa interpuesta por el agraviado se debió a la carencia de competencia del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos”. (Exp. 4689-97, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 1998). (Rojas Vargas, 1999, pág. 644)
- “Que el delito de incumplimiento de deberes funcionales, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, exige que el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones omita, rehusé o retarde ilegalmente algún acto de su cargo; que, este delito no ha sido realizado por los encausados (...) puesto que, en ninguna oportunidad

negaron –de manera ilegal- el acceso a la información que solicitaba el agraviado (...) por medio de copias certificadas (...) sino que no se podían expedirse las referidas copias por la falta del pago del arancel determinado en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (...)” R.N.N. 1666-2010-CUZCO. Del 12/07/2010, f.j.5, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. (Caro Jhon, 2016, pág. 613).

- “Se produce el delito de abuso de autoridad al haber la procesada, funcionaria del sector educación, retardado el trámite de la solicitud presentada por la agraviada sobre la apertura y funcionamiento del instituto superior, infringiendo lo establecido en el artículo 14 del Decreto Supremo 05-94-ED, el cual establece como plazo máximo de 30 días hábiles para elevar el expediente y hacer las evaluaciones pertinentes”. Ejecutoria Superior del 12/05/98, Exp. 8655-97.
- “La conducta de la encausada configura el tipo penal (...) ya que en su condición de miembro de la Policía Nacional del Perú omitió dar cuenta a su superior y a la autoridad judicial competente la situación de la menor agraviada, con la finalidad de obtener un servicio doméstico gratuito, habiéndola maltratado todo este tiempo (...)”. R.N. 1536-2000-CONO NORTE DE LIMA.
- “(...) si bien existe cierta subordinación con relación al representante del ministerio público, también lo es que este como funcionario público –efectivo de la Policía Nacional del Perú- tiene sus propias obligaciones, como lo es, en el presente caso, elaborar el atestado policial, comunicar de la detención de tres sospechosos y entregar todos los bienes incautados, así como las diligencias realizadas (...)” R.N. 496-2006-AREQUIPA, del 16/07/2006, fj, 5.

## **Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos**

El concepto de bien jurídico, históricamente, fue diseñado para limitar el poder punitivo. “es decir para dar una expresión dogmática al principio de ofensividad o lesividad” (Zaffaroni, 2017, pág. 84). Agrega el maestro argentino que, dentro de una sociedad moderna, debe entenderse que “el derecho penal es sancionador y no constitutivo, vale decir que recibe bienes jurídicos, pero nunca los crea”, la protección de éstos, ya están regulados en otras ramas del derecho y por la propia Constitución. Esto último resulta importante tener en cuenta el legislador al momento de diseñar y construir el tipo penal, más aún si este es abierto.

En el caso del delito de incumplimiento de deberes funcionales si se tiene el propósito de adecuar el tipo penal a los principios de legalidad y mínima intervención. Resulta necesario redefinir el bien jurídico protegido. Consideramos que, al tratarse de un delito residual y abierto, éste, debe recoger y compartir con los demás delitos especiales el bien jurídico específico protegido por los mismos. De esta manera estaríamos frente a un delito pluriofensivo. No ha resultado enfocar este tipo penal desde una óptica de delito de mera acción, y, en el que importe únicamente la amenaza o afectación a la vigencia de la ley. Incluso cuando se descarta los comportamientos culposos. Ésta es demasiado amplia y comprende ámbitos extensos de comportamiento de función propio del funcionario público. Más aún si se tiene en cuenta que, dentro del tipo penal no se distingue el rango de la norma. Una vez rediseñado el bien jurídico específico. El legislador penal debe tener el tino de ingresar los elementos normativos, descriptivos necesarios a efectos de determinar la conducta penalmente relevante de cara al principio de legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

## TITULO IV

### PRONUNCIAMIENTOS CONTRADICTORIOS.

La dogmática penal, pretende generar pronunciamientos judiciales predecibles, dotando de un orden, de un sentido a sus fundamentos; confiriendo de un contenido racional y sistemático al análisis de la conducta criminal, objeto del pronunciamiento, proporcionando para ello, categorías y un orden lógico que la estructura del delito debe tener. Lo que no viene ocurriendo en el delito de incumplimiento de deberes funcionales. En efecto, algunos magistrados, advirtiendo encontrarse frente a un tipo penal abierto, con el propósito de limitar sus alcances, han exigido para la configuración de este ilícito la existencia de un perjuicio, es decir, de un resultado<sup>21</sup>. Alejándose con ello de la doctrina dominante que los considera de mera acción; generándose pronunciamientos contradictorios con las sentencias que siguiendo esta última línea consideran que los mismos se agotan con la sola acción<sup>22</sup>.

Dentro de una estructura tripartita del delito, “La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad cumplen una función de garantía obligada al momento de predicar la existencia de un tipo penal” (Urquiza Olaechea, 2021, pág. 22). En el delito de incumplimiento de deberes funcionales, conforme se verifica del análisis de la referida norma, se ha disminuido a un criterio de legalidad los elementos del tipo objetivo y con ello, las funciones que cumple

---

21 “El delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, que establece: “el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto a cargo (...)”, es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien”. R.N. N° 231-2011-TACNA. Corte Suprema de Justicia de la República sala penal permanente. Lima, 25 de abril de 2012.

22 “Así, el delito se perfecciona con la sola omisión, pues el tipo penal no exige un resultado lesivo a la Administración Pública más allá de la propia inercia dolosa del funcionario, que implica que estamos ante un delito de mera actividad (...)”. Casación N° 169-2012-ANCASH. fJ.6. en otro pronunciamiento se señala, “Por otro lado, en relación al delito tipificado en el artículo 377 del Código Penal, este, al ser un delito de mera actividad no precisara de la configuración de un resultado, debiendo probarse únicamente con los hechos si los procesados (...) omitieron sus funciones de manera dolosa, esto es, mediante prueba directa” Exp. 81-2005. Primera Sala Penal Liquidadora. FJ.3.

o debería cumplir el tipo penal. Con ello, se ha soslayado que “La teoría general del delito, establece los niveles y características comunes que debe tener una conducta para ser considerado delito” (Muñoz Conde, 2004, pág. 01). En efecto, “la teoría del delito como sistema inteligente de filtros tiene como propósito contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo. Así, ante una determinada imputación criminal, el análisis, debe ir de la mano de la teoría del delito, estratificado, a pasos” (Zaffaroni, 2009, pág. 57), atendiendo a la definición formal del delito, como comportamiento típico, ilícito y culpable. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son “las características comunes a todo hecho delictivo. Es el marco de la estructura tripartita del delito actualmente dominante en la dogmática penal. El delito como conducta humana, se convierte en delito sólo cuando recibe tres adjetivos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)” (Zaffaroni, 2009, pág. 57). Otras teorías, señala “el delito entendido no solo como injusto penal, sino sobre todo como hecho punible posee cinco requisitos: conducta; tipicidad (necesariamente ofensiva); antijuridicidad; culpabilidad; punibilidad. Los tres primeros integran el concepto de injusto penal; los dos últimos forman parte de la punibilidad en sentido amplio (sancionabilidad)” (Flávio Gomez, 2004, pág. 314). En el presente trabajo no ahondaremos, en estos debates doctrinales.

### **Observaciones en la descripción de la conducta reprimida.**

La conducta, denominada acción o acto, propia del ser humano, constituye un presupuesto indispensable del delito. El derecho la extrae de la realidad convirtiéndolo en un concepto jurídico, un dato óntico o sustantivo del delito. Estratificada es la teoría del delito, no la realidad. La conducta, entendida como sustantivo, convierte a los demás (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) en adjetivos de la misma, los cuales, sin embargo, caracterizan, no a la conducta, sino al delito como concepto jurídico penal. El derecho penal, del universo de conductas humanas, selecciona aquellas que contengan los elementos necesarios para servir de sustantivo del delito, construyendo de esta manera el concepto jurídico-penal de conducta.

En ese sentido se advierte que, el legislador, en el delito de

incumplimiento de deberes funcionales, de la realidad o posición legal en la que se encuentran inmersos los funcionarios públicos extrae tres conductas: omitir, rehusar y retardar algún acto de su cargo. Estos tres verbos rectores, a la luz de la teoría de infracción del deber, pueden ser perfectamente suplidos por un solo verbo “incumplir”. Este incumplimiento debe ser doloso.

### **Observaciones en la tipicidad.**

Como sabemos, el análisis ordenado, técnico, estratificado en tres niveles independientes de la acción humana para verificar si es delito, es producto de la evolución de la teoría tripartita en la dogmática penal. (Si bien es cierto existen otras teorías, las mismas, no son materia del presente trabajo). En algún momento de la historia se definía al delito como “la acción antijurídica culpable y amenazada con pena” (Roxin C. , 2009 B, pág. 277), es decir, se encontraba ausente la idea del tipo penal. No se distinguía la existencia de una categoría intermedia entre la acción y la antijuridicidad.

El tipo penal, como instrumento legal, está llamado a la selección y concreta descripción de la conducta prohibida de la manera más exhaustiva posible con el objeto de establecer los límites del campo de lo prohibido, garantizando al ciudadano los límites de su comportamiento. Constituye la manifestación más clara del principio de legalidad.

Con la realización del tipo, se afirma que una conducta es anti normativa, sin embargo, ello, apenas resulta un indicio de la antijuridicidad de la misma y, por lo tanto, del injusto, por cuanto para determinar aquella se debe verificar la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Tarea ajena al tipo penal. “Éste, debe comprender todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto, sin embargo, ninguno de ellos determina la antijuridicidad de la conducta. Esta última no puede, en modo alguno, ser un componente de la realización del tipo” (Roxin C. , 1979, pág. 296).

En el presente caso, al ingresar el elemento normativo “ilegalmente” como elemento valorativo de los tres verbos rectores del tipo penal: “omitir, rehusar y retardar algún acto de su cargo”, consideramos que el mismo, si bien es cierto, define normativamente la conducta penalmente relevante estableciendo como límite las competencias del funcionario público fijadas en la ley o reglamento; sin embargo, al carecer de otros elementos normativos y/o descriptivos que definan adecuadamente la conducta, extiende su marco de comprensión punitiva a actos que deben de quedar como competencia del derecho administrativo sancionador.

### **Observaciones de la antijuridicidad o “ilegalidad” de la conducta requerida por el tipo penal.**

Desarrollando la estructura de todo delito, “si queremos partir de la definición del primer elemento del delito podemos señalar que, una acción u omisión, es antijurídica cuando realiza el tipo de una ley penal y no está cubierta por una causa de justificación” (Wessels, J/Beulke,W/Satzger,H, 2018, pág. 165)<sup>23</sup>. “La antijuridicidad designa o señala una propiedad de la acción típica, esto es, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del ordenamiento en general dando paso al injusto penal entendida como la acción típica y antijurídica” (Roxin C. , 2009 B, pág. 557/558). Sin olvidar, sin embargo, que la antijuridicidad, o, propiamente hablando la ilegalidad es una cualidad común a todas las ramas del ordenamiento jurídico. “para que una conducta tenga el carácter de injusto penal no basta con que sea típicamente relevante, sino que resulta necesario que cuente con un nivel de desvalor que permita sustentar su contrariedad al ordenamiento penal”. (García Caveró, 2012, pág. 569) Anotándose que, la valoración de las causas de justificación, no se extraen únicamente del Código Penal, sino de todo el ordenamiento

---

<sup>23</sup> Cabe señalar, tal como lo advierte el autor alemán, que, por medio de las causas de justificación, frente a los tipos penales, se encuentran los tipos permisivos, que autorizan excepcionalmente el comportamiento típicamente lesivo para el bien jurídico. Estos tipos permisivos, generan a su vez un deber de tolerancia para el afectado por el hecho.

jurídico. Recién al resultado de esta comprobación de la conducta ilegal, con las prohibiciones y permisos que otorga la norma se arriba a una conducta antijurídica.

Por su parte el profesor Sancinetti, Marcelo A, citando al profesor Stratenwerth, postula el siguiente razonamiento “Toda acción que es adecuada a un tipo de la ley penal (típica) infringe una norma; en los delitos de comisión, una norma prohibitiva; en los delitos de omisión, un mandato de acción. “El hecho de que una conducta infrinja una norma ya fundamenta lo ilícito, es decir, el disvalor de la acción; por tanto, el análisis de la antijuridicidad de una acción empieza ya con el de la tipicidad” (Sancinetti, 2006, pág. 259/260). Agrega el profesor, que, en el plano de la antijuridicidad, en el sentido de que la acción sea contraria a derecho, sólo resta comprobar si, excepcionalmente, concurre una norma permisiva (causa de justificación) que neutralice el carácter antijurídico de la acción ya adecuada a un tipo.

Si bien es cierto como regla general podemos afirmar que la tipicidad constituye un indicio de la antijuridicidad, la cual debe ser comprobada en cada caso. Sin embargo, esta regla no opera en los tipos penales abiertos<sup>24</sup> donde la descripción contenida en el mismo es tan amplia “que bajo ella también puede ser subsumido un comportamiento jurídicamente y por sí completamente “neutral” (...) la constatación independiente de la antijuridicidad prevista en la ley constituye, por consiguiente, un correctivo irrenunciable a esa amplitud del tipo” (Wessels, J/Beulke,W/Satzger,H, 2018, pág. 166).

Por su parte Roxin, señala que “La antijuridicidad” (Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, 2015, pág. 323) es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del

---

<sup>24</sup> Un ejemplo del tipo penal abierto, conforme lo señala Wessels, es la coacción, la cual sólo es antijurídica, cuando el empleo de la violencia o la amenaza del mal para alcanzar el objetivo deseado resulta *reprobable*.

individuo. Cuando se trata de conciliar las intervenciones necesarias de carácter administrativo con “el derecho a la personalidad en general y con la libertad de actuación del ciudadano, o cuando situaciones de necesidad inminentes e imprevisibles exigen una decisión: se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios” (Roxin C. , 2002, pág. 59). Ya hemos señalado con el mismo autor que, el tipo penal, cumple en todos los casos una función indiciaria respecto de lo injusto y, por lo tanto, “comprende en este, como en otro sentido, todas las circunstancias decisivas para lo injusto punible, aunque no la antijuridicidad. Ésta, es una consecuencia necesaria, pero no un componente de la realización del tipo” (Roxin C. , 1979, pág. 296).

Una vez verificada la tipicidad de la conducta, que la misma se subsume “en el supuesto de hecho descrito en el tipo penal, el siguiente paso, es la verificación de la antijuridicidad, es decir, el examen de que el hecho típico es contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto” (Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, 2015, pág. 321). Así, mientras la antijuridicidad es una cualidad de la acción, común a “todas las ramas del ordenamiento jurídico; el injusto, es una acción antijurídica determinada, por eso se habla de injusto penal, injusto administrativo, injusto civil, aunque la antijuridicidad sea unitaria para todo el ordenamiento jurídico”. (Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, 2015, pág. 322). En el presente caso, por ejemplo, cuando un oficial policial instructor a cargo de una investigación omite evacuar el parte policial dentro del plazo otorgado por ley; se niega a recibir o anotar una denuncia ciudadana por algún delito o se rehúsa a expedir una copia certificada de denuncia policial, en razón de que el tipo penal ingresa el elemento “algún acto de su cargo” sancionando cualquier incumplimiento, nos encontramos en todos los casos planteados frente a un fuerte indicio del injusto penal propio del tipo de incumplimiento. Todas ellas conductas ilícitas. Sin embargo, para verificar si las mismas son antijurídicas, deberá comprobarse si existe alguna causa de justificación que las ampare. Comprobado ello, con el predicado de la conducta antijurídica, frente a un injusto penal, no obstante, la misma, en ninguno de los tres supuestos, no se

correlaciona con el derecho penal material. Más es propia al ordenamiento administrativo sancionador.

Así, pareciera que la antijuridicidad de la conducta se analiza en el plano de la tipicidad. Sin embargo, se debe entender que, no toda conducta ilegal está llamada a ser delito. Debe verificarse si en la misma, concurre o no una causa de justificación que la ampara. Se debe relieves que, además del derecho penal, existen otras ramas del derecho llamadas a proteger los mismos o similares bienes jurídicos o intereses. De toda la gama de acciones ilícitas comunes “al ordenamiento jurídico en su conjunto, el legislador, está llamado a seleccionar sólo una parte de ellas, las más graves e intolerables; conminarlas con una pena, recogerlas en la descripción que de las mismas se haga en la ley penal” (Muñoz Conde, 2004, pág. 03). En ese orden de ideas, resulta inadecuado definir los contornos legales de una conducta penalmente relevante atendiendo a su sola ilicitud porque, el mismo, involucra un universo de conductas amplio, genérico y, las mismas muy bien pueden ser protegidas por otras ramas del derecho. Por tanto, corresponde al legislador, la ineludible tarea, de ese amplio universo, elegir algunas, únicamente las más graves, luego describir las mismas en el tipo penal y amenazar su comisión con una pena. De esta manera se distingue el delito de las presiones del poder, los caprichos de la política y coyuntura social.

## TITULO V

### ANALISIS DEL DELITO DE OMISIÓN Y SU RELACION CON LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER

Hasta este punto, hemos estudiado la conducta como voluntad y exteriorización, haciendo implícita referencia al tipo comisivo; sin embargo, toda vez que en el presente trabajo nos encontramos frente al estudio de un tipo penal complejo que contiene tres verbos rectores (**omitir**, rehusar y retardar), y atendiendo que, uno de ellos, es un tipo omisivo, consideramos que, para poder proponer una correcta modificación del tipo penal, resulta necesario e imprescindible estudiar el delito de omisión, su concepto, su problemática y los diferentes enfoques desarrollados a lo largo de la evolución de la dogmática jurídico-penal al respecto. Ello, con el objeto de determinar si, es técnicamente adecuado o no, mantener el mismo esquema de los tres verbos rectores, esto es, regular en un mismo tipo penal, conductas omisivas junto a otras conductas activas tal como lo ha efectuado nuestro legislador.

En ese orden de ideas, siguiendo a Silva Sánchez, podemos señalar como punto de partida que, dentro de una visión de la omisión penal como un concepto estrictamente jurídico, tanto la acción como la omisión –pasividad-, se encuentran dentro de un concepto global de conducta, dentro de cuyas parcelas se ha separado y desechado aquellas que fueron afectadas por las causas de la ausencia de acción. Así, estas últimas, del universo de omisiones o acciones enfocadas desde un plano ónticos, se separan las que van a ser materia del Derecho Penal, desechando las restantes.

En ese sentido, se debe entender que, el delito, ya sea comisivo u omisivo, son aquellas conductas que tengan la capacidad de crear o incrementar un riesgo a un bien jurídicamente protegido; en ambos casos, desde la perspectiva formal “surgen en el enunciado de la imputación que expresa la relación de discordancia entre la conducta efectiva del sujeto y la expectativa del bien jurídico” (Silva Sánchez J. M., 2006, pág. 170).

Anotándose que el contenido del sentido relevante para el Derecho Penal viene dado por el tipo penal, el cual, con criterios normativos de orden atributivo y adscriptivos nos señalan cuándo estamos frente a un delito. Lo relevante en la omisión, es ciertamente un “no hacer algo”; pero, éste, no existe como tal en la realidad previa al derecho penal. Sólo surge en la tipicidad, como resultado de un juicio de imputación cuyo sustrato es la conducta real del sujeto” (Silva Sánchez J. M., 2006, pág. 177).

La omisión no puede equipararse con el hacer distinto del sujeto, sino que “aparece constituido por la atribución, a dicha conducta efectivamente realizada, de un determinado sentido, sobre la base de que no responde a la pretensión (protección activa) que dimana de un bien jurídico en una determinada situación y es recogida en un tipo penal” (Silva Sánchez J. M., 2006, pág. 169). Así, la conducta, no es en sí, ni COMISION ni OMISION, y sólo deviene en lo uno o lo otro -en sentido penal- mediante la interpretación o imputación típica a partir de la relación que se determine entre la conducta con las expectativas que parten del bien jurídico, por cuanto es precisamente el contenido, de tal expectativa, el que permite atribuir a la conducta real un concreto sentido omisivo. En otras palabras “omisión es el juicio típico mediante el cual se imputa a una conducta la no realización de una prestación positiva de salvaguarda (típicamente) indicada como necesaria ex ante para la protección de un bien jurídico” (Silva Sánchez J. M., 2006, pág. 180). En consecuencia, en base a un principio de solidaridad y atención al nuevo panorama económico social dentro de una sociedad moderna de riesgo, “la relevancia penal de una conducta puede provenir no sólo de que el sujeto no se abstenga de acciones lesivas de bienes jurídicos. Además, puede surgir porque aquél, en determinadas condiciones, no intervenga para la salvaguarda de bienes de otros puestos en peligro” (Silva Sánchez J. M., 2006, pág. 182).

En el caso del delito de incumplimiento de deberes funcionales, en una primera aproximación, tenemos que, el legislador, decidió no solamente reprimir penalmente el “retardo” o “rehusamiento” que haga un funcionario

público respecto de las funciones propias de su cargo, sino que extendió la persecución penal a la “omisión” como juicio típico mediante el cual se imputa al funcionario público la no realización de sus funciones, cumplimiento necesario para la protección del bien jurídico, en este caso, el normal desarrollo o funcionamiento de la administración pública.

Desde el punto ontológico, el finalismo señala que, “la estructura lógico-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que, determina el juicio de valor subyacente a la norma y al injusto” (Silva Sánchez J. M., 2006, pág. 42). Así omite, el que no realiza una acción final pese a tener capacidad de acción. Este último concepto comprende a) una posibilidad física de actuar, externa y objetiva; b) una capacidad de conducta final la misma que comprende la adopción de la decisión y el control del proceso que se ha puesto en movimiento, este último, presupone la pre existencia de una base cognoscitiva que debe poseer el agente de la meta de su acción final y las otras posibilidades a las cuales pueda dirigir ésta.

Así, tenemos que Kaufmann señala “si actividad final es un actuar consciente conducido hacia un fin, la capacidad de acción requerirá que se haya acogido un fin hacia el que pueda ser conducido el curso de la acción” (Silva Sánchez J. M., 2006, pág. 44). O como lo señalaba Bernd Schünemann, la omisión, es la no-realización de una acción individualmente posible.

Lo cierto es, sin embargo, tal como concluye Silva Sánchez, que ni el concepto de **capacidad** ni el de **posibilidad** resultan apropiados para establecer la base común a acción y omisión que preceda a la valoración jurídica. Así, el plano **ontológico** se revela incapaz de proporcionar un supra concepto que comprenda a ambos. Como consecuencia de ello, y esto es lo relevante para el presente trabajo, **sólo tiene sentido hablar de omisión dentro de la tipicidad por lo que carece de sentido hablar de omisión antes y con independencia de lo señalado en los concretos tipos omisivos.**

En ese orden de ideas, tenemos que el delito de omisión<sup>25</sup>, surge en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo. “Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada ex ante como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico (concepto material). Bases del juicio de imputación son, pues, la conducta efectiva del sujeto y la pretensión, típicamente establecida, del bien jurídico de recibir una protección positiva y no sólo negativa” (Silva Sánchez J. M., 2006, pág. 195). Más allá de las descripciones típicas no existen omisiones penalmente relevantes sino sólo acciones. El delito de omisión, es un mecanismo legal de prohibir acciones. “El delito de omisión es un concepto de naturaleza normativa que invoca una acción determinada y exigida en una situación social concreta siempre que el agente tenga capacidad psicofísica para esa acción” (Villavicencio Terreros, 2007, pág. 651). Si no existe la posibilidad de acción no habrá omisión. Siempre detrás de un delito de omisión hay un mandato determinado.

La Omisión “supondría la no realización de una acción que, sobre la base de una norma jurídica, se esperaba (acción esperada), que, el sujeto podía y debía realizar. La doctrina dominante está de acuerdo en que la omisión es un concepto normativo que tiene lugar cuando se omite una acción exigida o esperada” (Nuñez Paz, 2016, pág. 17) Jakobs cuando trabaja sobre la separación y distinción entre la acción y omisión advierte un punto en común cuando señala, que penalmente no sólo hay responsabilidad por causaciones, sino también por omitir evitar un suceso. Luego, cuando trata de diferenciar ambas manifestaciones de la conducta humana, señala que, mientras en la comisión, una concurrencia de impulsos consciente o inconsciente conduce a la formación de un motivo para el movimiento corporal y éste causa un resultado; en la omisión, se produce un suceso que no se habría producido si el autor se hubiera motivado a impedirlo y hubiera realizado los movimientos

---

<sup>25</sup> En nuestra dogmática nacional, el profesor Villa Stein, ha señalado que la omisión constituye una “Modalidad de comportamiento humano que podemos llamar de silencio conativo por el alcance de determinada meta o propósito debidamente anticipada por el agente, o para mantenerse en dicho estado (de silencio) por el motivo que sea, pero debiendo y pudiendo actuar, infringiendo así una norma imperativa o prohibitiva. (Villa Stein, 2014, pág. 331) .

corporales necesarios. En ambos casos, podemos observar como denominador común que la conducta para ser penalmente relevante requiere la realización de un suceso o de un resultado que la norma penal prohíbe. Luego, el profesor alemán señala, así como en la comisión la evitabilidad es el dolo o la imprudencia de la propia conducta, del mismo modo también en la omisión la evitabilidad está vinculada a la propia conducta. “Por eso no sólo contiene el conocimiento o la cognoscibilidad de las condiciones de la producción de un resultado, sino además que esas condiciones dependen de la propia conducta, es decir, la posibilidad de influir en el suceso” (Jakobs G. , 1997, pág. 175). Justamente esta última es la fundamentación para su represión.

Por su parte Muñoz Conde, en su obra conjunta de derecho penal parte general con la profesora Mercedes García Arán, advierte que, el comportamiento humano, no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo constituido por la omisión y, en la medida que el derecho penal no sólo contiene **normas prohibitivas** sino también **normas imperativas**, la infracción de estas últimas, constituye la esencia de los delitos de omisión, en otras palabras identifica las conductas omisivas relevantes. En ese orden de ideas, la omisión en sí misma, no existe, por cuanto esta referida siempre a una acción determinada cuya no realización constituye su esencia. Agrega, que el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción, sino existe tal posibilidad de acción, no puede hablarse de omisión, en ese sentido, la omisión, no es un simple no hacer nada, sino realizar una acción que el sujeto está en la posibilidad o situación de poder hacer, de lo que concluyen ambos profesores españoles: **“las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión. La posibilidad de acción es, por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción, como a la comisión”** (Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, 2015, pág. 252).

**Los delitos de omisión propia** son de mera actividad, subyace detrás de ellos una norma imperativa o de mandato en el que se ordena realizar una determinada acción y están previstas de manera expresa en la ley penal como tal. La tipicidad, en estos delitos se materializa o agota con la sola desobediencia de la acción ordenada en la norma. La misma se traduce en la amenaza o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma en concreto. Su afectación como hecho material producto de la desobediencia no constituyen elementos que conforman el tipo penal y, por lo tanto, en principio, el agente, no debe responder por los mismos.

Según esta definición, el artículo 377° de nuestro ordenamiento penal, objeto de estudio del presente trabajo, en su modalidad omisiva, constituye entonces una modalidad de omisión propia, por cuanto justamente el agente, en este caso siempre un funcionario público, incurre en responsabilidad penal cuando desobedece la orden impartida por la norma penal: ¡no omitas ilegalmente ningún acto de tu cargo!, materializándose el delito con la sola desobediencia. Sin embargo, debemos señalar que, este tipo penal no obedece a las reglas de los delitos de dominio, sino a los de infracción de deber, concepto que deber ser atendido para su correcta regulación.

Roxín, en el año de 1963 publica su obra “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”. A partir de la misma, dentro de la doctrina mayoritaria se establece una división bifronte de los delitos, como “**delitos comunes o delitos de dominio**”, en los que, el autor (quien puede ser cualquiera ya que el legislador, no exige alguna cualidad o condición especial del autor, en dicho sentido, los denomina de manera anónima “el que”), tiene y ejerce el dominio y control del hecho descrito en el tipo penal mediante el ejercicio voluntario y consciente de su comportamiento y; los “**delitos especiales o de infracción de deber**”<sup>26</sup>, que solo pueden ser ejecutados por ciertas personas que

---

<sup>26</sup> En el presente caso, corresponde diferenciar entre los “delitos especiales propios” y los “delitos especiales impropios”. En los primeros, se señalaba que, como en el caso del delito de negociación incompatible, el extraneus, como producto de la “teoría de la ruptura de la imputación”, ante su inexistencia, no podía ser sancionado por un delito paralelo y, en consecuencia, su conducta quedaba

previamente poseen deberes especiales. Donde “el legislador no ha previsto ni ha atendido a la naturaleza externa de la conducta del autor, sino que ha fundamentado la sanción penal en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico incumpliendo prestaciones vinculadas a un determinado rol social especial” (Sanchez- Vera Gomez-Trelles, 2002, pág. 29). En estos últimos, la autoría se reduce a las características del autor descritas en el tipo penal, en el mismo, es irrelevante el dominio del hecho que el mismo ejerza sobre el curso causal de la consumación del delito. Roxin y Jacobs, pese a las diferencias de sus posturas, coinciden en que, en los mismos, existe una equiparación entre la lesión del deber por acción u omisión. “en el delito de infracción de deber, la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo -como en el delito de organización-, sino que ya existiría con anterioridad a éste, y, por ello, es indiferente que el autor actúe u omita, sino solo si cumple o no con su deber” (Sanchez- Vera Gomez-Trelles, 2002, pág. 40). En ese orden de ideas, se debe entender que los deberes determinantes en los hechos comisivos abarcan incluso, por lo general, el ámbito de la omisión. “En todos ellos, es indiferente para el quebrantamiento del deber que este consista en un hacer o en un omitir, no existiendo diferencia entre el hecho comisivo y el omisivo desde la perspectiva de la autoría” (Roxin C. , 2016 B, pág. 443). Por ello, en el tipo penal del delito de incumplimiento de deberes posee actualmente tres verbos rectores (omitir, retardar y rehusar), consideramos que los mismos no generan ningún aporte práctico y por lo mismo pueden ser reemplazados con el verbo incumplir. El incumplimiento importa el quebrantamiento de la norma penal. Identifica al autor y por lo tanto sustenta el injusto penal. Sin embargo, no puede reprimirse todo incumplimiento dentro del aparato del Estado. Sino los que hacen

---

impune. En los delitos especiales impropios, sin embargo, como ocurre en el delito de peculado, el extraneus, al existir delitos de dominio paralelos, podía ser sancionado por los delitos ya sea de apropiación ilícita o hurto. Estas diferencias, sin embargo, han quedado superados a partir de la dación del Decreto Legislativo 1351. El mismo, agregó un tercer párrafo al artículo 25 del Código Penal, en el que se establece “el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”, con lo que se dejó sanjado, dentro de nuestro país que, la complicidad primaria y secundaria solo se aplican a los delitos de dominio y, en los delitos de infracción de deber, en razón de la unidad del título de imputación, se aplica una participación o complicidad única por el mismo delito por el que responde el autor especial.

imposible la convivencia social y ponen en peligro la coexistencia pacífica en sociedad.

## TITULO VI

### TEORIA DE LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER.

Dividir la teoría del delito en delitos de infracción de deber y los delitos de dominio, trae dos consecuencias bien marcadas en la dogmática penal. **La primera**, respecto de la participación, en los delitos de infracción de deber, únicamente puede ser autor aquel que quebranta el deber especial<sup>27</sup> y, solo basta quebrantar éste para ser considerado autor. Los demás, no importando el aporte en la ejecución del delito sólo serán partícipes. Jamás autores. **La segunda**, respecto de los delitos de omisión, atendiendo que la base de la responsabilidad es “la lesión de un deber, resulta irrelevante si ésta se produce a través de una acción o una omisión.”<sup>28</sup> Además no todo aquel que omite es autor, sino únicamente el obligado de evitar el resultado descrito en el tipo” (Roxin C. , 2016 B, pág. 442/443). Por último, la delimitación entre un delito de infracción de deber y uno de dominio la determina el legislador de acuerdo a una cuestión valorativa al momento de erigir el tipo penal. “Elaborado éste, ya se encuentra predeterminado las reglas a aplicar de acuerdo a los conceptos adoptados. Es una cuestión de interpretación y no una delimitación lógico-conceptual” (Sanchez- Vera Gomez-Trelles, 2002, pág. 32/33).

Así, “los deberes que fundamentan la autoría en los delitos de omisión no se distinguen en esencia de los delitos de comisión, se trata de deberes de protección y conservación de índole jurídico-civil, jurídico-pública y consuetudinaria, cuyo quebrantamiento se valora como infracción de la norma penal” (Roxin C. , 2016 B, pág. 443).

Los deberes que sustentan la infracción de deber en estos delitos abarcan el ámbito de la omisión. Así, “es indiferente para el quebrantamiento

---

<sup>27</sup> Jakobs, señala se responde en virtud de una relación de carácter institucional (una relación especial, previa, positivada de protección del autor respecto de un determinado bien jurídico). La competencia del autor, se funda en la lesión de deberes protegidos institucionalmente. La autoría, la define la lesión del deber, ésta, además fundamenta la imputación jurídico-penal.

<sup>28</sup> Todos los delitos de comisión por omisión serían delitos de infracción de deber.

del deber que este consista en un hacer o en un omitir, no existiendo diferencia entre el hecho comisivo y el omisivo desde la perspectiva de la autoría” (Roxin C. , 2016 B, pág. 443). En ese sentido debe afirmarse que, los delitos de infracción de deber, son aquellos que importan la pre existencia de un deber especial positivo del agente, los cuales, sin embargo, no deben ser confundidos con los delitos de omisión impropia (cuyo fundamento de sanción es el quebrantamiento de un deber negativo). Respecto del delito de omisión propia, se distinguen por cuanto, si bien ambos nacen del quebrantamiento de un deber positivo de acción, sin embargo, los delitos de infracción de deberes especiales como su propia denominación lo señala, comprende deberes que importan únicamente a funcionarios o servidores públicos y no están dirigidos al público en general.

Consideramos que, no todos los delitos de comisión por omisión, han de ser calificados como delitos de infracción de deber, sino, únicamente aquellos cuyo autor sea un garante en virtud de una relación institucional. En consecuencia, también existirán delitos de comisión por omisión que se originen en una organización de la libertad del agente donde la omisión de éste responde a una disposición ilícita de su libertad. En los delitos de dominio y de comisión por omisión se lesionan únicamente **una prohibición** que reza: no dañar a los demás <<neminem laede>>, deber negativo; mientras que, en los delitos de infracción de deber, siempre se lesiona **un mandato** de edificar un mundo en común, deber positivo (Sanchez- Vera Gomez-Trelles, 2002, pág. 108).

Consecuentemente como primera regla, debemos señalar que, los criterios aplicables a los delitos de dominio, en los que, la calidad de autor se sustenta en que el agente tiene el dominio externo de un resultado del mundo exterior, o ejerce el dominio del hecho descrito en el tipo penal, no resultan aplicables a los delitos de infracción de deber<sup>29</sup>. En estos últimos, ya hemos

---

<sup>29</sup> En estos delitos, el dominio del hecho, como dato fáctico de la ejecución del tipo penal resulta irrelevante por cuanto el sustento para identificar la calidad de autor en el agente es el rol social especial de funcionario público. Si lo posee es el autor, sino lo posee es partícipe.

señalado, únicamente puede ser autor quien detenta o posee el deber especial aun no tenga el dominio del hecho en el delito específico. Así, el criterio del dominio del hecho, no constituye un principio universal para determinar la figura central del suceso en todos los delitos, por cuanto la misma, no se aplica en aquellos supuestos en los que, el legislador, ha formulado respecto del autor cualificaciones o deberes especiales que le compete únicamente a él.

Sin embargo, la diferencia entre el delito de dominio y el de infracción de deber, no responde a dos conceptos disímiles de autor, sino, a una diversa estructura de los tipos penales correspondientes. En ambos casos, el fundamento de la punibilidad es la lesión de bienes jurídicos. El deber especial fundamenta la autoría, la define la lesión del deber, ésta, además fundamenta la imputación jurídico-penal. En los delitos contra la administración pública, el legislador, ha diseñado adecuadamente los tipos penales especiales dotándolos de elementos normativos y descriptivos que permiten distinguir, además del bien jurídico general, el bien jurídico específico que protege la norma. Por ello, en estos delitos, el deber especial, fundamenta la autoría. Sin embargo, conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116 del 10 de setiembre del 2019, “la sola verificación de la infracción de deber, resulta insuficiente para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales”. “La sola infracción del deber de carácter penal no configura el peculado y, por tanto, no se sanciona ni por tentativa. La razón de la punición de los delitos de infracción de deber tal como ocurre en los delitos de dominio o comunes es la puesta en peligro o la lesión de bienes jurídicos”. En efecto, resulta indiscutible que el bien jurídico específico puesto en peligro o afectado en los delitos especiales contra la administración pública justifica y explica el despliegue del ius puniendi y no basta la infracción del deber. Lo contrario ocurre en el delito de incumplimiento de deberes funcionales donde, el legislador, en un afán de asegurar el normal funcionamiento de toda la estructura, el engranaje complejo y amplio de la administración pública, identificó como sostén de la misma, el cumplimiento todos los deberes que le competen al funcionario público y, como talón de Aquiles, su antítesis, el ilegal incumplimiento de los

mismos. Es decir, hace uso de una referencia normativa, agotando en el mismo, sin embargo, el bien jurídico protegido (la legalidad en el desempeño). Esta vez, general, amplio y omnicomprensivo. No se ha desarrollado como vemos criterios para restringir el campo normativo de protección del tipo penal. Como, por ejemplo, atendiendo que nos encontramos frente a un delito residual, extender los bienes jurídicos específicos propios de los demás delitos especiales y trasladarlos al delito residual desarrollando en este esfuerzo el, o los bienes jurídicos específicos que deben informar al delito de incumplimiento de deberes funcionales en una mejor y mejorada protección de los mismos. En estricto respeto del principio de mínima intervención del derecho penal.

En efecto, en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, en el que el tipo penal regula “el funcionario público que, ilegalmente omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido (...)”, se puede advertir que nos encontramos frente a un delito de infracción de deber, en el que, el deber especial, compete única y exclusivamente al funcionario público determinado. De esta manera el tipo penal identifica automáticamente la calidad de autor del mismo. Sin embargo, cuando tratamos de ubicar el sustento de punibilidad de la conducta desde el derecho penal material y analizamos para ello, los elementos que componen el tipo objetivo, advertimos que los tres verbos rectores, en diferentes grados, con el agregado “algún acto de su cargo” hacen referencia en común al incumplimiento general de todos los deberes funcionales que le compete al funcionario público. Sin distinción. En el caso del término “ilegalmente”, si bien es cierto, el mismo, restringe a un marco normativo el incumplimiento penalmente relevante delimitándolo; sin embargo, al no indicarse el rango de la norma de referencia y no fijarse además criterios para determinar la protección solo de determinados bienes jurídicos, el campo normativo de protección se torna amplio. No se logra fundamentar adecuadamente la punibilidad de la conducta descrita, o en el mejor de los casos, no se ha logrado restringir la misma a los principios de mínima intervención del Derecho Penal. Ha creado un tipo penal que, al sancionar de plano cualquier incumplimiento y justificar el castigo en la

supuesta afectación del normal funcionamiento de la administración pública, ha olvidado que, este bien jurídico, no es privativo del derecho penal, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. Invade, en su pretendida protección, las competencias del derecho administrativo sancionador. Así, consideramos que, resulta necesario redefinir el bien jurídico en el presente caso, aterrizar el mismo, definiendo valores más concretos, tangibles y sobre todo que tengan relevancia penal.

### **RESPONSABILIDAD POR LOS RESULTADOS EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER**

Esta última postura, de relieves la referencia a los daños concretos que puede ocasionar el incumplimiento de deberes funcionales tanto a la persona humana, su patrimonio, bienes o intereses de necesidad primaria que aseguren una normal convivencia (los cuales deben ser abordados de manera general en los elementos del tipo objetivo del tipo base) obedecen a criterios de una intervención mínima del derecho penal. También rescata el enfoque de justicia y paz social que demanda el menoscabo de cualquiera de los intereses invocados.

Ello tiene lógica si se tiene en cuenta que, pese a la posición de garantía de la cual esta investido un funcionario público en los delitos de infracción de deber, el mismo no responde por las consecuencias fácticas y directas de afectación a determinados bienes jurídicos que se desarrollen o desencadenen como resultado inmediato del incumplimiento de sus deberes positivos especiales. Por ejemplo, no responde por la muerte de una persona a la cual no se le atendió a tiempo su solicitud de garantías personales. Tampoco responde por las secuelas en la salud de un paciente hospitalario atendido tardíamente por la falta de designación del médico de guardia por el funcionario encargado. Tampoco responde por los daños materiales en las viviendas, bienes públicos y negocios ocasionados por la tardía reparación de las tuberías de desagüe de la empresa estatal SEDAPAL ocurridos por ejemplo en el mes de enero y febrero del 2022 en San Juan de Lurigancho.

En todos estos casos, se demanda un tipo penal que deje ir de su marco de comprensión conductas menos gravosas que corresponden al derecho administrativo sancionador y relieve la protección de estos daños concretos de relevancia social y económica con sanciones eficaces como el cese de funciones y multas que coexistan de ser el caso con penas privativas de la libertad que no sean simbólicas. Ello, de cara a que el funcionario únicamente responde por el incumplimiento, la infracción de su deber específico de función. Esto es, no se le puede atribuir el resultado como en los casos de los delitos de dominio ya sean de acción o comisión por omisión toda vez que, su única competencia, es la infracción de un deber de función. En términos de gravedad, se encuentran por encima de las omisiones puras, pero por debajo de la comisión por omisión (Navas Moncada, 2018, pág. 49), por cuanto no constituyen, como en estos últimos casos, infracciones del ejercicio de la plena libertad basados en el deber negativo de no dañar a otro, el cual comprende e importa la organización del hecho y del resultado producido y en el que hay identidad entre la acción (matar) y la omisión (matar). En otras palabras, si bien es cierto, en ambos casos (delitos de función-comisión por omisión) existe una posición de garantía, sin embargo, sólo en los últimos casos se responde por el resultado.

## **EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES COMO UNA INFRACCIÓN DE DEBER POSITIVO**

La doctrina internacional, luego de superar algunas discusiones, ha señalado que, cuando se trata de la infracción de deberes especiales a cargo de servidores o funcionarios públicos, lo que se infringe, no es **una prohibición o un deber negativo general**<sup>30</sup> (el cual responde por una

---

<sup>30</sup> Dentro del Derecho penal, se encuentra un primer grupo que está integrada por un conjunto de normas prohibitivas (no matar, no hurtar, no estafar), las mismas establecen una serie de deberes negativos dirigidos al individuo estableciendo una lista de conductas que NO DEBE HACER, bajo amenaza de sufrir una sanción. Se puede decir de otra manera que, las normas prohibitivas, PROHIBEN LA REALIZACION DE DETERMINADAS ACCIONES bajo el principio *neminem laedere*. Éste, es el ámbito más extenso dentro de la parte especial del derecho penal y comprende a todos los delitos de ACCION (implica la ampliación del propio ámbito de organización a costa del ámbito de organización de otra persona afectándolo o excediendo el nivel de riesgo permitido) y además por extensión a todos los delitos de OMISION IMPROPIA o también denominados COMISION POR OMISION donde también se

responsabilidad por organización) sino **un mandato o un deber positivo**,<sup>31</sup> así, en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, se infringe el mandato dirigido al funcionario público de cumplir con los deberes propios de su cargo. Sancionando penalmente el incumplimiento ilícito de los mismos; ello, en virtud que, el funcionario público, conforme la teoría funcionalista, asumen una posición de garante institucional que implica velar por el correcto funcionamiento de la organización institucional que hagan posible como fin inmediato el logro y satisfacción de necesidades humanas básicas y como fin mediato el bien común a cargo del Estado.

En una sociedad moderna, compleja e industrializada, conforme lo ha establecido el profesor Jakobs, para lograr una convivencia pacífica, resulta imprescindible la existencia de deberes positivos (Navas Moncada, 2018, pág. 41), ya que no es suficiente que todo ciudadano cumpla el deber negativo general *neminem laedere*, el cual se traduce en un abanico de tipos penales que conforman la parte especial del código penal, sino que resulta indispensable y fundamental, además, el cumplimiento de deberes positivos generales y especiales. Respecto de los primeros, cuando el riesgo que amenaza, afecta o vulnera la esfera de organización de un tercero no es

---

vulnera ese deber negativo o prohibición, entendida estas como el ejercicio ilegal de la libertad, el hecho de que el resultado injusto se alcance mediante una acción u omisión resulta irrelevante desde el punto de vista normativo, por cuanto el fundamento del mismo es el ejercicio no permitido de la libertad<sup>30</sup>, tiene identidad normativa con la comisión activa: en el acto previo de asunción del compromiso de contención de riesgos y posterior vulneración de tal compromiso como expresión del ejercicio de la libertad.

<sup>31</sup> Sánchez-Vera, desarrolla un análisis de ambos términos (prohibición y mandato) desde la filosofía en dos planos. Desde el plano idiomático señala que “prohibición y mandato no son diferente tipos de normas, sino diferentes formas de formular la norma”. Citando a Kant, refiere que “las prohibiciones son mandatos negativos”; que toda acción puede ser reformulada en omisión y viceversa, así, quien mata, omite no matar; él que deja de no matar y mata. Citando a Kelsen agrega “una acción mandada es una omisión prohibida y una omisión mandada es una acción prohibida”. La formulación de una norma a modo de prohibición o mandato es intercambiable de una forma absolutamente discrecional. Del tipo de norma, mandato o prohibición, no puede depender nada. Luego desde un plano material, refiere que se debe distinguir entre *tipos de interpretación* y los *tipos codificados*. Por los primeros tenemos la institución negativa (no dañar a nadie) y por la segunda la institución positiva (la edificación de un mundo en común para el fomento y ayuda de un determinado bien jurídico). Luego aclara que la intercambialidad de las prohibiciones y mandatos sólo procede en los tipos codificados donde se dan los opuestos contradictorios, pero no en los tipos de interpretación donde los conceptos son simplemente contrarios. En estos últimos no es posible la intercambialidad por cuanto los mismos se niegan entre ellos. Es en este último sentido que se deben entender las instituciones positivas respecto de las negativas. que hay delitos de omisión que no son delitos de infracción de deber puesto que no son el resultado de la violación de un *mandato*, sino de una *prohibición*. (Sanchez- Vera Gomez-Trelles, 2002, pág. 107/122).

consecuencia del ejercicio de la libertad de una persona, se debe recurrir a los deberes positivos que consisten en **hacer algo bueno por el otro**, concretar el auxilio, la mejora, el bienestar de la situación de terceros en determinados casos con una irradiación de utilidad general que alcanza no solo a todos los ciudadanos sino al propio estado. El delito de Omisión de Socorro entonces es la positivización de un deber positivo dentro del derecho penal.

Respecto de los segundos, dentro de la estructura que nos plantea el funcionalismo, tenemos que los delitos de infracción de deberes positivos, se distinguen dos grupos **a) infracción de deber general**, en los que, el tipo penal, no requiere una cualidad especial en el agente ya que puede ser cualquiera. La redacción y estructura del tipo penal no tiene como eje el vínculo agente-institución. En estos casos, los deberes positivos están sustentados en la solidaridad y cooperación, y, en consecuencia, en estos casos el delito sólo puede ser cometido mediante una omisión.

Por otro lado, **b) infracción de deberes especiales**, en los que el tipo penal requiere una cualidad especial en el agente y el delito no puede ser cometido por cualquiera. Así, el eje en la redacción del tipo penal se sustenta en el vínculo agente-institución. En estos casos, resulta irrelevante que el agente infrinja el deber de función mediante una omisión o una acción, en ambos casos se comete el delito siempre en calidad de autor. Finalmente podemos señalar que, en la infracción de deber general, el delito se consuma no realizando lo que el tipo penal ordena. En el segundo caso, el agente siempre es un garante institucional, obligado a proteger determinada institución y se materializa con la infracción del deber funcional que contiene la norma penal.

Sin embargo, en los delitos de infracción de deber, no es la condición de funcionario lo que convierte a un sujeto en autor, sino es el deber

específico, cuya infracción consciente fundamenta la autoría<sup>32</sup>; estableciéndose además que, no toda lesión cometida por funcionario público, debe estar comprendida dentro de la misma, sino que, el hecho recogido en el tipo penal tiene que estar; primero, en relación directa con un acto concreto de ejercicio de cargo y; segundo: dentro de este último universo, el incumplimiento debe tener una relevancia penal material.

Así tenemos que en, los delitos de infracción de deber, dentro de cuyo esquema se encuentra el delito de incumplimiento de deberes funcionales, se ha superado la diferencia ontológica entre: acción y omisión; en consecuencia, en la infracción del deber especial, en el que incurre el agente, carece de relevancia práctica, si ésta, se materializa mediante una acción u omisión, distinción que actualmente no tiene ninguna notabilidad desde el enfoque al menos de la consumación<sup>33</sup>, anotándose que, la teoría del dominio del hecho, no resulta adecuada para resolver estos tipos penales. Sin embargo, la teoría de infracción de deber, no debe ser tratada como una herramienta dogmática autosuficiente en sí misma, es decir, no basta que un funcionario público infrinja un deber de su cargo para acudir al derecho penal. El injusto penal en este extremo, no debe abarcar toda infracción de deber cometida por funcionario público, sino que, el legislador, debe identificar, extraer y describir, del universo de actos propios de su cargo, los que amenacen o vulneren bienes jurídicos concretos, tangibles, más allá que el normal desempeño de la administración pública.

---

<sup>32</sup> “Es el quebrantamiento del deber especial extrapenal, ocasionador del resultado, lo que fundamenta la autoría, sin tener en cuenta ni la voluntad del autor ni el dominio del hecho” (Roxin C. , 2016 B, pág. 347).

<sup>33</sup> Desde el plano normativo, considero que debe tenerse mucho cuidado y atención cuando se regula o construye la estructura típica de un delito de infracción de deber omisiva, toda vez que el mismo, a nuestro criterio debe regular además de la infracción del deber un resultado.

## TITULO VII

### DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Es una realidad incuestionable que, en virtud del artículo 377° del Código Penal peruano vigente, que regula el delito de incumplimiento de deberes funcionales, se está judicializando penalmente a la fecha, conductas que no revisten ninguna gravedad, entendidas desde el Derecho Penal material, como, por ejemplo, la no expedición de copias certificadas por un funcionario público<sup>34</sup>, entre otras conductas meramente administrativas como no expedir una licencia de funcionamiento dentro del plazo de ley. Con ello se comprueba que, en desmedro del principio de mínima intervención, haciendo uso de una técnica legislativa inadecuada se viene utilizando el derecho penal como mecanismo de coacción para obligar a los funcionarios públicos el cumplimiento de “cualquier acto propio de su cargo”, cuando existen otros mecanismos de control. De esta manera se difumina peligrosamente la línea que divide el derecho penal del derecho administrativo sancionador. En el presente capítulo, por ello, pretendemos desarrollar algunos conceptos que se deben tener en claro para poder distinguir ambas disciplinas.

En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta que el Estado, se articula en dos grandes brazos: **el derecho penal y el derecho administrativo sancionador**<sup>35</sup>. Si bien es cierto, ambas disciplinas, parecieran dos elementos heterogéneos, hasta contradictorios, que cuentan con campos concretos y autónomos, con reglas de juego y ámbitos conceptualmente bien diferenciados, sin embargo, lo cierto es que existen campos de conexión, los cuales, sin embargo, no debe servir para

---

<sup>34</sup> (“...exige que.... en el ejercicio de sus funciones omita, rehusé o retarde ilegalmente algún acto de su cargo; que, este delito no ha sido realizado (...). .... en ninguna oportunidad negaron –de manera ilegal- .... la información que solicitaba... (...) por medio de copias certificadas (...) sino que no se podían expedirse (...) por la falta del pago del arancel (...)” R.N.N. 1666-2010-CUZCO. Del 12/07/2010, f.j.5, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>35</sup> Mestre, La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la administración pública. Citado por Danós (Danós Ordoñez, pág. 150).

confundirlos. Así, el derecho penal entendido como un instrumento de la administración de justicia “sería un sector de la administración pública, un fragmento de ella”, (Orts, 2012, pág. 77) también lo es el derecho administrativo sancionador, entendida como organización y control del aparato estatal. Por lo tanto, existe entre los mismos, una clara conexión funcional. Así, el primero, asume algunos conceptos del segundo (concurso o subasta pública, licencias, dominio público, contratación pública), redefiniendo por otro lado, otros conceptos (funcionario público) (García Pablos de Molina, 2009, pág. 56) con el objeto de adecuarlo a sus fines. Este estrecho vínculo, existente entre ambas disciplinas, también queda plasmado si se tiene en cuenta que, además dentro de la legislación penal, los delitos contra la administración pública<sup>36</sup>, como ocurre en las infracciones administrativas, tiene como características **ratione materiae**, porque se relaciona íntimamente con la organización del Estado y con la protección de intereses generales; y **ratione personae**, porque está dirigida a determinados sujetos revestidos de una cualidad fundante funcionario público o autoridad.

Respecto de las diferencias, entre: **el ilícito Penal** (delito) y **el ilícito Administrativo** (Infracción Administrativa), podemos establecer desde el **plano formal**<sup>37</sup> las siguientes: (1) La naturaleza de las normas legales que los define y castiga (penales o administrativas); (2) El tipo de sanción que en cada caso se impone (pena privativa de la libertad o sanciones disciplinarias); (3) El órgano competente (un tribunal de justicia o un órgano administrativo); (4)

<sup>36</sup> El cual, según el autor, regula los títulos XIX y XX del Libro II del Código Penal Español, los delitos contra la Administración Pública y los delitos contra la Administración de Justicia.

<sup>37</sup> Sin embargo, cuando de lo que se trata es de encontrar la **diferencia en el orden material** entre ambos conceptos, la doctrina no es pacífica. Así en la Ilustración, al existir una confusión entre Religión, Moral y Derecho, no era posible distinguir materialmente ambos conceptos. Luego, con el advenimiento del Liberalismo y el ejercicio del ius puniendi y cuando resulta imprescindible elaborar una distinción material entre ambos conceptos, FÉUERBACH, afirmó que mientras **el ilícito penal** lesiona un derecho del Estado o de los ciudadanos; **el ilícito Administrativo** (de policía), no lesiona ningún derecho, sino que, simplemente representa un peligro para el ordenamiento jurídico y la seguridad social, esta metodología seguida por otros autores (GOLDSCHMIDT, LANGE, MICHELS, BOCKELMANN, MEZGER, BRICOLA), la cual pretende encontrar la diferencia material entre ambos conceptos, a partir de distinguir entre el “bien jurídico” e “interés de la administración”, a decir del maestro resulta “insostenible porque la administración no puede ser concebida como algo ajeno al derecho desde el momento en que se halla sometida a él. Ni cabe hablar, en puridad, de “intereses de la administración”, porque la administración no tiene más intereses que los de la colectividad”. (COBO DEL ROSAL, M/ VIVES ANTON citado por (García Pablos de Molina, 2009, pág. 57).

El procedimiento legalmente previsto (el Código Procesal Penal o las leyes de procedimiento administrativo); (5) La forma de cumplimiento y ejecución. (García Pablos de Molina, 2009, pág. 53).

Respecto de las diferencias de orden material, se debe tener en cuenta que, no es posible distinguir ambos conceptos sosteniendo argumentos tales como que, mientras la administración busca el bienestar general; el derecho penal, hace lo propio con la justicia, toda vez que, ambos, tienen un único fin “la creación de un orden justo y útil para todos los ciudadanos” (García Pablos de Molina, 2009, pág. 57)”. Tampoco se puede sostener que el ilícito penal castiga la lesión de bienes jurídicos, mientras que el ilícito administrativo sanciona el mero peligro (contraponiendo: lesión y peligro, o, peligro concreto y peligro abstracto-presunto, atendiendo que ya el derecho penal contiene estos tipos penales). Estas teorías están condenadas al fracaso, por cuanto “el criterio básico de la diferenciación entre ambos injustos no puede ser otro que el de la mayor y menor gravedad de la infracción, apreciada caso a caso por el legislador histórico” (García Pablos de Molina, 2009, pág. 57). Así, no se debe perder de vista que, “desde el núcleo duro del ilícito penal hasta la última de las infracciones administrativas discurre una línea continua de un injusto material que se atenúa progresivamente, sin llegar a desaparecer” (García Pablos de Molina, 2009, pág. 58). Es decir, no existe una diferencia cualitativa entre <<ilícito penal>> e <<ilícito administrativo>> y sus consecuencias, ambos, se justifican por la necesidad de expresar una respuesta proporcionada a la relevancia de las respectivas infracciones, las cuales, sólo se diferencian por razones cuantitativas, es decir, la gravedad de las mismas.

Llama la atención que la Sala Penal Permanente<sup>38</sup>, en el análisis del delito de incumplimiento de deberes funcionales, señale que “la diferencia entre la conducta penal y la administrativa, en el tipo penal, la constituye la existencia del dolo de realizar el acto ilegal. El dolo como parte de la estructura

---

<sup>38</sup> Casación N° 169-2012-Ancash, 12 de setiembre del 2013, fj, 12.

de la teoría del delito se ubica como un elemento subjetivo del tipo penal”. Otros autores, también incurren en el mismo error al señalar que “el delito analizado, resulta ser de comisión dolosa, requiriéndose dolo directo, por la misma naturaleza de los verbos rectores, por tal razón el tipo subjetivo resultará ser el baremo diferenciador entre el injusto penal y el injusto administrativo” (Arismendi Amaya, 2018, pág. 330). Bajo estas premisas, ya estaría solucionado el problema de determinar las diferencias entre un delito y una infracción administrativa y se podría concluir que todas las infracciones administrativas son culposas. Lo que es un error.

Así, la aproximación del derecho administrativo sancionador y el derecho penal constituye un fenómeno general que ocurre en el derecho europeo (Alemania, Francia, Italia, Portugal y Suiza) (Danós Ordoñez, pág. 152). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las contravenciones administrativas participan de la misma naturaleza de las infracciones penales, sin embargo, esta afirmación, debe entenderse sin perjuicio de los límites que posee constitucionalmente la potestad sancionadora (De Fuentes Baraji, 2005, pág. 106), como la de dictar prisión preventiva en sede administrativa.

El Tribunal Constitucional español<sup>39</sup> ha precisado que, en el ejercicio de la potestad disciplinaria, la sanción no se implementa en ejercicio del ius puniendi propias del Estado para reprimir las conductas tipificadas como delitos o faltas sino en ejercicio del poder disciplinario propio de la administración que posee sobre sus dependientes o funcionarios, en razón de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la administración (De Fuentes Baraji, 2005, pág. 778).

Además la constitución española cuando regula que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la

---

<sup>39</sup> 234/1991 de diciembre (RTC 1991, 234)

legislación vigente en aquel momento<sup>40</sup>, se puede concluir que, la potestad sancionadora de la administración pública y la potestad sancionadora del derecho penal, forman parte del IUS PUNIENDI que ostenta el estado, de tal manera que, ambas, no son sino simples manifestaciones concretas de éste. De tal suerte que, un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales (Nieto García, 2012, pág. 24)<sup>41</sup>.

En el Perú, por ejemplo, la ley de delitos aduaneros 28008, en su artículo 1° señala que, para la configuración del delito de contrabando y no una mera infracción administrativa, exige que el valor de las mercancías que burlan el control aduanero sea superior a dos unidades impositivas tributarias (antes eran cuatro). Lo propio ocurre con el delito de receptación aduanera, tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. La distinción entre ambas infracciones (penal y administrativa) como lo podemos comprobar finalmente no es un tema puramente material o de esencia, sino un tema formal, legislativo, y depende de la política criminal asumida por cada legislación (Hurtado Pozo, 2015, pág. 110)<sup>42</sup>.

## **CAMPO NORMATIVO DE AMBAS DISCIPLINAS**

Consideramos que los planteamientos efectuados en la doctrina, para distinguir el campo administrativo del penal: sosteniendo que “la infidelidad del funcionario frente al Estado” pertenece al primer campo y “la dignidad o prestigio de la administración”, corresponden al segundo. Argumentando en

---

<sup>40</sup> El artículo 25° de la Constitución española regula de esta manera el principio de legalidad vigente en dicho país. (subrayado es nuestro).

<sup>41</sup> Sin embargo, también postula que, pese a esta unidad, el derecho administrativo sancionador, entendida como derecho administrativo engarzado directamente en el derecho público estatal, debe alimentarse de su matriz, el derecho público estatal y no del derecho penal. Agrega, que la consecuencia de este planteamiento ha sido “el establecimiento de un sistema represivo singularmente completo y armonioso, superador de viejas contradicciones y capaz de resolver por sí mismo las dificultades teóricas y prácticas que todavía existen o pueden ir surgiendo en España.

<sup>42</sup> Hurtado Pozo, señala otro ejemplo. “La Corte Europea de derechos humanos ha reivindicado expresamente su poder de decidir libremente si la causa sometida es o no de índole penal. Según su jurisprudencia, para determinar si una infracción forma parte de la <<materia penal>>, sin ignorar la calificación dada por el Estado concernido, se debe tener en cuenta, por un lado, la naturaleza de la infracción, las personas que pueden ser sancionadas (todos o un número limitado por un estatus especial) y la finalidad tanto preventiva como represiva, y por otro lado, la severidad y la naturaleza de la sanción impuesta al prevenido. Para considerar que el asunto es penal basta que uno de los extremos señalados sea realizado” (Hurtado Pozo, 2015, pág. 111).

este último caso que, “se pretende amparar los servicios que brinda el Estado a través de sus distintos poderes” (Mir Puig C. , 2016, pág. 27), resultan cuestionables, por cuanto ambos conceptos (dignidad o prestigio) resultan ser vagos, gaseosos y dentro de los cuales se puede promover tipos penales que vulneran el principio de legalidad y de mínima intervención como viene ocurriendo. Lo mismo ocurre con el bien jurídico “normal funcionamiento de las actividades de la administración pública”, toda vez que el mismo, también abre las puertas al legislador para crear tipos penales casuísticos, sin un criterio claro de política criminal.

Por otro lado, consideramos que cuando, Abanto Vásquez, distingue dos ámbitos en la relación entre los funcionarios y la administración pública: **un ámbito interno** (la organización misma de la administración) y **un ámbito externo** (en el que el funcionario entra en relación con los ciudadanos, realizando actividades referidas a los fines institucionales que la constitución atribuye a la administración pública) para luego sostener que, “solamente este último ámbito es que se circunscribe las acciones funcionales relevantes para efectos penales” (Abanto Vasquez, 2003, pág. 13), (toda vez que el ámbito interno sólo puede tener relevancia disciplinaria) resulta una pésima interpretación, la efectuada por el legislador nacional cuando implementa una norma que sanciona penalmente el incumplimiento por parte del funcionario público de “algún acto de su cargo”, penalizando en la práctica todo el universo del ámbito externo postulado por el profesor. En ese orden de ideas, consideramos que, en un mundo globalizado, burocrático, con un enorme aparato estatal donde se incrementan las demandas, los servicios y funciones del Estado, se debe tener en cuenta que, del universo de conductas a las cuales se encuentra obligado un funcionario público (ámbito externo) corresponde identificar, determinar y describir las conductas penalmente relevantes, pero en atención a intereses específicos, concretos de ineludible protección penal. Lo que no sucede con el tipo penal que actualmente viene regulando el delito de incumplimiento de deberes funcionales por cuanto, a la fecha, el mismo, comprende todas a cada una de las conductas que se encuentran comprendidas como funciones propias del cargo sin

discriminación alguna.

Este, es un fenómeno que no solo ocurre en el Perú sino en diferentes partes del mundo, en el que, pocos países como España, ha superado una legislación penal en este tema, pero persiste el fenómeno criminalizador de conductas en otros, cuyo control corresponden al plano administrativo. Rodríguez y sobrino, haciendo referencia a la legislación española señala “En nuestro sistema se ha pretendido de forma reiterada atraer hacia la jurisdicción penal cuestiones que son de ámbito exclusivamente civil o administrativo, con la aviesa intención de presionar al funcionario y a la propia Administración hasta conseguir los fines perseguidos, fines que, por cierto, sí que podrían llegar a considerarse delictivos” (Rodríguez López, Pedro; Sobrino Martínez, Ana I., 2008, pág. 20).

## **RELACION ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL<sup>43</sup>**

En España, hubo tres etapas bien distinguidas que marcaron la relación de ambas disciplinas. **La primera**, donde las aplicaciones del derecho penal a las infracciones administrativas se realizaban con carácter supletorio para el llenado de lagunas. Dentro de dicha etapa, la jurisprudencia rezaba que los principios básicos del derecho penal constituyen un límite que no podrá infringirse en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. **La segunda**, se encuentra marcada por que los principios del derecho penal se aplicaban directamente ya no supletoriamente. **La tercera**, está marcada por una integración de ambas disciplinas donde las normas administrativas sancionadoras deben ceder ante la aplicación matizada de los principios del derecho penal. No la aplicación de las normas ni de los textos, sino de los

---

<sup>43</sup> Si se lograra conciliar, equilibrar “el preventivismo con el principio de subsidiaridad del Derecho penal, se podría llegar a un sistema perfecto, con lo que queremos decir que toda preocupación preventiva que se funde en la mera infracción de la norma imperativa, debe quedar reservada a la regulación de otras ramas del derecho (administrativo, civil, tributario, comercial, del trabajo, etcétera) de suerte que se deje al Derecho penal como soldado de reserva. Si los otros sistemas normativos (imperativistas, subjetivistas) hubiesen de fallar, entonces entra en acción el Derecho Penal, como última ratio.” (Flávio Gomez, 2004, pág. 315).

principios. Nieto concluye que “las normas del derecho penal únicamente se podrán aplicar al derecho administrativo sancionador en los siguientes supuestos a) analogía in melior; b) declaración expresa de supletoriedad y c) remisión expresa de la norma administrativa” (Nieto García, 2012, pág. 131/132).

Cabe señalar que, de una revisión de las principales legislaciones europeas y americanas, se advierte que existe un consenso que, dentro del procedimiento administrativo sancionador no se aplica in extenso los principios que regulan el derecho penal<sup>44</sup>. Ello, por cuanto existe una tendencia que el derecho administrativo sancionador posea y aplique sus propios principios generales y específicos. Dentro de los primeros, desarrollados por la doctrina administrativa tenemos: el debido procedimiento, conducta procedimental, verdad material, celeridad, impulso de oficio, transparencia, imparcialidad, legalidad. Luego, dentro de los segundos tenemos: los principios de razonabilidad, presunción de licitud, intimación, non bis in ídem, irretroactividad, tipicidad, causalidad, prohibición de reformatio in peius. Advirtiéndose por último que, dentro del procedimiento administrativo sancionador no procede dictarse una medida de prisión preventiva, mucho menos una pena privativa de la libertad. Cabe señalar que muchos de los principios señalados, si bien es cierto, no son excluyentes de la legislación penal, sin embargo, dentro del derecho administrativo sancionador existe autonomía en su aplicación.

Por otro lado, desarrollando algunas diferencias entre ambas disciplinas, tenemos que las penas dentro del derecho penal son más intensas que las del derecho administrativo sancionador, por cuanto, si bien es cierto, ambas protegen bienes jurídicos necesarios para la convivencia pacífica, sin embargo, atendiendo el rango de escalas que poseen estos últimos, conforme lo señala, Rodríguez y Sobrino, el Código Penal, constituye el instrumento

---

<sup>44</sup> En el Perú, el Tribunal Constitucional en sendas jurisprudencias ha señalado que el procedimiento administrativo sancionador está condicionado, en cuanto a su propia validez, al respeto irrestricto de la constitución y de sus principios, como el respeto al debido proceso, legalidad, la observancia de los derechos fundamentales.

legal más enérgico y duro que ostenta el Estado. Su objeto es, o al menos debería ser, tutelar los valores y principios más relevantes, básicos e imprescindibles de la vida en sociedad. Necesarios para la convivencia social pacífica frente a las agresiones más intolerables. En ese sentido, el Código Penal, se le considera modernamente una especie de “Constitución Negativa”, ello, en atención dos motivos. Al lugar preeminente que ocupa en el ordenamiento jurídico y los deberes negativos que regula. De ese modo, el derecho penal, sin lugar a dudas constituye hoy por hoy en un necesario mecanismo de violencia institucionalizada, monopolizado por el Estado. Mecanismo de última ratio “no pudiendo utilizarse de forma extensiva (...) a la hora de abordar su relación con la Administración” (Rodríguez López, Pedro; Sobrino Martínez, Ana I., 2008, pág. 31/33).

En Alemania se “ha adoptado un sistema consciente en diferenciar claramente las infracciones penales (crímenes y delitos, Verbrechen und Vergehen) de las infracciones a las prescripciones de orden (Ordnungswidrigkeiten), las cuales son sancionadas mediante una pena de multa penal (Geldstrafe), y una pena pecuniaria administrativa (Geldbusse) respectivamente” (Hurtado Pozo, 2015, pág. 109). En Italia, igualmente, se ha dictado una ley general de infracciones y sanciones administrativas.

## **EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL PERÚ**

En el Perú, sucede algo curioso, el párrafo “d” del inciso 22 del artículo 2, cuando regula el principio de legalidad no incluye, como sí lo hace la Constitución española, al derecho administrativo sancionador como elemento propio del IUIS PUNIENDI<sup>45</sup>. Nuestra carta reza “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. No obstante, esta observación, a la sazón de diversas normas dispersas de rango legal, en

---

<sup>45</sup> El artículo 25 de la Constitución Española señala: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

nuestro ordenamiento jurídico, existe un pacífico consenso en la potestad de la que gozan las diversas entidades administrativas para determinar, aplicar sanciones y finalmente desarrollar incluso la prerrogativa de la autotutela, esto es, ejecutar sus propias decisiones sin participación judicial<sup>46</sup>. Esta última prerrogativa se justifica en la necesidad que tiene el estado a través de sus diversas entidades administrativas de procurar el cumplimiento de las normas legales y lograr “la eficacia en la gestión de los asuntos públicos que tiene confiada la administración” (Danós Ordoñez, pág. 150)

El derecho administrativo sancionador en el Perú, tiene como finalidades la prevención (la cual busca disuadir la comisión de actos irregulares); el procesamiento (que fija los cauces legales del procedimiento de imputación, defensa y sanción); y la represión (sancionando el acto irregular). El mismo, tiene, en primer orden, como marco normativo la Constitución Política<sup>47</sup>, la cual, pese a no asignar la potestad sancionadora a una instancia administrativa pre determinada (toda vez que ésta es dispersa y desordenada), sin embargo, señala que “la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública”<sup>48</sup>; luego tiene como marco legal las siguientes normas: la Ley 27444, la cual establece que el requisito para ejercer potestad sancionadora es su otorgamiento por norma con rango de Ley, regulando en el capítulo II del título IV el procedimiento sancionador y en su artículo 230° los principios que rigen la misma; la Ley 29622, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que otorga la potestad disciplinaria directa a la Contraloría para determinar responsabilidad administrativa funcional; su reglamento el Decreto Supremo 023-2011-PCM, la directiva 008-2011-CG/GDES, la Convención

---

<sup>46</sup> Danós, citando al Tribunal Constitucional español, refiere que, ello tiene un fundamento práctico toda vez que, resulta conveniente no recargar en exceso las actividades de la administración de justicia con ilícitos de gravedad menor; la conveniencia de dotar de mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos; finalmente la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora con respecto de los hechos sancionados

<sup>47</sup> De la constitución recoge los principios de Legalidad, Tipicidad, Razonabilidad, debido procedimiento, motivación, plazo razonable, entre otros.

<sup>48</sup> Véase artículo 41 de la Constitución Política del Perú.

Interamericana contra la corrupción (resolución legislativa 26757); Texto Único Ordenado de las normas de Servicio Civil; la Ley 27588 (prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos); Ley 28024 (gestión de intereses en la administración pública); 27815 (Código de Ética de la Función Pública); Decreto Legislativo 276 (régimen de la carrera administrativa); régimen del CAS; Decreto Legislativo 728.

En ese orden de ideas también se puede sostener que, en nuestro país, existen dos regímenes paralelos de responsabilidad administrativa. Una general donde participan, según el rango de la falta: el jefe inmediato–jefe de personal o la Comisión de Procedimiento Disciplinario que debe tener toda entidad estatal, ésta, eleva un informe al titular de la entidad recomendando la sanción aplicable. Esta última, la sanción, puede recurrirse en todos los casos en apelación al Tribunal Administrativo SERVIR. Organismo mediante el cual se busca uniformizar criterios.

El otro esquema del procedimiento de identificación de responsabilidades administrativas, es el implementado por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA<sup>49</sup>. En, éste, el procedimiento a grandes rasgos es el siguiente: el sistema nacional de control, en una primera etapa, realiza el control. Luego obtiene evidencias, detecta irregularidades, se otorga el derecho de defensa a los funcionarios y servidores. Finalmente se identifica las responsabilidades. Luego de ello, el expediente administrativo, se deriva atendiendo a la naturaleza de las responsabilidades. La penal, al Ministerio Público-Poder judicial. La patrimonial o civil, al poder judicial. La administrativa-funcional, a la Contraloría General de la República (en los casos de ser grave o muy grave), al titular de cada entidad (si la falta es leve).

Cabe advertir que de un mismo hecho se pueden generar para el

---

<sup>49</sup> A criterio del profesor Danós “la creación de un régimen disciplinario de aplicación directa por la Contraloría General para determinar responsabilidades administrativas funcionales genera distorsiones y paralelismo con los regímenes existentes, además no asegurarse la imparcialidad en su ejercicio” véase: I Convención Macro regional de Representantes de las Oficinas de Asesoría Jurídica y Gerencias Legales de las Entidades del Sector Público.

funcionario o servidor público más de un tipo de responsabilidad (política, penal, administrativa-funcional, patrimonial-civil). Las cuales se tramitarán independientemente bajo el principio de NON BIS IN IDEM. La responsabilidad penal está diseñada “para los funcionarios de primer nivel o alto funcionariado y para los que ocupan cargos políticos. Los servidores públicos responden siempre a nivel administrativo y civil, y sólo en los casos en que lo establezcan los tipos penales, a nivel penal” (Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, 2002, pág. 43).

Las fases del procedimiento administrativo sancionador son tres. La fase instructora: en la misma se determina los hechos que configuran infracciones, se identifica a los presuntos responsables, la entidad en la que se cometió la infracción, se determina la fecha de los hechos, se elabora y comunica los cargos, se recepciona los descargos, se actúa pruebas; la fase sancionadora: se evalúa la propuesta de sanción y se emite la resolución, de ser el caso se recepciona la apelación calificando la misma; la fase de revisión del Tribunal Superior de Responsabilidades: la misma revisa el recurso y emite una nueva resolución. Contra esta resolución solo procede la acción contenciosa administrativa en sede judicial.

## TITULO VIII.

### DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Desde una perspectiva jurídico-formal, Administración Pública, comprendería únicamente al poder ejecutivo; Sin embargo, si entendemos por, ésta, al conjunto de instrumentos o medios destinados a la realización de los fines políticos que persigue todo gobierno, tal como ya se ha señalado up supra, en un sentido más amplio, comprende además a todos los organismos formales desde donde, el Estado, desarrolla su función pública tales como el poder judicial, el poder legislativo, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional, el Banco Central de Reserva, las Municipalidades, los Gobiernos Regionales, etc. Excluyéndose las funciones privadas ejercidas por empresas mixtas y estatales adscritas al régimen jurídico privado<sup>50</sup>.

En algún momento de la historia, la administración pública, fue visto por el legislador penal como si fuera un poder casi sacrosanto que debía ser protegido por sí mismo, como si se tratara de un ente superior a los ciudadanos, idea propia de los estados totalitarios. Dentro de este esquema, se pretendía proteger bienes jurídicos propios del ejercicio monopólico como el <<prestigio>>, el <<honor>>, la <<intangibilidad>>, <<el decoro>> de la función pública, pretendiendo absorber una serie de figuras que, en esencia, atentaban contra bienes jurídicos ajenos a la administración, como el “ejercicio ilegal de una profesión” (Abanto Vasquez). Por otro lado, si bien es cierto, modernamente se pretende proteger <<el normal funcionamiento de los

---

<sup>50</sup> El artículo 40° de la Constitución Política del Estado regula “no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta” de lo que se desprendía, al menos hasta diciembre del 2013, que las mismos, estarían exentas de responsabilidad penal por mandato constitucional. Sin embargo, conforme la jurisprudencia, primero; luego por mandato expreso de la ley, ello, no es tan cierto por cuanto una ejecutoria recaída en el expediente 4106-Lima, estableció lo siguiente “si bien la carta política en el segundo párrafo del artículo 40° precisa que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixtas”, este dispositivo no deroga el artículo 425° del Código Penal vigente; y esto es así, puesto que el Estado de ninguna manera podría desprotegerse del patrimonio que le corresponde en las entidades antes aludidas, menos aún des tipificar conductas delictivas cometidas por trabajadores pertenecientes al Estado o de sociedades de economía mixta; en tal sentido los procesados mantienen su calidad de servidores públicos” (Peña Cabrera, 2016, pág. 32). Luego, en el mes de diciembre del 2013, mediante, la ley 30124, se incorporó finalmente en el inciso 3° del artículo 425° del Código Penal a estos trabajadores razón por la que quedó zanjada cualquier discusión sobre el tema.

órganos de gobierno>>, <<la regularidad funcional de los órganos del estado>> o <<el correcto funcionamiento de la administración pública>>” (Abanto Vasquez, 2003, pág. 12), sin embargo, ya hemos señalado que, en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, estos intereses, resultan ser genéricos, vagos y difusos. Esto trae como resultado un tipo penal irracionalmente abierto, el cual exige para una mejor técnica jurídica, si lo que se pretende es una norma general, determinar dentro de los elementos objetivos del tipo penal la identificación y descripción de bienes jurídicos específicos en atención a la mínima intervención del derecho penal conforme trataremos de plantear en la lege ferenda del presente trabajo.

La Administración Pública puede ser considerada desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo. En el primer sentido, se entiende por ella al conjunto de órganos estatales (niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias); en el segundo sentido, se entiende como la actividad realizada por los órganos comprendidas dentro de este campo el cual constituye el desarrollo y la dinámica de la función misma.

El concepto de Administración Pública, ha ido evolucionando en el tiempo comprendiendo a todo el aparato del Estado. Éste como aparato administrativo y burocrático sirve a los intereses generales de “la sociedad y no al gobierno de turno, en consecuencia, debería de primar entre sus integrantes una <<neutralidad política>> e imperar dentro de las tareas que le compete desarrollar una <<eficacia indiferente>> a que partido político reditúa los logros” (Gomez Mendez, Alfonso; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, 2004, pág. 47). “La característica esencial del perfil administrativo o burocrático del Estado moderno, y no parece que esté en contradicción con la potestad de dirección política de la Administración civil y militar, que se atribuye al Gobierno” (Rodriguez López, Pedro; Sobrino Martinez, Ana I., 2008, pág. 25).

## **DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DENTRO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA**

En nuestra legislación nacional, el legislador, dentro del título XVIII, denominado delitos contra la administración pública, ha desarrollado todos los delitos que, de alguna manera, tiene alguna participación la administración pública, ya sea el agente unos de sus funcionarios/servidores públicos o como parte agraviada. Sin embargo, como primera observación se tiene que, no existe un criterio claro de clasificación y un orden en el tratamiento de los mismos. Así, podemos comprobar que los delitos contra la administración de justicia, tiene un capítulo independiente donde no se toma en cuenta el criterio por el cual se clasifican los demás delitos contra la administración pública: delitos cometidos por particulares y los cometidos por los funcionarios públicos.

Por otro lado, tenemos que la doctrina nacional señala que, el delito de incumplimiento de deberes funcionales, es una especie del delito de abuso de autoridad y por lo tanto comparte su naturaleza. No obstante, ambos poseen una diferente estructura normativa. Mediante el primero, el funcionario público, incumple ilegalmente una función propia de su cargo agotando con la sola acción u omisión el tipo penal. Mediante el segundo, el funcionario público, además de este incumplimiento (el cual bien podría ser una modalidad de comisión), esta vez denominado arbitrario, tendría que haber causado un perjuicio a alguien, exigiéndose asimismo en el plano objetivo del tipo, otros elementos discriminatorios de las conductas penalmente relevantes que carece el primero. Ambos coinciden en señalar que, el bien jurídico protegido no es el patrimonio del Estado<sup>51</sup>, sin embargo, lo cierto es que, en el primer caso, como producto del incumplimiento de los deberes funcionales propias del cargo, tal como ya lo ha determinado la jurisprudencia, si se puede generar

---

<sup>51</sup> “(...) El delito de omisión de actos funcionales no afecta directamente el patrimonio público –caudales o efectos-, en tanto en cuanto, se lesiona esencialmente los intereses del Estado en relación a la oportunidad de cumplir eficazmente la función pública observando lo ordenado por la ley en el desenvolvimiento de los actos, a fin de que la administración pública no se vea afectada por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce en cargo determinado” R.N. 1318-2012-LIMA, del 29/08/2010, f.j.23. Sala Penal Transitoria (Caro Jhon, 2016, pág. 612).

un perjuicio económico al Estado<sup>52</sup>, y además afectar otros bienes jurídicos tan importantes o aún más que <<el normal desarrollo de la administración pública>> razón por la que, en este caso (delito de incumplimiento de deberes funcionales) resulta necesario analizar la incorporación de nuevos elementos descriptivos y normativos en el tipo objetivo con el objeto de ajustar el mismo a los parámetros de mínima intervención del derecho penal.

Esta exigencia resulta coherente si comprobamos que, el legislador, consciente que, el delito de incumplimiento de deberes funcionales regulado en el artículo 377 del código penal, resulta ser un tipo penal genérico y residual, en una mejor técnica legislativa ha optado por regular de manera independiente algunos casos de incumplimiento de deberes funcionales haciendo énfasis a la labor del funcionario público: art. 378.- Denegación o deficiente apoyo policial, art. 390.- retardo Injustificado de pago, art. 391.- rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, art. 407.- omisión de denuncia, art. 422.- negativa de magistrado a administrar justicia, art. 423.- negativa al cumplimiento de obligaciones de notarios, secretarios de juzgado y auxiliares de justicia y art. 424.- omisión de ejercicio de la acción penal. En todos estos casos se identifica plenamente la conducta penalmente relevante, sin embargo, esta técnica legislativa abre camino a la creación de una lista de tipos penales de orden casuístico que no se condice con una adecuada técnica legislativa.

Teóricamente, desde la protección como bien jurídico <<el normal desarrollo de las actividades de la administración pública>> es correcto que, en el incumplimiento de deberes funcionales, ideado como un delito doloso desde la óptica de un delito de abuso de autoridad, requiere el ejercicio por parte del agente de un acto arbitrario e ilegal en el ejercicio de las funciones

---

<sup>52</sup> “(...) en tanto delito de omisión se consuma cuando se debió actuar, es decir, cuando se omitió el deber de actuar, que es la situación típica generadora del deber de actuación del agente; que según los cargos ello ocurrió en el caso cuando en su condición de funcionarios públicos de la Unidad Ejecutora (...) omitieron cautelar y orientar un uso adecuado de los fondos de la aludida Unidad Ejecutora (...)”. R.N. 2802-2007-UCAYALI, del 10/04/2008, f.j.3. Sala Permanente. (Villegas Paiva, 2021)

propias de su cargo. Sin embargo, cuando el tipo penal se agota con el solo ilegal incumplimiento del funcionario público, constituye una inadecuada técnica legislativa regular como penalmente relevante con el término “algún acto de su cargo” el incumplimiento de todo el universo de los deberes propios del funcionario público sin filtro alguno. Por tomar un ejemplo, en el caso del delito <<denegación o deficiente apoyo policial>> (artículo 378 del Código Penal), se puede convenir que existe un concurso ideal con el artículo 377. Sin embargo, lo cierto es que, en el 378, el legislador, en razón del principio de mínima intervención no procede a reprimir cualquier incumplimiento del oficial policial (como evacuar un atestado, levantar un parte policial, expedir copias certificadas de denuncia, anotar una denuncia verbal, etc), sino que identifica y eleva como penalmente relevante en razón de su trascendencia social una de las tantas funciones propias del cargo policial “prestar auxilio a la autoridad civil competente”. Lo que no ocurre en el 377.

Recientemente el legislador penal, el 06 de octubre del 2004, incorporó el artículo 376-A<sup>53</sup>, el cual reprime al funcionario público que valiéndose de su cargo condiciona a un beneficio político y/o electoral a su favor o de terceros la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos o de apoyo o desarrollo social. Consideramos que esta conducta es una manifestación del incumplimiento de deberes funcionales en el que, resulta claro, puede existir un beneficio material del funcionario público y como contrapartida un perjuicio concreto del usuario del servicio. Ello, devela el enorme universo de conductas penales que se pueden generar como producto del incumplimiento de deberes funcionales los cuales deben ser identificados y regulados en nuevo tipo penal como figuras penalmente relevantes.

---

<sup>53</sup> Incorporado mediante la Ley 28355

## LA FUNCION PÚBLICA

El artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción define la Función Pública como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. En ese sentido, debe entenderse que la función pública resulta inherente e imprescindible para la propia existencia y el sustento del Estado. Responde en cuanto a sus fines y servicios a los diferentes diseños de sistemas y políticas de gobierno. Encarna una institución de derecho público, la cual se traduce en una actividad pública cuyos principios se asientan constitucionalmente y se desarrollan legalmente en “las diversas instituciones que representan al Estado a lo largo de todo el país, se lleva a cabo por los funcionarios y servidores públicos en sus diversos niveles. A través de la administración pública, se cumplen las funciones o finalidades del Estado” (Molina Arrubla, 2000, pág. 15).

## FUNCIONARIO PÚBLICO O SERVIDOR PÚBLICO

En materia penal, en el Perú, el concepto de funcionario público goza de una autonomía respecto de las demás ramas del derecho. Es más amplio<sup>54</sup>. Busca ser funcional adecuándolo al objetivo de una eficiente y eficaz tutela del bien jurídico protegido. Así, si bien el artículo 425° del Código Penal, no contiene ninguna definición de ésta; sin embargo, recogiendo “los criterios establecidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción” (ratificada por el Perú en el mes de noviembre del 2004)<sup>55</sup>, en atención además del principio de legalidad, establece de manera enunciativa, dejando al final una cláusula abierta, que debe entenderse por funcionarios o servidores públicos a: (1) a quienes estén comprendidos en la carrera administrativa; (2) a los

---

<sup>54</sup> El artículo 40° de la Constitución Política del Estado por ejemplo excluye como funcionarios públicos a quienes desempeñan cargos políticos de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de las sociedades de economía mixta, mientras que, el artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, además de los ya mencionados, hace lo propio con los servidores públicos contratados, los miembros de las fuerzas Armadas y Policiales.

<sup>55</sup> El artículo primero de la Convención define “como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

que desempeñen cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; (3) todo aquel que, independientemente del régimen laboral se encuentre y mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que ejerce funciones en dichas entidades u organismos; (4) los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; (5) Los miembros de las fuerzas Armadas y Policía Nacional; (6) “Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades; (7) Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.” (Montoya de Vivanco, 2015, pág. 43). El Tribunal Constitucional en el Perú, en el Expediente 2758-2004-HC/TC, respecto del funcionario de facto o de hecho, no contemplados de manera expresa en el artículo 425° del Código Penal, estableció “si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal”. (Montoya de Vivanco, Yvan; Chanjan Document, Rafael; Novoa Curich Yvana; Rodriguez Vásquez, Julio; Quispe Farfán, Fany, 2013, pág. 43). No obstante, ello, entre un funcionario y servidor público existen diferencias cualitativas que deben ser tomadas en cuenta al momento de aplicar los tipos penales.

## DIFERENCIAS ENTRE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO.

Pese a que de una lectura distraída pueda entenderse que el artículo 425° del Código Penal equipara cualitativamente a los funcionarios públicos con los servidores públicos (cuando señala **“son funcionarios o servidores públicos”**)<sup>56</sup>; sin embargo, lo cierto es que entre ambas instituciones media

---

<sup>56</sup> “El artículo 425°, no precisa quiénes son funcionarios y quiénes servidores. Al emplear el conector copulativo “o” no está haciendo sinonimia o equiparación de significados, sino que está abarcando genéricamente dos grandes ámbitos de sujetos públicos, optando por dejar a los ámbitos de

diferencias cualitativas las cuales no deben ser ignorados al momento de la interpretación y aplicación de cada uno de los tipos penales contenidos en el título XVIII del Código Penal. En ese sentido restrictivo, debe entenderse cuando el tipo penal exige para su comisión, por ejemplo, en el delito de abuso de autoridad que, el agente, puede únicamente ser un funcionario público y no un servidor público. Pues, si bien se puede afirmar que todo funcionario público es, en términos generales, un servidor público. Sin embargo, no es exacto sostener que todo servidor público sea un funcionario público.

La diferencia entre ambos conceptos es que, mientras el servidor público es un auxiliar de apoyo que trabaja bajo la dirección y cargo de un funcionario público realizando tareas de mero trámite dentro de la función administrativa. El funcionario público, por otro lado, en primer orden representa al propio Estado. Es la personificación de su autoridad y de su imperio. Representación que ostenta en cada una de las actividades propias de su cargo dentro de los límites y competencias que la ley establece, ejerciendo autoridad con los poderes que la ley confiere a dicho cargo. Como consecuencia directa de esta primera característica, el funcionario público ostenta el *ius imperium*, el poder de decisión, a nombre del Estado, en cada uno de los conflictos de intereses, las incertidumbres, trámites contenciosos o no que por su cargo conoce resolviéndolos en todos los niveles, tanto a nivel jurisdiccional como en todas las instancias administrativas. En ese orden de ideas, éste, otorga derechos, los modifica, impone sanciones, las reduce o exonera. Administra los asuntos del Estado dentro de cada una de sus dependencias.

Sin embargo, dentro de un Estado moderno, en el que muchas de las funciones y tareas importantes vienen siendo delegadas a otros funcionarios, con el objeto de lograr de una mejor protección de los intereses concretos protegidos, conforme lo ha advertido la jurisprudencia se debe estar atento a estas circunstancias al momento de identificar al autor del delito. Así la Corte

---

competencia la solución del problema". (Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, 2002, pág. 45).

Suprema ha señalado que, “Al tratarse de un delito de infracción de deber, el autor tan sólo puede ser el funcionario público a título singular o colegiado – en las diversas jerarquías o escalas de competencia que señale la ley o el reglamento respectivo- que se encuentra obligado a cumplir con el acto de función, no otro funcionario que carece de dicha obligación o a quien le falta competencia por la función para realizar el acto (salvo delegaciones expresas realizadas por la autoridad competente). Tampoco puede ser autor el servidor o empleado público, ni el auxiliar o asistente, dado que la autoría es restrictiva o los vinculados especiales, es decir a quienes tienen la facultad legal o reglamentaria de realizar el acto por exigirlo así el marco de sus funciones. Tiene que tratarse de un funcionario que haya asumido formal y materialmente sus funciones, ya sea que se halle integrado a la estructura de la administración estatal o participe del ejercicio de funciones públicas, o sea a quien se le ha asignado debidamente el rol de cumplir los actos de función (...)” Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, R.N. N° 2548-2010-LORETO; 03/11/2011 (Carlos Tucto Rodil/José Luis Francia Arias, 2015, pág. 693)

En esa misma línea, la ley Contraloría General de la República (LEY N° 27785), la cual regula “el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República como ente técnico rector de dicho Sistema”, cuando en el inciso a) del artículo 15, establece como atribuciones del sistema “Efectuar la supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado”. Si bien, ante el incumplimiento corresponde una sanción administrativa de vacancia en el cargo al Contralor General de la República, cuando se determine una “acción u omisión dolosa en que incurra en el ejercicio del cargo y que haya ocasionado daño al patrimonio del Estado”; sin embargo, resulta obvio que esta responsabilidad, en la realidad, se puede extender más allá del propio contralor involucrando a otros funcionarios o servidores públicos que puedan haber incumplido sus deberes y por lo tanto les corresponde asumir una responsabilidad. Claro ejemplo lo tenemos en la sentencia emitida por la Sala Penal Permanente “(...) en tanto

delito de omisión se consuma cuando se debió actuar, es decir, cuando se omitió el deber de actuar, que es la situación típica generadora del deber de actuación del agente; según los cargos ocurridos en el caso, cuando su condición de funcionarios públicos de la Unidad Ejecutora (...) omitieron cautelar y orientar un uso adecuado de los fondos de la aludida Unidad Ejecutora (...). R.N. 2802-2007-UCAYALI, del 10/04/2008, f.j.3. Ponente Pariona Pastrana (Villegas Paiva, 2021, pág. 253).

### **LA JUSTIFICACION DE LA SANCION DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA.**

Encontrar la esencia de los delitos contra la administración pública es una tarea difícil y poco pacífica en la doctrina. La misma ha ido desarrollándose a lo largo de la historia. Binding, por ejemplo, señalaba que el fundamento de los delitos contra la administración pública estaba en el empleo de la autoridad de la cual están investidos los funcionarios públicos para realizar un acto contrario a derecho a través del órgano del Estado dentro de su competencia. En ese sentido la esencia en estos delitos está “en el empleo abusivo de las competencias otorgadas por el Estado y utilizadas como medio del delito” (Visueta Fernandez, 2003, pág. 60). Sin embargo, con este criterio, quedan fuera los delitos cometidos por particulares y que también afectan a la administración pública.

Rodríguez Devesa, señala como una nota que distingue a los delitos contra la administración pública “un abuso de poder en relación con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro” (Rodríguez Devesa & Serrano Gomez, 1995, pág. 131) de tal manera, que donde no hay abuso de poder la administración confiere al funcionario, intervenir el derecho disciplinario para traerle al cumplimiento de sus obligaciones. Debiendo anotarse que, para que se configure tal abuso “no sólo se requiere la cualidad de funcionario público en el sujeto activo, sino una especial vinculación entre la acción delictiva y la función pública, esto es, que aquella se lleve a cabo en el ejercicio del cargo” (Visueta Fernandez, 2003, pág. 95).

Frisancho por su parte nos señala que “los delitos contra la administración pública impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones. Todo lo que signifique un menoscabo grave a la imparcialidad, transparencia y eficacia de la Administración Pública ha de ser conjurado mediante el concurso del Derecho Penal” (Frisancho Aparicio, 2000, pág. 13).

### **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA Y DETERMINACION DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO**

En la actualidad, acorde con un Estado Constitucional de Derecho, se busca consolidar un concepto funcionalista que abarque como objetos de protección “las condiciones ideales del funcionamiento del sistema de la administración pública para el logro de los fines del Estado” (Rojas Vargas, 2002, pág. 11). “No se trata de proteger a la Administración per se, ni a su prestigio o dignidad, sino a la actividad pública en cuanto constituya los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado Social y democrático de Derecho”. (Abanto Vasquez, 2003, pág. 12).

Rodríguez y Sobrino, citando a Ahumada Ramos, señala que, el criterio más difundido para clasificar las formas de actuación de la administración pública atiende a la incidencia que tiene dicha actividad sobre la libertad y los derechos de los ciudadanos. En ese sentido en función de que la misma favorezca o amplíe la esfera jurídica o patrimonial de las personas se clasifican los siguientes tipos de actividad a) “Actividad de limitación (reguladora o imperativa); b) Actividad de Fomento (subvenciones, créditos, ventajas); c) Prestación de Servicios Públicos (educación, sanidad, transporte, seguridad); d) Actividad Empresarial (produce, distribuye comercializa); e) Acción de Planificación social y económica; f) Actividad Arbitral (solución de conflictos)” (Rodríguez López, Pedro; Sobrino Martinez, Ana I., 2008, pág. 28/30).

Se trata de “un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado” (Rojas Vargas, 2002, pág. 11). En ese orden de ideas, ya no se busca proteger a la administración pública entendida únicamente desde el plano objetivo/subjetivo, sino, en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados, desde la función que realiza. Protegiéndose, además, entre otros valores, el patrimonio como medios o condiciones de éste. Entendiéndose como bien jurídico genérico a proteger, en consecuencia, el correcto funcionamiento de la administración pública<sup>57</sup>, (sin perjuicio de la cualidad del agente que ha de participar en la configuración del tipo penal) el cual, sin embargo, alberga y se desdobra en una serie de “objetos de protección” que, al ser vulnerados, afectan el normal desarrollo del mismo. Resulta necesario definir aquellos objetos de protección para restringir sensiblemente el marco normativo del tipo penal.

En ese orden de ideas, debe señalarse que “se ha tornado irrelevante postular una noción jurídico-penal de administración pública; en atención que, el derecho penal, concibe a esta en su sentido amplio, integral y total, sin discriminar las tareas legislativas, judiciales, ejecutiva o específicamente de gobierno” (Rojas Vargas, 2002, pág. 12). Así, “en el Derecho Penal, la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas como sobre las otras funciones del Estado” (Donna, 2008, pág. 26).

“La administración Pública, desde un aspecto funcional y supraindividual, debe entenderse como toda actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado pueda cumplir con su rol” (Montoya de Vivanco, 2015, pág. 36) y los objetivos que ella persigue, descartándose como objeto de protección, según esta teoría, el armatoste inmóvil, el patrimonio estatal o la gestión eficaz. En ese orden de ideas tenemos que, si bien es cierto, la administración pública, ha sido identificada como objeto de ataque y por lo tanto de protección normativa en el área penal;

---

<sup>57</sup> La doctrina mayoritaria considera que en los delitos contra la administración pública el bien jurídico protegido “es el correcto funcionamiento de la administración pública de acuerdo con su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales” (Mir Puig C. , 2016, pág. 27).

sin embargo, su definición no ha sido del todo pacífica en la doctrina. Montoya Vivanco, clasifica tres posturas respecto del bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública: (1) La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público; (2) “Las expectativas, basadas en las normas, tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y del rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social (3) el correcto y regular funcionamiento de la administración pública decantándose por esta última postura”. (Montoya de Vivanco, 2015, pág. 35). En ese sentido, se ha postulado a lo largo del desarrollo y evolución de la doctrina como bien jurídico protegido: el deber de fidelidad del funcionario; el sinónimo de función Pública; la confianza en el correcto funcionamiento de la administración pública; la Administración Pública entendida como una persona jurídica titular de derechos y deberes. Nuestra legislación ha recogido el correcto funcionamiento de la administración pública.

El profesor Fidel Vargas, en el Perú señala que, “la administración pública, constituye un objeto amplio y extenso de protección, un bien jurídico supra individual y difuso, un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado, el cual cohesiona una serie de variables”. Luego establece siete aspectos de protección: **1)** el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad; **2)** “observancia de los deberes del cargo o empleo; **3)** regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio; **4)** prestigio y dignidad de la función; **5)** probidad de sus agentes; **6)** protección del patrimonio público; **7)** imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal” (Rojas Vargas, 2002, pág. 10).

A nuestro criterio, luego de los aportes recogidos en los capítulos precedentes, consideramos necesario señalar que los siete objetos de protección antes señalados no son exclusivos o propios del derecho penal. Todos ellos pueden ser protegidos de manera eficiente por el derecho administrativo sancionador. En ese sentido, debe entenderse que la línea que divide la competencia del derecho administrativo sancionador del derecho

penal no es cualitativa, sino cuantitativa, toda vez que dentro de los siete criterios establecidos por el profesor Fidel Vargas, se deberá de escoger las conductas más dañinas haciéndolas merecedoras de una sanción penal.

No obstante, lo dicho, consideramos que, de toda esta lista, se debe excluir como objetos de protección del derecho penal “la observancia de los deberes del cargo o empleo”; “la regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio” y el “prestigio y dignidad de la función”, ya sea porque están comprendidos en los demás criterios o porque responden a concepciones trasnochadas que ya han sido superadas en la doctrina internacional.

Ya hemos dejado sentada nuestra postura que, en los delitos contra la administración pública, debe rechazarse la idea de un tipo penal que se agote con la mera infracción del deber funcional. En ese sentido, el legislador, debe regular dentro del tipo penal del delito de incumplimiento de deberes funcionales, nuevos elementos normativos que exijan para la consumación del tipo, la amenaza o afectación a bienes jurídicos que trasciendan más allá que <<el normal desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública>>, ingresando bienes jurídicos más concretos, tangibles y reales. En ese orden de ideas, consideramos que debe rechazarse toda postura que importe un fin moralizante, ético, el refuerzo del prestigio o dignidad de los órganos administrativos, en los que se consignen sin más como objetos puros de protección, por ejemplo: la relación de lealtad del funcionario hacia el Estado; el deber de fidelidad del funcionario con la administración; el deber del cargo, todos estos elementos muy bien pueden ser resguardados por el derecho administrativo sancionador. Los órganos de control interno de cada institución, imponiendo severas sanciones que comprendan incluso la destitución del cargo de demostrarse falta grave. En ese sentido, el profesor español Benavides Schiller, descarta estos objetos de protección en razón que “la gravedad de esta clase de hechos punibles estriba en la ineficacia de los medios de que pueden disponer los particulares para evitarlos (y no en que tales conductas les impidan el ejercicio de derechos)” (Benavides Chiller,

2016, pág. 70).

Así, coincidimos con el profesor español cuando sostiene que debe rechazarse como bien jurídico <<el interés del Estado en la Imagen de un aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de Derecho>>, o la regulación de delitos que suponen conductas contrarias al deber de servicio imbuidas en el concepto <<del Estado lo es todo, y la sociedad civil le debe obediencia simple>>. Lo cierto es que, toda conducta contraria al deber de servicio no debe ser delictiva en sí misma, por cuanto, si bien es cierto, todas ellas suponen infracciones disciplinarias, éstas, no pueden ser elevadas a la categoría de delito automáticamente sólo porque las mismas constituyen un ejemplo intolerable. Tiene razón el profesor español cuando señala que, este razonamiento excesivamente formal, lo único que hace es dificultar la labor de delimitación de los tipos penales respecto de las infracciones administrativas. “el núcleo sustantivo del tipo de injusto en modo alguno debe ser una mera y formal <<infracción de un deber>>, que bien puede ser una ratio incriminatoria, pero nunca un valor penalmente tutelado” (Benavides Chiller, 2016, pág. 71).

En ese sentido concluye el profesor, que “La infracción de un deber de funcionario será relevante a efectos penales únicamente si afecta a las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la administración, sea porque impide u obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, sea porque pone en serio peligro las posibilidades de acceso y participación en el disfrute de servicios o desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar, o en su caso proveer” (Benavides Chiller, 2016, pág. 72), a ello se debe agregar, siempre y cuando, estos servicios sean de estricta necesidad o su afectación pongan en grave peligro a la persona humana, sociedad, el Estado y a la convivencia social.

En ese orden de ideas, pese a estar de acuerdo a los planteamientos generales desarrollados por el profesor, cabe preguntarnos: ¿Qué clase de expectativas defraudadas?; ¿Qué tipo de derechos cuyo ejercicio se

encuentra truncado?; ¿Qué clase de servicios o actividades que la administración provee o fomenta justificarían la relevancia penal de la infracción de deber en cada caso concreto? Consideramos que aún los conceptos brindados resultan demasiado genéricos, amplios, omnicomprensivos y no ayudan aún la tarea de delimitar una infracción administrativa de un delito<sup>58</sup>. Así, a nuestro criterio, al momento de fijar el bien jurídico entre una u otra disciplina, para el derecho penal, se debe tener como punto de partida, la protección de los intereses que garanticen la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, enfocada desde los fines del propio Estado. Sin embargo, sin perder de vista el principio de mínima intervención que lo regula. En ese orden de ideas, en el caso concreto, fijar los criterios mínimos que debe contemplar el legislador penal al momento de regular los delitos de infracción de deber. Así, el incumplimiento de deberes funcionales debe amenazar o afectar, por ejemplo: la vida, la salud, la integridad física de una persona; los intereses patrimoniales del Estado, la seguridad o el orden público, la defensa nacional, el orden económico o financiero, o el normal funcionamiento de los servicios públicos básicos o esenciales para la normal convivencia. Es decir, determinarse la afectación de bienes jurídicos concretos.

En nuestro país tenemos dos clases de tipos penales en los delitos de infracción de deber. Primero: Los que se agotan y se consuman con la sola infracción del deber (art. 376° -omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales-; art. 378° -Omisión o retardo injustificado de apoyo policial-; art. 379° -Requerimiento indebido de la fuerza pública-); Segundo: otras en el que

---

<sup>58</sup> Ya hemos establecido que, a nuestro criterio, no existe una diferencia cualitativa entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, razón por la que consideramos, poco útil, seguir discutiendo las diferencias ontológicas entre ambas disciplinas ya que la realidad resulta más compleja que la teoría. Lo que corresponde en este punto es reconocer tal como lo ha señalado ya el profesor Rojas Vargas, que los delitos contra la administración pública, en cuanto a su objeto de protección, constituye un objeto amplio y extenso, un bien jurídico supra individual y difuso, un bien jurídico colectivo, genérico e institucionalizado, el cual cohesiona una serie de variables, ha de tenerse presente que esas variables no son excluyentes de una de las dos disciplinas y lo importante en este punto no es establecer una diferencia ontológica entre ambas disciplinas, sino más bien fijar criterios de regulación de los tipos penales a fin de depurar delitos que son propios del derecho administrativo sancionador. En ese orden de ideas, no podremos arribar al éxito de esta tarea tratando de diferenciar los bienes jurídicos de una u otra disciplina, sino trabajando un poco más en la estructura de los delitos de infracción de deber.

se exige para su consumación la producción de un resultado (por ejemplo, en el delito de Peculado el funcionario o Servidor Público al apropiarse o utilizar de cualquier forma, para sí o para otros caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, Concusión, obro indebido, malversación de fondos, entre otros), en estos últimos casos, vemos que, el tipo penal, además de la implícita infracción de deber, en la que habría incurrido en estos casos el funcionario público, el mismo, describe y exige un resultado de la acción del agente. Esta última postura también se asume en el delito de abuso de autoridad, donde se exige que el acto arbitrario cause un perjuicio a alguien; en los delitos de abandono de cargo -se exige daño del servicio-; en el delito de concusión se exige obligar o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial)<sup>59</sup>. En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta que, el bien jurídico, más allá del <<normal y correcto funcionamiento de la administración pública>>, debe importar la protección de elementos, bienes e intereses más concretos, necesarios e imprescindibles para el mantenimiento de la convivencia y paz social, castigándose únicamente las agresiones más graves a los mismos.

Finalmente, atendiendo que nos encontramos frente a un delito subsidiario, en el que se comparte un bien jurídico genérico, propio de todos los delitos contra la administración pública: “correcto funcionamiento de la administración pública”; en el que se el bien jurídico específico, resulta ser insuficiente, el diseño del tipo penal debe ser más riguroso, técnico. Debe contar con una acertada redacción que permita identificar la afectación a determinado bien jurídico o intereses ya sea a través de una lesión o puesta en peligro que “permita al destinatario de la norma identificar por lo menos el núcleo de la conducta prohibida en concreto” (Abanto Vásquez, 2020).

---

<sup>59</sup> El delito y su estructura, al momento de definir los delitos de peligro concreto cuando un comportamiento antijurídico puede ser peligroso en tanto el peligro se presenta en forma concreta en un caso individual, es decir, cuando el autor produce una situación en la que la traducción del peligro en un daño sólo depende del azar. Aquí la aparición de un peligro concreto es un elemento del tipo en el sentido de un resultado de peligro, en ese sentido, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado (Wessels, J/Beulke,W/Satzger,H, 2018, pág. 17).

## **TITULO IX**

### **ANALISIS DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES**

El delito de incumplimiento de deberes<sup>60</sup>, dentro de la administración pública, debe ser entendido como un fragmento de la delincuencia funcional<sup>61</sup>, específicamente como un delito de abuso, el cual, al tener como ámbito de comisión, la administración pública, constituye una variedad de los delitos de infracción de deber contemplados en nuestra legislación.

En nuestro país se encuentra regulado en el artículo 377° del Código Penal peruano, dentro del capítulo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos sancionando a “el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, con pena privativa de la Libertad no mayor de dos años y con 30 a 60 días multa”. El 23 de noviembre del 2015, se incorporó una agravante creando el segundo párrafo. En ella “se establece que la sanción será de dos a cinco años de pena privativa de la libertad “cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar”<sup>62</sup>. Detrás de esta técnica legislativa casuística se han sucedido otros intentos de reforma que siguen esta línea los cuales desarrollaremos más adelante.

---

<sup>60</sup> Este es el Nomen Juris que tiene el tipo penal art. 377° del Código Penal (delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales).

<sup>61</sup> El binomio <<funcionario público-delincuente>> ha existido desde siempre en todas las épocas de la historia. Por ello se ha dicho alguna vez que, siempre donde hubo una fuente de poder económico y político, existió esta clase de criminalidad (Buompadre, 2009, pág. 330).

<sup>62</sup> Conforme la Ley N° 27785 -Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República-, los servidores y funcionarios públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan desarrollado una gestión deficiente, siendo que la 9° disposición final de la misma define como Responsabilidad Administrativa Funcional, a aquella en la que incurrir los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, o, incurrir en el ejercicio de sus funciones en una gestión deficiente. Responsabilidad Civil. - Es aquella en la que incurrir los servidores y funcionarios públicos, que, por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado, incumpliendo sus funciones, por dolo o culpa. Responsabilidad Penal. - Es aquella en la que incurrir los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

## ESTRUCTURA DE LA IMPUTACION AL TIPO OBJETIVO

### Tipicidad objetiva.

“El sujeto activo, al encontrarnos frente a un delito de infracción de deber<sup>63</sup>, tal como el tipo penal expresamente lo exige, sólo puede ser un funcionario público<sup>64</sup>, en consecuencia, están excluidos el servidor o empleado público, el auxiliar o el asistente público” (Rojas Vargas, 2002, pág. 163). Otra característica es que “el agente, mantiene vinculación con la administración pública, mediante deberes legales preexistentes de cuidado, protección y fomento de valores integrantes del bien jurídico penal: administración pública” (Rojas Vargas, 2016, pág. 73) esto es, asegurar <<el correcto y regular desenvolvimiento de la administración pública>><sup>65</sup>. “En el Abuso de Autoridad, forma parte el delito en comento, no interesa la afectación del patrimonio público del Estado, ni de los particulares, los cuales, de existir, no agregan ni restan de contenido de tipicidad a esta figura” (Rojas Vargas, 2002, pág. 123). Ello, conforme lo ha dictado la jurisprudencia «[...] “lesiona esencialmente el correcto funcionamiento de la Administración Pública — como bien jurídico protegido—, en cuanto persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos en el desarrollo de las actividades propias del cargo y evitar una actuación arbitraria que sea contraria a la Constitución, leyes o deberes —distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación, enriquecimiento ilícito u otros

---

<sup>63</sup> “Al tratarse de un delito de infracción de deber autor tan solo puede ser el funcionario público a título singular o colegiado —en las diversas jerarquías o escalas de competencia que señale la ley o el reglamento respectivo- que se encuentre obligado a cumplir con el acto de función, no otro funcionario que carece de dicha obligación (...)” (Exp. 81-2005 Primera Sala Penal Liquidadora. F.1).

<sup>64</sup> Este elemento normativo <<funcionario público>>, siguiendo al doctor Rojas Vargas, no debe ser entendido en el sentido del concepto administrativo ( el cual, para adquirir el estatus de tal, funcionario público, se requiere de cuatro requisitos, “El Título”: nombramiento, “La Investidura” : entrega de credenciales, “el Ejercicio Funcional” y “Remuneración”), sino de manera amplia, extendiéndose como tal, a los sujetos que *“sin hallarse incorporados formalmente a la Administración Pública, cumplen parcialmente de modo accidental o con cierta permanencia con ejercitar actos propios de alguna función pública”*, debiendo tenerse presente para su aplicación, en consecuencia, la definición contenida en el artículo 425 (modo genérico) y manera particular, los artículos 386 y 392 del Código Penal. (Rojas Vargas, 2013, pág. 223/236).

<sup>65</sup> Esta posición respecto de la determinación del bien jurídico protegido, ha tenido importante nivel de recepción en la doctrina nacional debido a la influencia argentina e italiana. (Reyna Alfaro, 2009, pág. 256).

contenidos en el capítulo de delitos contra la Administración Pública donde se afectan directamente los intereses patrimoniales”». (R. N. N° 2347-2008, Ejecutoria Suprema del 21 de enero de 2010).

Al respecto, conforme ya se ha señalado, “en la doctrina penal se distinguen dos ámbitos en la relación entre los funcionarios y la administración pública, un <<ámbito interno>>: referido a la organización misma de la administración (deberes del cargo) y un <<ámbito externo>> donde el funcionario en relación con los ciudadanos, realiza actividades referidas a los fines institucionales que la constitución atribuye a la Administración Pública (deberes de función)”. Solamente este último ámbito es el que “circunscribe las acciones funcionales relevantes para efectos penales; el “ámbito interno” sólo puede tener relevancia disciplinaria” (Abanto Vasquez, 2003, pág. 13).

El sujeto pasivo “es la Administración Pública, representado por la dependencia u organismo del Estado, el cual se materializó la conducta del agente”. Sin embargo, coincidimos que “no hay una explicación razonable para excluir al perjudicado directo en sus derechos como sujeto pasivo-agraviado y, por tanto, participar en el proceso como tal” (Salinas Siccha, 2014, pág. 204).

Resulta obvio además resaltar que “nos encontramos frente a un **delito especial o de infracción de deber propio**, por cuanto justamente la lesión del deber especial fundamenta la punibilidad” (Villavicencio Terreros, 2007, pág. 307). Por otro lado, debemos señalar que “es un **delito compuesto**, cuanto la conducta delictiva descrita en el tipo penal contiene tres verbos rectores (omitir, rehusar y retardar)”, los cuales no son convergentes, en consecuencia, para su consumación, basta que el agente haya incurrido en uno de ellos, para que su análisis, se deba atender a la naturaleza verbo en particular y los hechos del caso concreto.

La doctrina nacional en su conjunto, coinciden respecto de la consumación, que nos encontramos frente a un delito compuesto de mera

actividad<sup>66</sup>, el cual se perfecciona sin necesidad de que se produzca un resultado material o perjuicio para tercero. Aunque se debe reconocer que existe jurisprudencia en contrario<sup>67</sup>. Sin embargo, se descarta la tentativa. “Finalmente, debe anotarse que la aplicación del presente tipo penal es de **naturaleza subsidiaria**<sup>68</sup>, por ello, si la conducta revela una cierta especificación de la conducta contenida en otro tipo penal, deberá optarse por la figura especial” (Peña Cabrera Freyre, 2013, pág. 248).

### **Crítica de los Verbos Rectores.**

Respecto de los verbos rectores, debe entenderse por “**omitir**” (Peña Cabrera Freyre, 2013, pág. 247), el abstenerse de manera consciente y voluntaria a realizar dentro del plazo de ley, “un acto funcional determinado al cual, el agente legalmente, se encuentra obligado. También se puede omitir un acto funcional, cuando el agente dolosamente realiza el acto, dentro o fuera del plazo de ley, pero en la forma no debida” (Abanto Vasquez, 2003, pág. 278). El segundo verbo “**rehusar**”, a diferencia de la omisión, “exige previamente, como elemento del tipo penal para que se materialice la procedibilidad de la acción penal, el requerimiento o intimación formal al agente para el cumplimiento del acto debido”. Se entiende que este requerimiento se efectúa vencido los plazos legales, o, cuando aún no vencido éstos, existan las condiciones necesarias y la obligación legal para que el

---

<sup>66</sup> “Por otro lado, en relación al delito tipificado en el artículo 377 del Código Penal, este, al ser un delito de mera actividad no precisara de la configuración de un resultado, debiendo probarse únicamente con los hechos si los procesados (...) omitieron sus funciones de manera dolosa, esto es, mediante prueba directa” (Exp. 81-2005 Primera Sala Penal Liquidadora. F.3).

<sup>67</sup> “El delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, que establece: “el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto a cargo (...)”, es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien”. (R.N. N° 231-2011-Tacna. Corte Suprema De Justicia De La República Sala Penal Permanente. Lima, 25 de abril de 2012. Ponente Morales Parraguez, f.j.04) (Villegas Paiva, 2021, pág. 259).

<sup>68</sup> “El delito de omisión funcional es, por su propia naturaleza, subsidiario, el mismo que se excluye ante la comisión efectiva los delitos de colusión, peculado y uso de documento privado; de igual manera, se excluye el delito de negociación incompatible, pues no solo se trata de un mero interés indebido en una actuación administrativa, sino de un efectivo concierto en una contratación pública en perjuicio de un organismo público”. Sala Penal Transitoria. R.N. N° 379-2015-Lima, 24 de agosto del 2015, Ponente San Martín Castro, f.j. 16 (Villegas Paiva, 2021, pág. 259).

funcionario público cumpla con realizar sus deberes omitidos o retardados. Sin embargo, esta última postura no está dispuesta en la norma y la jurisprudencia es contradictoria al establecerse en algunos casos que estamos frente a un delito de mera acción y, en otras exigirse un requerimiento previo y un resultado<sup>69</sup>.

Atendiendo que, “casi todos los actos de administración pública contemplan un plazo legal para el cumplimiento del deber funcional, su omisión en la oportunidad fijada por ley constituye el tercer supuesto de configuración del ilícito en referencia. **“Retardar”**”.

Consideramos que, para los efectos de determinar la tipicidad de la conducta, “el operador jurídico, deberá tener en cuenta que el funcionario público debe haber tenido la capacidad fáctica-jurídica-normativa y concreta de poder realizar el acto omitido, retardado o rehusado y que, éste, le sea exigible como acto propio de la función o cargo específicamente desempeñado, previamente regulado por ley como deber funcional”. Ello conforme se ha establecido por la Corte Suprema “no existe delito de incumplimiento de funciones, si el hecho imputado consistente en haber retrasado ilegalmente la expedición de la resolución que resolvió la queja administrativa interpuesta por el agraviado se debió a la carencia de competencia del acusado para pronunciarse al respecto, a la fecha de los hechos”. (Exp. 4689-97, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 1998) (Rojas Vargas, 1999, pág. 644).

A nuestro criterio, los verbos rectores, en este orden: “omitir, retardar y rehusar, denota un nivel cuantitativo de menor a mayor afectación al bien jurídico protegido y, en consecuencia, de reprochabilidad de la conducta penal”. Así, penalmente sería más reprobable la conducta del agente que ha rehusado a cumplir un deber inherente a su cargo, de aquel que, simplemente lo ha omitido o retardado. Por otro lado, a nuestro criterio, los tres verbos

---

<sup>69</sup> Ejecutoria Suprema del 06 de diciembre del 2002, Exp. 3071-2001-Puno (Urquiza Olaechea, 2016, pág. 346).

rectores: omitir, retardar y rehusar se encontrarían comprendidos en un verbo más amplio: incumplir<sup>70</sup>. Así, **omitir**: es el incumplimiento mediante la inacción u omisión del agente; **retardar**: es el incumplimiento dentro de los plazos legales y **rehusar**: es el incumplimiento expreso y manifiesto de cumplir con el deber inherente a su cargo.

### **Crítica a la estructura del Tipo Objetivo.**

Hemos establecido en el capítulo correspondiente que, la antijuridicidad, califica a una conducta como contraria al derecho por cuanto no está comprendida dentro de una causa de justificación, es un predicado de “la conducta, una cualidad o propiedad que se le atribuye a la acción típica precisa que es contraria a todo el ordenamiento jurídico, así la conducta típica y antijurídica se convierte en el injusto, el cual, es un sustantivo” (Villavicencio Terreros, 2007, pág. 530). En el presente caso, con el elemento “ilegalmente” adicionado como requisito de la tipicidad objetiva, “el dolo se extiende al conocimiento y voluntad de la antijuridicidad misma de la conducta”<sup>71</sup>, siendo que la estructura del delito, en la práctica, tendría solo dos niveles: tipicidad y culpabilidad.

Respecto de este punto tenemos que parte de la doctrina ha señalado que con el término “**ilegalmente**”, el legislador, ha querido “enfaticar la gravedad del comportamiento del agente, quien orienta dolosamente su conducta en la inobservancia de lo ordenado por la ley en el desempeño de sus actos funcionales, diferenciándolos de aquellos comportamientos que resulten por culpa del funcionario Público” (Rojas Vargas, 2002, pág. 196), las cuales, debemos agregar, en mérito del artículo 12 del Código Penal serían penalmente irrelevantes. Sin embargo, consideramos que este elemento

---

<sup>70</sup> Por su Parte Carlos Creus, señala que “Las tres acciones típicas previstas denotan omisiones; en dos de ellas la estructura omisiva es clara (omitir, retardar); la otra requiere una actividad (rehusar) que, al ser corroborada por una inactividad, viola el mandato que impone la realización de una determinada conducta”. (Creus, 2004, pág. 253).

<sup>71</sup> Así, Peña Cabrera Freyre, desarrollando el tipo subjetivo del injusto, refiere que “la esfera cognoscitiva del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, es decir la ilegalidad de la omisión, retardo o rehusamiento de actuación funcional” (Peña Cabrera, 2016, pág. 238).

normativo, “ilegalmente”, va más allá de distinguir una conducta culposa de una dolosa. Ya se ha indicado que, en este extremo, no se ubica la diferencia entre un delito y una falta administrativa. El término “ilegalmente”, tal como lo ha indicado el profesor Bramont Arias<sup>72</sup>, constituye una garantía de seguridad, un indicador, un baremo para diferenciar en la práctica una conducta penalmente relevante de la que no la es. La misma, traza una línea nítida entre una conducta que se desplaza dentro del marco permisivo de la norma: atendiendo las competencias, los plazos legales, las causas de justificación u otros, dentro de los cuales se desempeña un funcionario público; de los que se desplazan fuera de estos parámetros, y, en consecuencia, incurren en la ilegalidad de sus actos, un ejercicio abusivo de su cargo, y, por ende, incurren en el delito en comento.

No obstante, la plausible función que se le asigna a este elemento: “ilegalmente”, postulamos que la misma por su propia naturaleza formal, legalista, aislada y huérfana de otros criterios, no logra delimitar adecuadamente los contornos y características de las conductas penalmente relevantes desde un punto de vista material del derecho penal. Es decir, desde la afectación de intereses, bienes jurídicos que van más allá de la propia afectación a la norma (ley, reglamento u otro). En este extremo, comprobamos que este elemento no resulta auto suficiente y, por lo tanto, cuando no se encuentra acompañada de otros elementos del tipo objetivo adecuados, su aporte resulta escaso. En efecto, comprobamos cuanto al encontrarse regulado como elemento normativo del tipo penal; adjetivo de calificación de los tres verbos rectores abiertos que contiene el tipo penal “omitir”, “rehusar”, “retardar”; aparejada en su interpretación y aplicación, con otro elemento normativo, esta vez, de remisión indeterminada: “algún acto de su cargo”, se puede concluir; primero, el legislador penal en una inadecuada técnica legislativa, descuida las funciones propias las que está llamado cumplir el tipo penal (identificar, describir, fijar los contornos de la conducta penalmente

---

<sup>72</sup> Referencia efectuada por el profesor Urquiza Olachea en una entrevista respecto de los alcances del término “ilegalmente”.

relevante desde el punto de vista del derecho penal material). Segundo, encontrándonos frente a un tipo penal en blanco y de remisión irrazonada, como consecuencia, se logra declarar penalmente relevante, sin filtro alguno, todo el universo de incumplimientos en los que puede incurrir un funcionario público. Lo que nos parece un exceso y amerita una corrección. Mas aun cuando ya se ha establecido, conforme al trabajo de la magister Paricoto Simón que, en la práctica no se exige identificar y establecer en las denuncias en trámite la norma objeto de incumplimiento.

Postulamos que, con esta inadecuada técnica legislativa, lo que logra el legislador, dentro de un artificio jurídico es trasladar el análisis de la antijuridicidad, al plano de la tipicidad<sup>73</sup> vaciando de contenido a este último<sup>74</sup>. Si bien es cierto, formalmente se satisface el principio de legalidad; sin embargo, ello no resulta suficiente, por cuanto urge efectuar una discriminación entre el amplio universo de deberes que posee el funcionario público y, en estricto respeto de la dignidad de la persona humana y el principio de mínima intervención, se debe proceder a criminalizar únicamente los incumplimientos que amenacen o afecten seriamente intereses o bienes jurídicos que trasciendan y vayan más allá <<del normal funcionamiento de la administración pública>>, tales como la vida, el cuerpo y la salud de la persona humana, la seguridad o el orden público, la defensa nacional, el orden económico, etc.

En ese orden de ideas, consideramos que “el tipo penal en comento, tiene una inadecuada estructura, por cuanto estos tres verbos, están redactados, resultan amplios e indeterminados al no regularse las circunstancias específicas en las que los mismos adquirirían relevancia penal, más aún, si estamos frente a un delito de mera acción y no se exige un

---

<sup>73</sup> “De no existir ilegalidad –por permitirlo así alguna norma, reglamento o protocolo conforme al ordenamiento jurídico- en el incumplimiento del funcionario, el hecho dejará de ser relevante penalmente (...)” Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, R.N. N° 2548-2010-LORETO; 03/11/2011.

<sup>74</sup> Refiere que “Ilegalidad”, es un elemento normativo del tipo que hace avanzar la antijuridicidad, descartando la tipicidad, no sólo en los casos en que la reglamentación no impone la obligación de realizar el acto, sino también en todos aquellos en que el autor deja de obrar justificadamente por cualquier causa. (Creus, 2004, pág. 253).

resultado”. Comprobamos que el legislador no ha fijado criterios delimitadores de dichos incumplimientos. Error que se repite, es más, se agrava en el nuevo proyecto del Código Penal y en las modificaciones hasta ahora propuestas de dicha norma. Por ello, consideramos que, mientras no se modifique el tipo penal corrigiéndose estos defectos, en su interpretación, el operador jurídico, “deberá de hacerlo de manera muy restrictiva atendiendo estrictamente a los principios de fragmentariedad y mínima intervención del Derecho Penal”.

### **Respecto de la tipicidad subjetiva.**

El agente debe actuar siempre con conciencia y voluntad de efectuar un ejercicio abusivo de su cargo. Ya se ha señalado que “nos encontramos frente a un delito doloso<sup>75</sup>, el cual requiere para su configuración del dolo directo, no tolera el dolo eventual ni mucho menos la culpa”. Conforme la doctrina nacional, “Requiere que el autor conozca que el acto que omite, retarda o rehúsa, es propio de su función, que tal incumplimiento es ilegal y que tenga, además, la posibilidad de actuar, ya que si no le es posible realizar el acto no se le podrá imputar el hecho” (Donna, 2008, pág. 202). Así lo establecido además la Casación N° 169-2012-ANCASH. f.12. “pues el dolo implica conocer que se realiza un acto contrario al derecho, tipificado en la norma, este conocimiento, o desconocimiento, se tiene que acreditar con los diversos medios de prueba que acepta la ley procesal; pero su valoración, en el acto de juicio oral”.

### **Necesidad de redefinir el bien jurídico protegido**

Dentro del Título XVIII de nuestro Código Penal, se regula los delitos contra la Administración Pública. No cabe duda alguna que “el buen funcionamiento de la administración pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección justifica ya la intervención del Derecho Penal (...)” (Siccha, 2021, pág. 462). La doctrina, tratando de lograr una mejor

---

<sup>75</sup> “al ser ilegal la conducta atribuida al autor, se tiene que este tipo penal reclama dolo (lo que diferencia de las conductas negligentes culposas), resultando el comportamiento del sujeto activo como uno dirigido a inobservar lo ordenado por la ley traducido en sus actos” (Exp. 81-2005 Primera Sala Penal Liquidadora. F.j.3).

técnica legislativa y a efectos de desarrollar y explicar apropiadamente los elementos normativos del tipo objetivo en cada delito dentro de este campo, ha resaltado la necesidad de distinguir un bien jurídico “genérico”, común a todos los delitos contra la administración pública, por un lado; y, de un bien jurídico específico, particular, privativo a cada delito o grupo de ellos, por el otro lado.

Respecto del delito de incumplimiento de deberes funcionales<sup>76</sup>, materia del presente análisis, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han sido uniformes en señalar que nos encontramos frente a un delito de infracción de deber propio, subsidiario, el cual pertenece a una modalidad de abuso de autoridad. Coincide además que, el bien jurídico genérico protegido es “el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública” (Siccha, 2021, pág. 463). Sin embargo, respecto del bien jurídico específico, postulamos que no existe un criterio uniforme cuando se trata de determinar o identificar el mismo: “el principio de autoridad” (Siccha, 2021, pág. 465); “asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, orientándolos con exclusividad a la obediencia de la ley y el derecho (...)”<sup>77</sup>; “la legalidad de las actuaciones funcionariales” (Peña Cabrera Freyre, 2016, pág. 254); “los derechos de los particulares, ajenos a los deberes funcionariales” (Arismendiz Amaya, 2018, pág. 330); “que el funcionamiento de la administración pública no se vea perjudicado por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce el cargo determinado”<sup>78</sup>; “evitar una actuación arbitraria que sea contraria a la Constitución, leyes o deberes”<sup>79</sup>; “concretamente la legalidad del ejercicio de funciones y los distintos intereses de los particulares”<sup>80</sup>. Descrito el estado actual de las cosas, verificaremos

---

<sup>76</sup> “el funcionario público que ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa. Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”

<sup>77</sup> Reátegui Sánchez, James. Visto el 12.11.2021 en <https://lpderecho.pe/analisis-dogmatico-delito-abuso-autoridad-articulo-376-codigo-penal/>.

<sup>78</sup> Sala Penal Permanente. Casación N° 169-2012-Ancash, del 12 de setiembre del 2013. F.j. 06.

<sup>79</sup> Sala Penal Permanente. R.N. N° 2347-2008-Lima, del 21 de enero del 2019. F.j. 03.

<sup>80</sup> Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2005-2010-Tacna, del 18 de julio del 2011. F.j. 06.

que existe la urgente necesidad de replantear adecuadamente el núcleo duro del bien jurídico específico a la luz de los principios de legalidad y mínima intervención que informan al Derecho Penal. Tal como se verifica estamos frente a la protección de nuevos y modernos bienes jurídicos; sin embargo, los mismos a nuestro criterio, en el presente caso, resultan demasiado amplios e indeterminados. No se debe perder de vista que, “la construcción de la norma penal surge del bien jurídico, la referencia a un bien jurídico constitucional está dirigido a la reafirmación de los derechos fundamentales y, por tanto, es límite de actuación del legislador y del juzgador” (Urquiza Olaechea, 2021, pág. 16). Debe entenderse además que, el principio de legalidad, “concorre con otros principios, por un lado, el principio del bien jurídico, el principio de lesividad y otros debe residir en obedecer intereses reales, no aparentes, que necesitan de protección y tutela penal” (Urquiza Olaechea, 2021, pág. 18). En este último caso, el maestro hace referencia implícita al principio de mínima intervención del derecho penal. En ese sentido, resulta necesario definir correctamente el bien jurídico específico en el delito de incumplimiento de deberes funcionales desde una óptica constitucional. Luego, con ese norte reelaborar el tipo penal.

Esto último es importante por cuanto resulta imposible redactar un código que compendie un catálogo casuístico que comprenda la compleja gama de comportamientos criminales (así, tratar de cumplir el mandato constitucional que establece que los delitos deben estar expresa e inequívocamente descritos en el tipo legal) y por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han aceptado y establecido que “los tipos penales deben tener cierto margen flexible y razonado de indeterminación, sin embargo, en los delitos contra la administración pública –delitos funcionales- el legislador, se ha excedido de este último criterio, recurriendo al empleo abusivo de tipos indeterminados” (Rojas Vargas, 2016, pág. 31). Esto último ha permitido que “algunos operadores jurídicos puedan formular denuncias penales ante el ministerio público efectuando una interpretación extensiva del contenido de la conducta criminal reprimida en el mismo”; sin tener en cuenta que “Cuando los tipos penales describen acciones u omisiones mediante el uso del

lenguaje, bajo rangos de una aceptable determinación jurídico conceptual o de una relativa y razonable indeterminación racional de los alcances de los significados penal, es deber del operador jurídico ajustar sus valoraciones de tipicidad al principio de legalidad y no extraviar los usos y prácticas de la interpretación para forzar subsunciones típicas que satisfagan intereses políticos, mediáticos o de presión múltiple” (Rojas Vargas, 2016, pág. 30).

En ese sentido, consideramos que “los tipos penales indeterminados, frente a un hecho concreto que tenga como base actos administrativos, deben interpretarse estrictamente bajo los principios rectores de fragmentariedad, última ratio y la mínima intervención del derecho penal” (Abanto Vasquez, 2003, pág. 13), así en el caso concreto, “La vulneración tiene que consistir en una afectación considerable que permita diferenciarla cuantitativamente y cualitativamente de las infracciones administrativas. Vulneración que no en todos los casos va a significar afectación material al bien jurídico, pues llega a satisfacerse con su sola puesta en peligro, en tanto se penaliza ya en el nivel de tentativa del delito y se criminalizan y sancionan tipos delictivos de peligro abstracto y concreto”. (Rojas Vargas, 2016, pág. 33).

Lo antes señalado cobra vital importancia si tenemos en cuenta que, la doctrina nacional, sostiene que las tres modalidades delictivas del delito de incumplimiento de deberes funcionales: “omitir” “Rehusar” y “Retardar” constituyen un delito de simple o mera actividad<sup>81</sup>, “el cual se perfecciona sin necesidad de que se produzca un resultado o perjuicio para tercero, basta con verificar la omisión, el rehusamiento, o, el retardo de los actos funcionales para considerar que el delito ha quedado consumado” (Salinas Siccha, 2014, pág. 205). Si bien es cierto, esta apreciación obedece a una correcta

---

<sup>81</sup> Tal como sostiene el doctor Felipe Villavicencio, la distinción entre los delitos de resultado y delitos de actividad puede llevar muchas veces a confusiones, cuando en los segundos, se considera a la acción misma como una clase de resultado, puesto que, toda acción, es un impulso de la voluntad del sujeto activo, afirmándose en ese sentido que siempre todo delito va a tener un resultado. Sin embargo, para distinguirlos correctamente, hay que precisar que cuando se habla de los delitos de resultado, se alude por este último concepto, a una modificación material del mundo exterior. Por otro lado, cuando baste para la consumación del delito, con la realización de una conducta prohibida, nos encontramos frente a un delito de mera actividad.

interpretación literal del tipo penal, consideramos que “al mismo tiempo revela sus falencias, por ello, atendiendo que nos encontramos frente a un tipo penal ampliamente abierto e indeterminado, en aras de fijar un límite, una valla, una demarcación para distinguir las simples infracciones administrativas de las conductas que tienen una relevancia penal, mientras no ocurra su modificación, el ministerio público, al calificar una denuncia penal; o, el juzgador al momento de resolver deberán de establecer, en el caso concreto, la existencia de una afectación real, concreta y cierta al bien jurídico protegido para evitar de esta manera sendas injusticias”.

Así, por ejemplo, en el caso de un magistrado que, “por su excesiva carga judicial y falta de apoyo logístico, entre dos grupos de 200 expedientes plenamente identificados ha elegido dar prioridad y trabajar primero al primer grupo de ellos, omitiendo, retardando voluntariamente de pronunciarse en los expedientes postergados, o, haciéndolo posteriormente fuera del plazo legal, se encontraría incurso automáticamente en una denuncia penal por el delito en comento”. Ejemplo, que muy bien puede aplicarse a todos los sectores de la administración, en los que, el Estado, en lugar de dotar de la logística necesaria, contratar mayor personal calificado, mejores locales e infraestructura, llamar la atención de personal calificado aumentando el sueldo, “recurre al derecho penal como solución simbólica, perversa de amenaza y presión para exigir al funcionario donde humanamente a veces no se puede<sup>82</sup>.

Ya lo ha señalado el profesor sanmarquino Urquiza Olachea “El derecho penal es legítimo en las infracciones más graves y como recurso extremo” (Urquiza Olachea, 2014, pág. 134), en ese orden de ideas consideramos que, la sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. “La

---

<sup>82</sup> “El pensamiento jurídico moderno reconoce que el objetivo inmediato y primordial del derecho penal radica en la protección de bienes jurídicos —esenciales al individuo—, orientada por los principios fundamentales de la dignidad humana, de la personalidad e individualización de la pena, de la humanidad, de la insignificancia, de la culpabilidad, de la intervención penal legalizada, de la intervención mínima y de la fragmentariedad. (Regis Prado, 2003, pág. 63).

punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el tipo penal” (Salinas Siccha, 2014, pág. 18), por ello, consideramos que se requiere una urgente modificación del tipo penal en comento que recoja nuevos elementos normativos y descriptivos del tipo penal en razón de un replanteamiento del bien jurídico protegido.

Para ello, se debe distinguir la existencia de un bien jurídico genérico, propio de todos los delitos contra la administración pública, en este caso, “el correcto funcionamiento de la administración pública” y, el bien jurídico específico o inmediato como ocurre en cada uno de los delitos comprendidos dentro de este dominio, como es el interés patrimonial del Estado en el delito de peculado; el principio de imparcialidad y deber de probidad en el delito de corrupción de funcionarios y cohecho; el deber de lealtad y probidad en el delito de negociación incompatible; la correcta administración de justicia en los delitos de prevaricato, denegación y retardo de justicia; entre otros. En el delito de incumplimiento de deberes funcionales, no existe uniformidad al momento de definir el bien jurídico específico materia de protección. Así, como consecuencia de una redacción típica, genérica, antitécnica y deficiente, el legislador no permite identificar el núcleo de la conducta penalmente prohibida, diferenciándola de las infracciones administrativas.

En ese orden de ideas, se propone, en una modificación del tipo penal, determinarse los incumplimientos en los que incurra un funcionario público en circunstancias específicas, identificándose en cada caso una afectación a un determinado bien jurídico en concreto más allá que <<el normal funcionamiento de la administración pública>>. Ello en virtud de que, el Estado, dentro del proceso de criminalización, no posee una discreción absoluta para determinar cuáles son los comportamientos que deben ser considerados delitos, toda vez que existen límites derivados del principio de última ratio o del carácter fragmentario del Derecho Penal, que “aun cuando no están expresamente recogidos en la norma son de estricta observancia no

solo por parte del legislador, sino también por los jueces, quienes en observancia de tales principios deben coadyuvar en la tarea de delimitar los hechos con relevancia penal de aquellos que no la tienen” (Urquiza Olachea, 2014, pág. 153/154).

El carácter fragmentario del derecho penal, citando a Bustos Ramírez, evidencia que debido a la gravedad del control penal no es posible que sea utilizado frente a toda situación lesiva del bien jurídico, sino que “se debe tener en cuenta hechos muy determinados y específicos. Tal carácter tiene como finalidad evitar la paralización de la vida social, situación que se generaría si es que se quisiera otorgar una amplia acción a la actividad punitiva del Estado” (Urquiza Olachea, 2014, pág. 136).

## TITULO X

### EVOLUCION EN LA LEGISLACION NACIONAL DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES

El delito de incumplimiento de deberes funcionales no ha tenido mayores modificaciones a lo largo de la historia, así, el artículo original en el Código Penal de 1991 regulaba en su artículo 377° este delito de la siguiente manera:

“El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa 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”

Posteriormente fue modificado con la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley 30364 publicada el 23 de noviembre del 2015, cuyo texto es el siguiente:

“El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa 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.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar<sup>83</sup>, la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”

Resulta evidente que esta agravante no responde a una política criminal clara, por cuanto con ese criterio casuístico se pueden plantear indefinidamente agravantes incorporando casos más graves como por

---

<sup>83</sup> Conforme el Ministerio del Interior -Dirección de Estadística y Monitoreo de la Oficina de Planeamiento Estratégico Sectorial, recogido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática las denuncias por violencia familiar han ido aumentando en el siguiente orden 2012 (124,057); 2013 (122,901); 2014 (135,874); 2015 (137,742); 2016 (164,488); 2017 (187,270); 2018 (222,376), ello, explica conforme a los argumentos desarrollados hasta ahora, porque el Estado, ingresa como una agravante más los casos de violencia familiar.

ejemplo cuando se ponga en peligro la vida, el cuerpo y la salud de una persona, se afecte la seguridad nacional, etc.

En ese orden de ideas, el Congreso de la República, mediante el proyecto de Ley 3303/2018-CR (del grupo parlamentario “Fuerza Popular”), propuso en su oportunidad un nuevo segundo párrafo al artículo 377°, agregando como agravantes los casos de feminicidio, violación sexual y omisión de asistencia familiar: “Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, delitos de Feminicidio, Violación Sexual y Omisión de Asistencia familiar, la pena será privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años, e inhabilitación permanente conforme el artículo 36 inciso 1”.

Por otro lado, el Proyecto de Ley 1131-2011-CR, el cual buscaba armonizar los delitos contra la Administración Pública con las Convenciones Internacionales de lucha contra la Corrupción suscritos por el Perú, derivado el 25 de febrero del 2012 a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, se propuso en el artículo 547 del nuevo proyecto del Código Penal, el delito de incumplimiento de deberes funcionales, si bien es cierto, manteniendo la misma estructura del tipo penal vigente, sin embargo, aumentando el margen punitivo a cinco años de pena privativa de la libertad y adicionando como pena accesoria la inhabilitación por el tiempo que dure la pena, lo que nos parece un hecho grave si atendemos a los defectos de redacción de la norma advertidos en el presente trabajo.

## **PROYECTO DEL CODIGO PENAL.**

La secretaria técnica del Consejo Nacional de Política Criminal, publicó el “Proyecto del nuevo Código Penal” (Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, recaído en los Proyectos de Ley 163/2011-CR y otros de fecha 26 de mayo del 2016) el mismo que fuera revisado por el grupo de trabajo conformado con representantes del CONAPOC y con sus aportes trasladado al congreso de la República mediante informe 01-2017-

JUS/CNPC.

El mismo regula en su artículo 556° el delito denominado Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales conforme al siguiente detalle: “El Funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación de conformidad con los literales “a”, “b” e “i” del artículo 38 y con treinta a sesenta días-multa.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o a una medida de protección dictada en un proceso especial originado por hechos que configuran actos de violencia contra las mujeres o contra integrantes de un grupo familiar caso de violencia familiar, la pena privativa de libertad es no menor de dos ni mayor de cinco años” (Proyecto del Código Penal, 2018).

## **TITULO XI**

### **LEGISLACION INTERNACIONAL Y TRATAMIENTO DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE DEBERES FUNCIONALES.**

Luego de un estudio y análisis de la legislación penal internacional de 19 países, específicamente de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos en infracción de su deber de función, se ha podido determinar hasta tres grandes corrientes o grupos de cara a la regulación del delito de incumplimiento de deberes funcionales materia del presente trabajo. Cada uno de ellos comporta una propuesta de solución al problema.

#### **Primera propuesta:**

##### **Países que no regulan la figura penal.**

Dentro de este primer grupo encontramos a los países de: Colombia, Ecuador, Paraguay, España, Francia y Alemania. Estos países, como propuesta a la solución al problema, han decidido prescindir de la regulación de una figura penal tan genérica, amplia, omnicomprendensiva y vaga como el delito de incumplimiento de deberes funcionales. Por el contrario, se decantan por establecer en su lugar, figuras penales específicas de incumplimiento dentro de la administración pública, sancionando penalmente a los funcionarios públicos, únicamente en casos específicos. Desarrollando tipos penales dentro de los cuales se cuida por establecer los contornos necesarios para identificar y determinar adecuadamente la conducta penalmente relevante. Lo que no es ajeno por cierto en el Perú, porque ya hemos señalado, que el delito de incumplimiento de deberes funcionales dentro de nuestra legislación es un delito residual. Así, por ejemplo, dentro de nuestra legislación penal tenemos el delito de denegación o deficiencia de apoyo policial (art. 378); retardo injustificado de pago (art. 390); rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (art. 391); omisión de denuncia (art. 407); negativa del magistrado a administrar justicia (art. 422); negativa al cumplimiento de obligaciones de

notarios, secretarios de juzgado y auxiliares de justicia (art. 423); omisión del ejercicio de la acción penal (art. 424). En todos estos delitos, excepto en el delito de omisión de denuncia que también comprende a los particulares, se sanciona penalmente al funcionario o servidor público que incumple las labores propias de su cargo. Nótese que todos estos delitos, como el delito de incumplimiento de deberes funcionales, son figuras dolosas, pero donde, sin embargo, no se recurre como en aquella, al elemento normativo que denota tautológicamente la ilicitud de la conducta “ilegalmente”.

### **Segunda propuesta:**

#### **Países que regulan idéntica figura**

Por su parte, **Argentina:** artículo 249 “el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”; **Bolivia:** artículo 154 “el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer, o retardare algún acto propio de su función, incurrirá en reclusión de un mes a dos años”; **Costa Rica:** artículo 332 “será reprimido con pena de inhabilitación el funcionario público que ilegalmente omita, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función. Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuando esté obligado a hacerlo”; **Panamá:** artículo 356 “El servidor público que, ilegalmente, rehúse, omita o retarde algún acto propio de su cargo será sancionado con prisión de seis meses a un año o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana” y **El Salvador:** artículo 321 “El funcionario o empleado público, agente de autoridad o el encargado de un servicio público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función, será sancionado con prisión de cuatro a seis años e inhabilitación especial para el desempeño del cargo por igual período”. “Cuando el incumplimiento del deber dé lugar a un hecho delictivo, o sea motivo de otro, la sanción se incrementará en una tercera parte del máximo establecido e inhabilitación del cargo por igual período”.

Tal como se demuestra, todos estos países regulan, en esencia,

idéntica figura penal a la peruana. En las mismas, el agente siempre es un funcionario público (a excepción del Salvador, que extiende el tipo penal para comprender además del funcionario, al empleado público, agente de autoridad o el encargado de un servicio público). Tal como se ha subrayado, también se acude, como en el Perú, a los tres verbos rectores comisivos: “omitir”, “rehusar” y “retardar”. Consignando también como en el Perú, como objeto de la acción u omisión al termino infinito: **“algún acto (propio) de su cargo, función u oficio”**.

Finalmente, se comprueba que en estos países se incurre en la misma técnica legislativa nacional. Trasladando el análisis de la antijuridicidad al plano de la tipicidad. No nos detenemos en las diferencias punitivas, ni en las extensiones del tipo penal por cuanto carecen de relevancia.

### **Caso especial en Argentina:**

En Argentina, además del artículo 249, que regula el delito de incumplimiento de deberes funcionales ya señalado, se encuentra el artículo 248, el cual a la letra regula “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

En argentina, se conoce a esta figura como “retardo administrativo”, la jurisprudencia ha señalado que, para poder afirmar la tipicidad del delito de abuso de autoridad, como en el Perú, es necesario el dolo, conocimiento y voluntad del uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica lo que lo diferencia de una simple irregularidad funcional por negligencia. El autor debe conocer la ilegalidad de las resoluciones u órdenes que se dictan, transmiten o ejecutan y debe tener la voluntad de dictarlas, ejecutarlas o abstenerse de cumplirlas. En el aspecto volitivo, el sujeto debe tener la

voluntad de oponerse a la ley, de desconocerla, se reprime la conducta del funcionario público que dicta resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esa clase existente o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbe. Sin embargo, y esto es lo relevante para el presente trabajo, la orden en cuestión, deben ser contrarias a las constituciones o leyes, nacionales o provinciales. Es decir, el "deber" referido por el art. 248 del C.P., ha de derivar de la ley -por imperio de la misma- y no de normas reglamentarias. **“Si se sostuviera lo contrario, entrañaría una ampliación abusiva de la figura penal y ello sería en definitiva lo contrario a la recta administración de justicia”**. (El Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, con los votos de los jueces Suarez, Juárez, Carol y Argibay con fecha 25 de febrero del 2014, en autos caratulados “Nieto Norma Nelly sobre Abuso de Autoridad E.P Bravo, Silvina Gabriela”, la Casación Criminal, extraído de “La Responsabilidad Penal del funcionario Público en el Derecho Argentino. Análisis Jurisprudenciales, 2016”).

Entonces, “para distinguir las figuras de los artículos 248 y 249 del código penal, la Cámara del Crimen de la Capital” (Fallos t. 2, pág. 467) señaló que **“los supuestos del artículo 248 se refieren a la violación o incumplimiento de disposiciones expresas de un texto legal, en tanto que los tipos del artículo 249 se refieren al incumplimiento de las funciones administrativas del cargo”**. En el Perú, de la jurisprudencia recogida y doctrina consultada no hemos verificado que se realice tal distinción. No existe un límite a la referencia que efectúa el elemento objetivo “algún acto de su cargo” se refiera a una ley, o una norma inferior a la misma con lo que se comprueba una vez más la amplitud del tipo penal.

### **Tercera propuesta:**

#### **Primer modelo: Regulación con algunas variantes**

Finalmente, tenemos un tercer grupo que si bien es cierto regula esta figura penal, sin embargo, lo hace con algunas variantes. (Se Reemplaza

“Ilegalmente” Por Otros Términos Extralegales). Dentro de este primer modelo, tenemos a los países de Chile, Venezuela, Brasil y México. Todos deciden prescindir del elemento normativo “ilegalmente” para reemplazarlo por otro como a continuación desarrollamos.

**Chile:** artículo 256 “el empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles de conformidad a las leyes y reglamentos (...)”.

**Venezuela:** artículo 207 “Todo funcionario público que, bajo cualquier pretexto, aunque fuere el del silencio, oscuridad, contradicción o insuficiencia de la ley, omita o rehusé cumplir algún acto de su ministerio”.

**Brasil:** artículo 319 “el funcionario público que procede a Retardar o deja de practicar indebidamente, un acto de su oficio o lo practica en contra de la disposición expresa de la ley para satisfacer intereses o sentimientos personales”.

**México,** artículo 215 inciso III regula como abuso de autoridad de un servidor público “cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud”.

Con este primer modelo, verificamos que no se confirma nuestra segunda hipótesis. En efecto, en principio postulamos que la vigente redacción típica del delito de incumplimiento de deberes funcionales en nuestro país, como norma de remisión, no cumplía los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de legalidad. Ello, por cuanto considerábamos que, el referido tipo penal, no determinaba de manera clara y precisa los contornos y el contenido de la conducta penalmente prohibida. Es decir que, el elemento normativo “ilegalmente” establecido en el tipo objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales no efectuaba algún aporte

delimitativo en la estructura de la conducta penalmente prohibida y con ello, solo se adelantaba el análisis de la antijuridicidad de la conducta al plano de la tipicidad sin mayor aporte.

Sin embargo, concluido el estudio de este primer modelo, y comprobar que: Chile, Venezuela, Brasil y México, sin mayores problemas, decidieron reemplazar este elemento normativo (“ilegalmente”) y colocar en su lugar otros términos como: “indebidamente”, “maliciosamente” y “sin causa justificada”, verificamos que, estas opciones legislativas, si bien, se logra evitar arrastrar al plano de la tipicidad el análisis de la antijuridicidad; sin embargo, el remedio es mucho peor, toda vez que, con estos nuevos elementos normativos se amplía aún más, esta vez de manera infinita, el universo de conductas penalmente relevantes para el delito de incumplimiento de deberes funcionales de dichas legislaciones.

Así, dentro de nuestra legislación, ante un caso concreto, para identificar un incumplimiento “ilegal” de las funciones propias del cargo de un funcionario público, advertimos que nos encontramos frente a un campo o universo, si bien amplio, pero objetivamente limitado a las reglas y vigencia de un sistema normativo pre establecido. Nuestra jurisprudencia al respecto ha señalado **“al encontrarnos frente a un tipo penal de infracción de deber y abierto; previamente para determinar si una conducta (en cualquiera de los verbos rectores) es penalmente relevante, se debe acudir en todos los casos previamente a determinar, (conforme la legislación administrativa correspondiente) las obligaciones legales a las que estaba sujeto el agente”**.

Sin embargo, cuando se utiliza los elementos normativos “indebidamente”, “maliciosamente” y “sin causa justificada”, para calificar a los verbos rectores y reputar como penalmente relevante una conducta. No se hace otra cosa que ampliar, extra lege, los criterios para identificar la relevancia penal de las conductas escudriñadas por el operador jurídico. Esto es, se ingresa al campo subjetivo para determinar la configuración o no del

delito. O, dicho de otro modo, es el campo subjetivo, el que ingresa y se introduce a la labor que está llamado a efectuar el operador jurídico para reputar como relevante penalmente una conducta. Lo que por cierto es muy peligroso. ¿Cómo podríamos determinar por ejemplo, de manera objetiva, que una determinada conducta (omitir, rehusar, retardar) sea “indebida”, “maliciosa” y “sin causa justificada”?

**Segundo modelo: elimina “ilegalmente” sin reemplazarlo por otro término.**

**Honduras**

Artículo 349. Sanciona de tres (3) a seis (6) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo que dure la reclusión, al funcionario o empleado público que: inciso 3) Omita, rehúse o retarde algún acto que deba ejecutar de conformidad con los deberes de su cargo.

**Guatemala**

Artículo 419. Sanciona con prisión de uno a tres años al “funcionario o empleado público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo”

Tal como señalábamos, si con el primer modelo se reemplazaba “ilegalmente” por otros términos menos afortunados. En este segundo modelo se procede sencillamente a prescindir de todos aquellos términos que puedan calificar negativamente el incumplimiento de las funciones propias del cargo en el que incurra un funcionario público. Consideramos que esta opción legislativa tampoco es la óptima por cuanto se verifica que, este tipo penal, con tres verbos rectores que describen el incumplimiento de funciones, en ausencia de un elemento normativo de control, que discierna las faltas administrativas de las conductas penalmente relevantes vulnera, no solo el principio de legalidad, sino que además hace lo propio con el principio de mínima intervención.

### **Tercer Modelo: Establecen Controles Previos y existencia de resultado.**

En este grupo, dentro de los cuales se encuentran los países de Italia, Cuba y Uruguay. El legislador italiano, por ejemplo, en una mejor técnica legislativa no solo comprende como agente al funcionario público, sino además al servidor público (o la persona encargada de un servicio público). Por otro lado, elimina los tres verbos rectores que abundan en otras legislaciones (omitir, retardar, rehusar), en su lugar hace referencia al incumplimiento del deber de función. Además, introduce dentro de sus elementos normativos, criterios para identificar algunas obligaciones cuyo incumplimiento generan sensible lesividad a la convivencia social. Entre ellos, tenemos valores como la justicia, seguridad y orden público, higiene y sanidad. Se introduce el requerimiento como cuestión previa a la denuncia. Cuba por su parte, convierte el tipo penal en uno de resultado, exigiendo para la configuración del injusto la existencia de un grave perjuicio para el interés nacional o daño grave para una persona.

El Código Penal italiano de 1930, regulaba una figura como la nuestra “el oficial público o el encargado de un servicio público que indebidamente rehúsa, omite o retarda un acto del oficio o servicio, es castigado con la reclusión hasta de un año o con multa de hasta 10,000 liras. Si el oficial público, es un juez o un funcionario del Ministerio público hay omisión, negativa o retardo, cuando concurren las condiciones requeridas por la ley para ejercer contra ellos la acción civil”.

Actualmente, sin embargo, ha superado esta figura. Elimina los tres verbos rectores. Divide en dos grandes grupos el tratamiento legislativo el incumplimiento de deberes funcionales. En el primer grupo reduce a cinco las razones por las cuales dicho incumplimiento tendrían relevancia penal automática atendiendo a la urgente necesidad del servicio: justicia, seguridad y orden público, higiene y sanidad. En el segundo grupo, fuera de las cinco

razones antes mencionadas, el legislador ha previsto un requerimiento previo, otorgando un plazo de 30 días al funcionario para que cumpla o explique las razones del retardo. Con ello se verifica un enorme avance en su técnica legislativa por cuanto se atiende al principio de lesividad y última ratio. Sin embargo, consideramos que, en el segundo grupo, se pudo haber ingresado la exigencia de un resultado.

**Italia** artículo 323 “El funcionario público o la persona encargada del servicio público, que se niega indebidamente a un acto propio de su oficio que, por razones de justicia o la seguridad pública o el orden público o de la higiene y sanidad, debe ser cumplido sin retardo, será castigado con prisión de seis meses a dos años. El funcionario público o la persona encargada de un servicio público, que dentro de los treinta días siguientes a la petición de una parte interesada no lleva a cabo el acto de su función y no responde a exponer los motivos de la demora, será reprimido con prisión de hasta un año o una multa de hasta dos millones de liras. Esta solicitud debe hacerse por escrito y el plazo de treinta días a contar desde la recepción de la solicitud”

**Uruguay**, artículo 164 “el funcionario público que, requerido al efecto por un particular o por un funcionario público, omitiere o rehusare sin causa justificada ejecutar un acto impuesto por los deberes de su cargo será sancionado con suspensión de tres a dieciocho meses”.

**Cuba**, artículo 145 “El funcionario público que no preste la debida cooperación a la administración de justicia o a la prestación de un servicio público cuando sea requerido por autoridad competente, o se abstenga, sin causa justificada, a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo, cuando sea requerido por un particular, si como consecuencia de su omisión resulta grave perjuicio para el interés nacional o daño grave para una persona, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

Consideramos que, respecto de la modificación propuesta para el delito de incumplimiento de deberes funcionales, estos últimos tres países, brindan una mejor técnica legislativa que atiende al principio de legalidad y de mínima intervención del derecho penal. Primero, como en el caso italiano al restringir a sólo a cinco las razones que justifican acudir directamente y sin filtros al derecho penal. Segundo, en los demás casos, al regular el requerimiento previo como una cuestión procesal que debe agotarse antes de recurrir a la acción penal e incluso otorgando un plazo ya sea para cumplir el deber omitido o explicar las razones que justifican dicho incumplimiento.

Así, en este último caso, el requerimiento previo funge como un filtro, un purificador que excluye liminalmente los diversos criterios subjetivos (“indebidamente”, “maliciosamente” y “bajo cualquier pretexto”) contemplado en otras legislaciones y con los cuales se puede calificar la conducta del agente, ampliando infinitamente su universo. Consideramos que, con ello, el tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales puede eficazmente prescindir de dichos elementos normativos (incluido el “ilegalmente” regulado en nuestra legislación nacional) reduciendo la acción penal a conductas penalmente relevantes. Así, el requerimiento previo, en consecuencia, se erige como uno de los elementos objetivos válidos legalmente para calificar como relevante penalmente las conductas que se subsumen dentro del incumplimiento de los deberes funcionales. A ello, del estudio de la legislación comparada, se ha determinado otro filtro cuyo análisis merece ser atendido, la obligación, ¿el deber o acto propio del cargo del funcionario público incumplido debe estar establecido por ley?, descartándose con ello, las funciones reguladas en normas de menor jerarquía las cuales estarían bajo el manto del derecho administrativo sancionador.

Consideramos que los filtros propuestos (reducción de las razones, requerimiento previo y base normativa del deber), además de los criterios de perfección en cuanto a la determinación del bien jurídico inmediato o específico resultarían apropiados y guardan relación con el filtro que

actualmente existe conforme el artículo 265 de la Ley 27444 la cual regula “el ministerio público, a efectos de decidir el ejercicio de la acción penal en los casos de omisión o retardo de la función, deberá determinar la presencia de las siguientes situaciones: a) Si el plazo previsto por ley para que el funcionario actué o se pronuncie de manera expresa no ha sido excedido; b) Si el administrado ha consentido de manera expresa en lo resuelto por el funcionario público”. Ello, por cuanto en algunos casos, no existen dichos plazos y en los casos que existan estos no son uniformes dentro de la enorme burocracia estatal y luego porque el consentimiento cubre apenas el enorme universo pasible de sanción penal.

## CAPITULO II

### TOMA DE POSTURA / SOLUCION / CONTRASTACION DE HIPOTESIS.

#### Contratación de Hipótesis

##### Hipótesis principal

**H.** En la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, no se desarrolla un bien jurídico específico acorde con el principio de legalidad y mínima intervención del Derecho Penal.

Ha quedado validada en parte. Desarrolla un bien jurídico acorde con el principio de legalidad, pero no, con el principio de mínima intervención.

##### Hipótesis secundarias

**H.1.** La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de Legalidad del Derecho Penal.

No ha quedado validada.

**H.2.-** La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales contemplado en el artículo 377° del Código Penal, como norma de remisión, no cumple los estándares para determinar el contenido de la conducta penalmente relevante dentro de un marco de respeto al principio de mínima Intervención del Derecho Penal

Si ha quedado validada.

### **Análisis e Interpretación del Problema planteado**

- Se ha establecido que, el Estado, cuenta con dos disciplinas para proteger bienes jurídicos y, entre ambas disciplinas, no existe una diferencia cualitativa. Las mismas obedecen a una determinada política criminal que asume éste. Así, se ha establecido que los criterios para clasificar las competencias del derecho penal y diferenciarlas de las del derecho administrativo sancionador no obedecen a la clasificación en bienes individuales o supra individuales, sino que debe tenerse en cuenta que, el derecho penal, está llamado a la protección de los valores esenciales, imprescindibles, ya sean estos del individuo o de la sociedad. El objeto de establecer delitos y faltas es una media de prevención para proteger a la persona humana y a la sociedad. (artículo primero del Título Preliminar del Código Penal).
- Se ha establecido que, los criterios materiales de la conducta punible, son previos al Código Penal, éstos, deben suministrar al legislador un juicio político criminal, sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune, definiendo y sobre todo preservando atento el cometido del Derecho Penal: la protección subsidiaria y de ultima ratio de bienes jurídicos. Bienes cuya protección aseguren las condiciones de existencia de la sociedad y los caracteres principales e indispensables de la vida en comunidad. En ese sentido, debe sancionar únicamente las acciones que importen mayor gravedad de afectación a los bienes jurídicos más imprescindibles de la persona humana y la sociedad.
- Respecto del problema principal, en el sentido de que, la actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales no estaría desarrollando un bien jurídico específico acorde con los principios de legalidad y mínima intervención. Respecto del principio de legalidad, teniendo en cuenta que, el bien jurídico protegido en un tipo penal, se expresa a través de los elementos objetivos insertados en el mismo, al verificar que éste

únicamente sanciona los incumplimientos ilegales, se dedujo que, este criterio normativo o legalista, por amplio que sea, en efecto logra desarrollar un bien jurídico específico: “La legalidad en el desempeño del cargo de un funcionario público”. Sin embargo, se ha considerado que este bien jurídico resulta ser muy extenso y amplio, razón por lo que corresponde desarrollar un bien jurídico específico más acorde con el principio de *lex certa*.

- Luego, atendiendo que “el normal desarrollo o funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico general, aunado a un criterio legalista de remisión se verificó que, el mismo, no se condice con el principio de mínima intervención. En efecto, cuando el legislador aunado a la ilegalidad de la conducta del agente, inserta como elemento normativo complementario, esta vez de remisión, “algún acto de su cargo” sin acompañarlo de otro elemento que delimite al mismo, se verifica que el tipo penal, en efecto, no desarrolla un bien jurídico acorde con el principio de mínima intervención.

- Respecto de la primera pregunta secundaria.

Se tuvo como punto de partida que el delito de incumplimiento de deberes funcionales vigente, tendría su origen en la creación de tipos penales nuevos producto del fenómeno de expansión universal del derecho punitivo que, ante el crecimiento del aparato estatal y las necesidades de la población, ha criminalizado conductas que se encontraban hasta hace poco, dentro del campo del Derecho Penal administrativo sancionador, utilizando a este como instrumento de amenaza, con el único propósito de dotar de mayor eficacia a normas ajenas al núcleo penal, fenómeno que algunos han denominado como la administrativización del Derecho penal. Con ello, se busca ahorrar costos, evitar afrontar los problemas de fondo. Se pretende controlar, muchas veces con un Derecho Penal simbólico, los problemas propios de una sociedad moderna, siempre creciente, pujante, anónima, que lo sobrepasa, y, en el proceso, se amenaza y, muchas veces, hasta se

vulnera los principios fundamentales clásicos que regulan e informan el Derecho Penal. Sin embargo, del análisis del derecho comparado, la doctrina que informan los tipos penales abiertos; del análisis de la estructura del tipo penal abierto, e identificación del núcleo duro del injusto el cual contiene un elemento legalista; del análisis de las jurisprudencias del Tribunal Constitucional, se ha comprobado que el tipo penal sí cumple los estándares de respeto al principio de legalidad.

- En efecto, atendiendo que, el principio de legalidad, tiene su más concreta manifestación en el tipo penal y las tareas que cumple este último. La descripción expresa, clara, inequívoca y exhaustiva de la conducta penalmente prohibida de suerte que, tanto el juez como el ciudadano, puedan conocer con certeza el contenido de la prohibición y sus contornos: lo que está permitido y lo que está prohibido. Atendiendo que el tipo penal abierto de remisión contiene como ingrediente un criterio legalista. Considerando que, el Tribunal Constitucional proscribire la indeterminación total de las disposiciones jurídicas que tipifican tipos penales ya que son contrarias al presupuesto de certidumbre que exige la ley (*lex certa*). La comprensión de un tipo penal requiere indefectiblemente un proceso de reconstrucción de su estructura. Las palabras en las que se encuentra expresado el mismo deben tener la claridad o precisión suficiente que de su lectura no deben presentarse un gran número de opciones de actuación, o, que no sea posible conocer ninguna opción de decisión. “El margen de indeterminación permitido en la formulación de las conductas prohibidas conciliable con el principio de certeza de la ley debe garantizar el conocimiento del núcleo base en la materia de prohibición; es decir, que el tipo penal contenga el núcleo fundamental de la materia que se pretende prohibir” (Tribunal Constitucional, Exp, 0010-2002- AI/TC, f.j 51).
- “La validez constitucional de las leyes penales en blanco se encuentra condicionada a que la unidad normativa penal (conformada por la

norma remisiva y la norma complementaria) observe las garantías derivadas del principio de legalidad penal, especialmente las que exigen que la conducta prohibida sea definida de manera previa, clara e inequívoca” (Tribunal Constitucional, Exp, 0010-2002- AI/TC, f.j 139)<sup>84</sup>.

- En el presente caso, efectuando un análisis conjunto de los items desarrollados en el presente trabajo, se ha verificado que el tipo penal que regula el delito de incumplimiento de deberes funcionales, sí cumple los estándares exigidos por el Tribunal Constitucional para los tipos penales en blanco. En efecto, el núcleo esencial de la prohibición (conducta prohibida), o, el núcleo duro de la conducta típica se encuentra descrita en la norma remisiva (incumplimiento de deberes funcionales), asimismo, establece la pena y determina el reenvío normativo. La norma a la cual se remite (norma complementaria) señala y establece los deberes que le compete dentro de sus facultades a cada funcionario público. De suerte que, la unidad normativa, entre ambas, efectivamente si cumple con la exigencia de certeza, toda vez que la conducta prohibida en efecto se encuentra suficientemente precisada. En ese sentido, se debe señalar que, el término ilegalmente, constituye un elemento normativo que define el tipo penal. Que describe y delimita la conducta penalmente relevante. Es un mecanismo de seguridad que se define en la propia ley.
- Sin embargo, toda vez que la norma complementaria comprende normas de diverso rango, dispersas y desordenadas, judicializándose procesos por el delito de incumplimiento sin citarse los dispositivos específicos, lo que estaría desnaturalizando este mecanismo de

---

84 El uso de esta técnica legislativa es admisible cuando: i. La ley penal en blanco (norma remisiva) describa el núcleo esencial de la conducta prohibida, la pena y el reenvío normativo; ii. La norma a la cual se remite (norma complementaria) se refiera al telos de la ley penal en blanco y verse sobre aspectos complementarios o concretizadores de la conducta prohibida; y iii. La unidad normativa penal cumpla con la exigencia de certeza, de manera tal que la conducta prohibida se encuentre suficientemente precisada, no pudiendo derivar a su vez en otra norma dicha función.

regulación penal. Corresponde ingresar al tipo penal la exigencia de identificar y citar en la denuncia correspondiente la norma dejada de cumplir. Con ello se garantiza el debido proceso, el derecho a la defensa al aterrizar el principio de legalidad en la práctica judicial.

➤ Respecto de la segunda pregunta secundaria.

Se tuvo en cuenta que, “desde el núcleo duro del ilícito penal hasta la última de las infracciones administrativas discurre una línea continua de un injusto material que se atenúa progresivamente, sin llegar a desaparecer” y por lo tanto no existe una diferencia cualitativa entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Se comprobó que, en el proceso de desarrollo, expansión, inflación y administrativización del Derecho Penal, es verdad, se ha difuminado cada vez más las diferencias entre el derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. Luego de comprobado que, a la fecha se viene judicializando penalmente, como delitos de incumplimiento de deberes funcionales, meras infracciones administrativas (retardo en tramitar una solicitud de licencia de funcionamiento, por no expedir copias certificadas o practicar una necropsia de ley), se pudo validar la segunda hipótesis de trabajo.

➤ En efecto, el delito de incumplimiento de deberes funcionales, contiene una norma dirigida al funcionario público ¡no incumplas ilegalmente algún acto propio de tu cargo!; se ha establecido que, esta orden, resulta manifiesta y objetivamente genérica, amplia y vaga convirtiendo el tipo penal en una figura anti técnica, en razón que comprende todo el universo de incumplimientos, si se tiene en cuenta la enorme lista de obligaciones que apareja el ejercicio de una función pública. No se puede pretender asegurar utilizando el derecho penal, tal como lo hace la norma, el cumplimiento de todo el universo de los actos a los cuales está obligado un funcionario público muchos de los cuales no tienen mayor repercusión social, peor aún, cuando no fija criterios válidos como la determinación concreta de los intereses o bienes amenazados

o afectados, cuya protección penal resulta imprescindible para garantizar la protección de la vida humana y la sociedad. Está demostrado así, que el elemento normativo “algún acto propio de su cargo” efectúa un aporte insuficiente para delimitar la estructura de la conducta penalmente relevante ajena a los fueros del derecho administrativo sancionador. Tampoco tiene utilidad alguna delimitar e identificar la conducta penalmente relevante, dentro de un marco de respeto al principio de mínima intervención del Derecho Penal.

- En ese sentido, se ha determinado que resulta necesario reducir sensiblemente el marco de comprensión normativa que abarca actualmente el tipo penal. Reduciendo su marco de remisión normativa. Atendiendo únicamente a conductas que importen una grave amenaza o afectación a bienes jurídicos imprescindibles para la protección de la persona humana, de su dignidad, la sociedad y la normal convivencia. Se tiene que la legalidad en el desempeño de las funciones constituye un bien jurídico que no es privativo del derecho penal, sino por el contrario, un interés protegido por el ordenamiento en general. Particularmente en el presente caso por el derecho administrativo sancionador. En ese sentido se ha establecido la necesidad de eliminar el elemento “algún acto de su cargo” y reemplazarlos por otros elementos propios del tipo objetivo, los cuales a la par de ingresar nuevos bienes jurídicos, reducirán sensiblemente el campo de protección del tipo penal. Ajustándolo al principio de mínima intervención.
- Respecto de los criterios para el diseño del nuevo tipo penal.

Por otro lado, para los efectos del nuevo diseño del tipo penal, se ha establecido que la teoría del dominio del hecho, no resulta adecuada para resolver este tipo de delitos. Luego, en la teoría de los delitos de infracción de deber, dentro de cuyo esquema se encuentra el delito de incumplimiento de deberes funcionales, se ha superado la diferencia

ontológica entre: acción y omisión, habiéndose determinado como elemento estructural del mismo, la infracción del deber especial, en el cual incurre el agente, careciendo de relevancia práctica, si la misma, se materializa ya sea mediante una acción u omisión, razón por la que, esta distinción, actualmente no tiene ninguna relevancia desde el enfoque al menos de la consumación. Así, resulta necesario reemplazar los tres verbos rectores que actualmente posee el tipo penal por uno solo. El incumplimiento. El cual, sin embargo, debe estar acompañada de otros elementos propios del tipo penal objetivo que restrinjan sensiblemente las conductas penalmente relevantes de cara al principio de mínima intervención.

- La teoría de infracción de deber, si bien es cierto, sirve para identificar una infracción de las obligaciones a las cuales se encuentra sujeto un funcionario público y que sin lugar a dudas merecen una sanción; sin embargo, resulta necesario delimitar en dicho proceso las competencias del derecho administrativo sancionador. Es decir, el núcleo sustantivo del injusto no puede ser una mera y formal <<infracción de un deber>>, el cual puede ser una ratio incriminatoria, pero jamás un valor penalmente tutelado de manera independiente. Se busca en ese sentido recoger del plexo normativo bienes jurídicos de concreta realización que se traduzcan en la protección de la persona humana, su dignidad, valores necesarios para su realización acordes con la normal convivencia en sociedad.
- En ese orden de ideas, consideramos que, el delito de infracción de deber, en el nuevo modelo de tipo penal a proponer, no debe abarcar toda lesión cometida por funcionario público, ya que es obligación ineludible del legislador penal describir, identificar, extraer << del vasto universo de actos>> actos concretos del ejercicio del cargo, e incluso se encuentra obligado a ir más allá: exigir una grave amenaza o un resultado que efectivamente lesione un determinado bien jurídico protegido que afecte sensiblemente la convivencia social.

## Toma de Postura

- Consideramos que la teoría de infracción del deber, aplicable al delito de incumplimiento de deberes funcionales, como instrumento teórico es útil para elaborar e interpretar el referido tipo penal identificando al autor de la infracción. Sin embargo, en este caso, el legislador penal no ha ido más allá que sancionar la mera infracción. Lo que requiere una revisión. En efecto, al sancionarse únicamente la “ilegalidad” del incumplimiento de “algún acto de su cargo”, ausentes de otros criterios, éstos, no resultan ser suficientes para sustentar el injusto penal de cara al principio de mínima intervención del Derecho Penal.
- En efecto, al encontrarnos frente a un tipo penal abierto, si bien se ha comprobado que este criterio normativo, legalista contenido en el tipo penal (“ilegalmente”) cumpliría con los estándares exigidos por el principio de legalidad; sin embargo, el mismo, ausente de otros criterios o elementos propios del tipo objetivo, requiere el desarrollo de otros elementos normativos, descriptivos que recojan y reflejen la protección de un nuevo bien jurídico protegido.
- En ese sentido, se ha verificado que, a la fecha, el tipo penal al comprender como conductas penalmente relevantes todo el plexo normativo que regula los deberes propios del cargo en el aparato estatal, invade competencias del derecho administrativo sancionador.
- Consideramos que resulta indiscutible que el “normal funcionamiento de la administración pública” constituye un bien jurídico que merece protección penal dentro del título de los “delitos contra la administración pública”. Sin embargo, resulta necesario desarrollar un bien jurídico específico propio del delito de incumplimiento de deberes funcionales. Ello, de cara al principio de mínima intervención. En ese sentido, atendiendo a su naturaleza de delito residual, consideramos que, el mismo, debe recoger de los otros delitos contra la administración

pública, el bien jurídico protegido, y, en un plus reforzar la protección de los intereses vitales para asegurar una mejor protección “normal funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico general.

- Consideramos que, el tipo penal debe ampliarse para comprender como autor, no solo al funcionario público, sino además al servidor público. Ello, en atención que, el aparato estatal, a la fecha es enorme, no solo en su personal, sino en sus funciones y, muchas veces, el manejo y responsabilidad material de temas muy importantes queda en manos de los mismos.
- Los Tres verbos rectores que se encuentran insertos en el tipo penal deben ser reemplazados por uno, “incumplir”. Ello, en razón que, al encontrarnos frente a un delito de infracción de deber, en la consumación de éste es irrelevante si el mismo se realiza mediante una acción u omisión.
- El elemento normativo de remisión “algún acto de su cargo” debe ser eliminado del tipo penal por cuanto, el mismo, no registra ningún aporte al momento de delimitar la conducta penalmente relevante de cara al principio de mínima intervención del Derecho Penal.
- Se requiere que el delito de incumplimiento de deberes funcionales sea un delito de resultado, en el que se exija ya sea la afectación o amenaza real y concreta de un bien jurídico específico que refleje la protección de la dignidad de la persona, la vida, la salud o integridad física de la misma. Además, el patrimonio del Estado; la seguridad o el orden público; la defensa nacional; el orden económico o financiero; o el normal funcionamiento de los servicios públicos básicos de primera necesidad. Todos estos elementos que guardan estricta relación con la normal convivencia y cuya afectación tengan su origen en el incumplimiento de función.

- Por otro lado, se propone el estudio de las responsabilidades penales que les corresponderían a los funcionarios de las empresas privadas las cuales al tener el manejo de servicios muy importantes como la salud, comunicaciones, sistema financiero, seguridad, etc. Se debe asegurar el cumplimiento de sus deberes a favor de la persona humana y sociedad.

## Propuesta de Solución al Problema

- ❖ Nuestra propuesta es la modificación inmediata de la norma que contempla actualmente el delito de incumplimiento de deberes funcionales, elaborando un nuevo tipo penal como propuesta normativa. El mismo debe ser residual, pluriofensivo y de resultado. También se debe superar las serias deficiencias de técnica legislativa que adolece el tipo penal vigente, adecuando su estructura al respeto del principio de mínima intervención. Para ello, en principio, respecto del agente, no solo se debe comprender al funcionario público, sino además al servidor público atendiendo con ello a las importantes responsabilidades que actualmente recaen en este último y cuyo cumplimiento se debe garantizar. Asimismo, se debe reforzar de su estructura el elemento “ilegalmente” para darle mejor cobertura de protección al bien jurídicamente protegido con otros elementos que ayuden a identificar y delimitar mejor la conducta penalmente relevante de cara al principio de mínima intervención del Derecho Penal.
- ❖ Por otro lado, atendiendo a la moderna doctrina del funcionalismo del derecho penal, los tres verbos rectores (“omitir”, “rehusar” y “Retardar”) deben ser reemplazados por uno que comprenda a todos: incumplir.
- ❖ Dividiendo en dos grandes grupos los intereses protegidos, en los primeros, por su importancia y trascendencia, no se le debe ingresar como una cuestión previa el requerimiento. En los segundos sí. Por otro lado se debe exigir identificar y citar la norma dejada de cumplir.
- ❖ Se debe trabajar la estructura del tipo penal, adicionando al elemento “ilegalmente” (el cual es un elemento normativo de carácter objetivo), elementos subjetivos que refuercen el dolo como es el caso del “propósito final del agente, obtener un beneficio para si o para otro”.
- ❖ Luego, el incumplimiento del deber debe estar reforzado con un resultado: poner en grave peligro o la afectación directa o material de bienes jurídicos específicos. De esta manera se delimitará mejor la conducta penalmente relevante de cara al principio de mínima intervención del Derecho Penal.

- ❖ En ese sentido el elemento “algún acto de su cargo” deberá ser eliminado, quedando en su reemplazo deberes específicos en atención al principio de mínima intervención.
- ❖ Debe aumentarse la pena evitando un tipo penal simbólico al prescribir las causas.

## **CAPITULO III**

### **Consecuencias de la implementación de la propuesta**

Como consecuencia de la implementación de la propuesta de la lege ferenda que se va a proponer, contaremos con un tipo penal moderno que se ajuste a los requerimientos del principio de mínima intervención. Con respeto a la dignidad humana y acorde a los bienes jurídicos que se pretende proteger.

### **Beneficios que aporta la Propuesta**

Los beneficios que va aportar nuestra propuesta de aprobarse la modificación de la norma son las siguientes:

#### **En el plano normativo:**

Se va a contar con una legislación más técnica, mejorada, acorde al principio de mínima intervención. Con un tipo penal coherente delimitando sensiblemente las conductas penalmente relevantes a afectaciones de bienes jurídicos específicamente determinados, concretos y cuya amenaza o afectación menoscaben la normal convivencia social.

#### **En el plano judicial:**

Se va a reducir la carga procesal tanto en las procuradurías, Ministerio Público y Poder Judicial habilitándose un espacio de atención a casos más relevantes, ello como consecuencia directa de la reducción de las conductas penalmente relevantes. Distinguiéndolas de las faltas administrativas.

#### **En el plano internacional:**

Al haberse comprobado que muchas legislaciones contemplan similar figura penal, con la nueva propuesta legislativa se va a fijar un rumbo a tomarse en cuenta para una moderna legislación.

**En el plano Académico:**

Relacionados a propiciar el necesario debate jurídico que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada.

Otro de los beneficios inmediatos que trae la propuesta, es la denuncia del abuso del Derecho penal que realiza el Estado para buscar la solución de problemas estructurales del Estado utilizando al derecho penal como herramienta. Obligándolo a implementar una política de Estado que atienda las necesidades de la administración pública.

## Conclusiones

- El Estado, protege bienes jurídicos a través de sus diversas disciplinas normativas. Las principales, en este caso, el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. Entre ambas no existe una diferencia cualitativa, sino responden a una determinada política criminal y contexto social. El derecho penal, está llamado a la protección de los valores esenciales, imprescindibles, ya sean estos del individuo o de la sociedad.
- La actual redacción del tipo penal objetivo del delito de incumplimiento de deberes funcionales, al contener un criterio legalista, desarrolla como bien jurídico específico “la legalidad en el desempeño del cargo de un funcionario público”. Ello, al verificarse que, éste, únicamente sanciona los incumplimientos ilegales.
- Sin embargo, el término “ilegalmente”, a estar acompañado únicamente con el elemento normativo de remisión “algún acto de su cargo”, no desarrolla un bien jurídico acorde con el principio de mínima intervención.
- Respecto de la primera hipótesis secundaria, se verifica que el tipo penal que regula el delito de incumplimiento de deberes funcionales, sí cumple los estándares exigidos por el Tribunal Constitucional para los tipos penales en blanco toda vez que el núcleo esencial de la prohibición (conducta prohibida), o, el núcleo duro de la conducta típica se encuentra descrita en la norma remisiva (incumplimiento de deberes funcionales) la cual se encuentra regulada en la ley dentro de nuestro plexo normativo. La obligación se encuentra inserta en la norma complementaria. La misma que sin embargo, debe ser citada como requisito de procedibilidad de la denuncia penal.
- Respecto de la segunda hipótesis secundaria, se tiene que la norma

dirigida al funcionario público ¡no incumplas ilegalmente algún acto propio de tu cargo! resulta genérica comprendiendo todo el universo de incumplimientos muchos de los cuales no tienen mayor repercusión social, más aún cuando no fija criterios válidos como la determinación de intereses o bienes concretos amenazados o afectados. Está demostrado que, el elemento normativo “algún acto propio de su cargo”, efectúa un aporte delimitativo insuficiente en la estructura de la conducta penalmente prohibida.

- Resulta necesario reducir sensiblemente el marco de comprensión normativa que abarca actualmente el tipo penal. Reduciendo su marco de remisión normativa. Atendiendo únicamente a conductas que importen una grave amenaza o afectación a bienes jurídicos imprescindibles para la protección de la persona humana, de su dignidad, la sociedad y la normal convivencia.
- Respecto de los criterios para el diseño del nuevo tipo penal. Se ha establecido que, en la teoría de los delitos de infracción de deber, carece de relevancia práctica, si la misma, se materializa ya sea mediante una acción u omisión, En consecuencia, resulta necesario reemplazar los tres verbos rectores que actualmente posee el tipo penal por uno solo. El incumplimiento.
- El núcleo sustantivo del injusto no puede ser una mera y formal <<infracción de un deber>>, el cual puede ser una ratio incriminatoria, pero jamás un valor penalmente tutelado de manera independiente. Se busca en ese sentido recoger del plexo normativo bienes jurídicos de concreta realización que se traduzcan en la protección de la persona humana, su dignidad, valores necesarios para su realización acordes con la normal convivencia en sociedad.
- En la presente tesis se ha logrado determinar que la teoría de infracción de deber no debe ser tratada como una herramienta dogmática

autosuficiente en sí misma. Es decir, no basta que un funcionario público infrinja formalmente un deber propio de su cargo para acudir al derecho penal. Nuestra postura, es que esa infracción de deber en efecto puede ser el punto de partida para la creación de un tipo penal, pero, se debe trabajar los intereses concretos, tangibles que merecen protección penal. La sola infracción del deber no puede ser un valor tutelado. Ello, en estricta observancia del principio de mínima intervención.

- En consecuencia, se ha determinado que, en los delitos de infracción de deber, específicamente en el delito de incumplimiento de deberes funcionales, no se debe abarcar como conductas penalmente relevantes todo incumplimiento cometido por funcionario público, sino, se debe determinar solo conductas concretas propias del ejercicio de cargo. Incluso se debe ir más allá: exigir un resultado que efectivamente lesione o ponga en peligro un determinado, concreto y específico bien jurídico cuya protección resulte necesaria para asegurar la normal convivencia social, atendiendo así al principio de mínima intervención del derecho penal, definiendo concretamente el bien jurídico protegido más allá del normal funcionamiento de la administración pública.

## **Recomendaciones**

### **En el marco académico y doctrinario**

Reafirmar, a nivel de los estudios universitarios en las diferentes Facultades de Derecho que, en la protección de bienes supraindividuales, deben realizarse sobre la base de una esmerada técnica legislativa, que tenga como propósito el destierro de la construcción de tipos penales basados en bienes jurídicos de contenido abstracto, impalpable, descritos con conceptos bajo los cuales uno no puede imaginarse nada suficientemente concreto. En ese sentido, “el normal desarrollo de la administración pública” como bien jurídico resulta a la fecha anónimo, amplio, genérico y omnicomprendivo y, por lo mismo, en los delitos de infracción de deber se debe identificar, dentro de ese amplio universo, los intereses que merecen protección penal para cada delito especial que se contempla, atendiendo a que su afectación o amenaza altere la normal convivencia y paz social.

En ese mismo sentido, se debe promover un análisis crítico de la norma penal, promoviendo textos que no se agoten en la pura exposición las leyes penales vigentes.

Por último, atendiendo al proceso de privatización de muchos servicios de primera necesidad, consideramos urgente poner en debate académico la naturaleza y el grado de responsabilidad en la que incurrirían los empleados de las empresas privadas cuyo incumplimiento de deberes funcionales afecten o pongan en grave peligro la salud, la vida de las personas o la normal convivencia social.

### **En relación al marco institucional del Estado**

Dada la problemática denotada en la estructuración típica del delito de incumplimiento de deberes funcionales, el Poder Judicial y el Ministerio Público, a través de sus órganos de investigación y perfeccionamiento,

deberán realizar una efectiva labor de análisis de cada uno de los delitos de infracción de deber contemplados en el Código Penal a efectos de lograr una legislación coherente que rescate el principio de mínima intervención.

El Congreso de la República debe implementar la inmediata reestructuración del artículo 377 del Código Penal conforme a la propuesta legislativa que alcanza el presente trabajo.

## **Propuesta de lege ferenda**

### **Modificaciones legislativas**

De conformidad con lo desarrollado proponemos la modificación inmediata del artículo 377° del Código Penal de la siguiente manera.

Artículo 377° El funcionario o servidor público que, ilegalmente, incumple un deber propio de su cargo con el propósito de obtener un beneficio para sí o para otro; que ponga en grave peligro o afecten: la vida, salud o integridad física de una persona; los intereses patrimoniales del Estado; la seguridad o el orden público; la defensa nacional; el orden económico o financiero, será reprimido con tres a seis años de pena privativa de la libertad y con trescientos sesenta a seiscientos días multa. Cuando el incumplimiento ponga en grave peligro o afecten el normal funcionamiento de los servicios públicos básicos de primera necesidad se exige requerimiento previo el cual debe ser absuelto dentro del plazo de 48 horas. En todos los casos se debe identificar de manera expresa la norma que regula el deber incumplido.

## Referencias bibliográficas

Abanto Vasquez, M. (2003). *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima., Perú.: Grijley.

Abanto Vásquez, m. (2020). Modelos de Protección Penal del Patrimonio Público. En *La Corrupción, Criminología, Derecho Penal Parte General y Especial, Compliance, Procesal Penal y Ejecución Penal*. (pág. 188/190). Lima: Editores Centro.

Abanto Vasquez, M. (s.f.). *El Tratamiento Penal de los Delitos Contra la Administración Pública*. Recuperado el 20 de setiembre de 2016, de [www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos\\_aa.doc](http://www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc).

Adriasola, G. (2004). Juez, Legislador y Principio de Taxatividad en la construcción del Tipo Penal. En *Penalista Liberal, Controversias nacionales e internacionales en el Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Homenaje a Manuel Rivacoba Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi.

Arismendi Amaya, E. (2018). *Manual de Delitos Contra la Administración Pública. Cuestiones Sustanciales y Procesales*. Lima: Instituto Pacífico.

Arismendiz Amaya, E. (2018). *Manual de Delitos Contra la Administración Pública. Cuestiones Sustanciales y Procesales*. Lima: Instituto Pacífico.

Benavides Chiller, A. (2016). *El Delito de Fraude del Funcionario Público*. Madrid: Bosch Editor.

Buompadre, J. E. (2009). La responsabilidad Penal del funcionario Público en el área de la Administración. Abuso de poder político y económico. En L. Reyna Alfaro, *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.

Carcausto Calla, R. J. (2008). "la responsabilidad civil de fiscales por incumplimiento de sus funciones de titulares de la carga de la prueba juliaca 2001 – 2005". Recuperado el 14 de marzo de 2022, de <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/793>

Carlos Tucto Rodil/José Luis Francia Arias. (2015). *Código Penal Nota y Jurisprudencia*. Lima-Perú.: Jurista Editores.

Caro Jhon, J. A. (2016). *Summa Penal. Penal.Procesal Penal.Penitenciario. Toda la Jurisprudencia vinculante, relevante y actual en un solo volumen*. Lima-Perú: Nomos&Thesis.

Corcoy Bidasolo, M. (2012). Crisis de las Garantías Constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales. En *Constitución y Sistema Penal, Derecho Penal Criminología*. Madrid: Marcial Pons.

Creus, C. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astrea.

Danós Ordoñez, J. (s.f.). *Notas Acerca de la Potestad Sancionadora de la Administracion Publica*. Recuperado el 18 de setiembre de 2018, de ius et veritas

pucp:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>

De Fuentes Baraji, J. (2005). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra, España: Thomson-Aranzadi.

Donna, E. A. (2008). *Delitos Contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Rubilzal-Culzoni. Editores.

Fernández Gonzales, M. (2006). *La nueva Justicia Penal frente a la Constitución*. Santiago, Chile: Lexis Nexis.

Flávio Gomes. (2004). Norma Penal, Bien Jurídico, Principio de Ofensividad y Lineamientos de la Teoría Constitucional del delito. Buenos Aires: Hammurabi.

Flávio Gomez, L. (2004). Norma Penal, Bien Jurídico, Principio de Ofensividad y Lineamientos de la Teoría Constitucional del delito. En J. L. Coord. Guzman Dalboca, *Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba* (pág. 302). Buenos Aires: Hammurabi.

Frisancho Aparicio, M. (2000). *Delitos Contra la Administración de Justicia*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

García Caverro, P. (2012). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Jurista Editores.

Garcia Navarro, E. (2015). LA OMISIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Recuperado el 14 de marzo de 2022, de <http://e-spacio.uned.es/fez/view/tesisuned:Derecho-Egarcia>

García Pablos de Molina, A. (2009). *Derecho Penal Parte General Fundamentos*. Lima-Perú: Jurista Editores.

Gomez Mendez, Alfonso; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. (2004). *Delitos Contra la Administración Pública*. Bogotad: Sigma Editores. S.Ltda.

H. Robinson, P. (2012). El Papel que corresponde a la Comunidad en la

determinación de la responsabilidad penal y de la Pena. En *Constitución y Sistema Penal* (pág. 41). Madrid: Marcial Pons.

Hurtado Pozo. (2015). *Compendio de Derecho Penal Económico*. Lima-Perú.: Fondo Editorial PUCP.

Hurtado Pozzo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Grijley.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano Gonzales, Trads.) Madrid: Marcial Pons.

Joachim Hirsch, H. (2004). Problemas Actuales de la Legislación Penal propia de un Estado de Derecho. En *El Penalista Liberal, controversias nacionales e internacionales en el Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Homenaje a Manuel Rivacoba Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi.

Luzón Peña, D. M. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Euro Editores S.R.L.

Mir Puig, C. (2016). *Comentarios a los delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.

Mir Puig, S. (2013). *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: Euro Editores S.R.L.

Molina Arrubla, C. M. (2000). *Delitos Contra la Administración Pública Conforme con el Nuevo Código Penal*. Bogotá.: Leyer.

Montoya de Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.

Montoya de Vivanco, Yvan; Chanjan Document,Rafael; Novoa Curich Yvana; Rodriguez Vásquez, Julio; Quispe Farfán, Fany. (2013). Lima: IDEHPUCP.

Muñoz Conde, F. (2004). *Teoría General del Delito*. Bogota: Temis.

Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes. (2015). *Teoría General del Delito*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Navas Moncada, I. (2018). *Deberes Negativos y Positivos en el Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nieto García, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, España: Tecnos.

Núñez Paz, M. A. (2016). *Los delitos de Omisión, discusión histórica vigente en torno al "NO HACER" desvalorado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Orts, M. P. (2012). *Introducción al Derecho penal de la Administración pública*. Recuperado el 17 de mayo de 2018, de Derecho & Sociedad, (39),: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13062>

Paricoto Simón, M. J. (2018). : "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". Recuperado el 14 de marzo de 2022, de <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2903>

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2013). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Idemsa.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo V. 3ra edición*. Lima: Idemsa.

Peña Cabrera, R. A. (2016). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Prado Saldarriaga, V. (2010). *Determinación Judicial de la Pena*. Lima: Idemsa.

Prittwitz, C. (2004). Sociedad de riesgo y Derecho Penal. En *El Penalista Liberal, controversias nacionales e internacionales en el Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Homenaje a Manuel Rivacoba Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi.

Reátegui Sánchez, J. (12 de noviembre de 2021). *analisis-dogmatico-delito-abuso-autoridad-articulo-376-codigo-penal*. Obtenido de Legis Pe: <https://lpderecho.pe/analisis-dogmatico-delito-abuso-autoridad-articulo-376-codigo-penal/>.

Regis Prado, L. (2003). *Bien Jurídico Penal y Constitucional*. Brasil: Ara Editores E.I.R.L.

Reyna Alfaro, L. M. (2009). El Bien Jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública. En R. A. Luis, *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores.

Rodriguez Devesa, J. M., & Serrano Gomez, A. (1995). *Derecho Penal Español Parte General*. Madrid: Dykinson.

- Rodriguez López, Pedro; Sobrino Martinez, Ana I. (2008). *Delitos Contra la Administración Pública*. Madrid: Bosch S.A.
- Rojas Vargas, F. (1999). *Jurisprudencia Penal*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, F. (1999). *Jurisprudencia Penal Comentada*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima-Perú: Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2013). *Derecho Penal Estudios Fundamentales de la Parte General y Especial*. Lima: Gaceta Penal.
- Rojas Vargas, F. (2016). *Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por los funcionarios públicos*. Lima, Perú: Nomo&Thesis.
- Roxin, C. (1979). *Teoría del Tipo Penal -Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*. (E. Bacigalupo, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Roxin, C. (2002). *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. (M. Conde, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Roxin, C. (2004). La Protección de la Vida Humana mediante el Derecho Penal. En *Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2009 B). *Derecho Penal Parte General* (Segunda ed., Vol. I). (G. C. Luzón Peña, Trad.) Madrid, España: Civitas S.L.
- Roxin, C. (2009). El Injusto Penal en el Campo de tensión entre la Protección de Bienes Jurídicos y Libertad Individual. En *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?* Córdoba, Argentina: AD HOC.
- Roxin, C. (2013). *Sistema del Hecho Punible Acción e Imputación Objetiva*. Argentina: Hammurabi.
- Roxin, C. (2016 B). *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2016). *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Lima: Grijley.
- Sala Penal Permanente. Casación N° 169-2012-Ancash, f.j. 06. (12 de setiembre de 2013).
- Sala Penal Permanente. R.N. N° 2347-2008-Lima, f.j. 03. (21 de enero de 2019).
- Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2005-2010-Tacna, f.j. 06. (18 de julio de 2011).

- Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2021). *Autoría y Participación en los Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima: Palestra Editores.
- Sanchez- Vera Gomez-Trelles, J. (2002). *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Sancinetti, M. A. (2006). *Casos de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Schünemann, B. (1991). El Sistema Moderno del Derecho Penal Cuestiones Fundamentales. En *Estudios en Honor a Claus Roxin*. Madrid: Tecnos. S.A.
- Siccha, R. S. (2021). *Autoría y Participación en los DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS*. Lima: Palestra Editores.
- Silva Sánchez, J. M. (2000). *Política Criminal y Persona*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La Expansión del Derecho Penal. aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (2006). *El delito de omisión, concepto y sistema* (2 ed.). Buenos Aires, Argentina: Euro Editores S.R.L.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum Pasionis*. Barcelona: Atelier.
- Solis Espinoza, A. (2017). *Criminología Panorama Contemporáneo*. Lima: Adrus D&L Editores SAC.
- Tribunal Constitucional, Exp, 0010-2002- AI/TC, f.j 139.
- Tribunal Constitucional, Exp, 0010-2002- AI/TC, f.j 51.
- Tribunal Constitucional, Exp, 2758-2004- HC/TC, f.j 3.
- Tribunal Constitucional, Exp. 0010-2002-AI/TC, fj, 44 y siguientes..
- Tribunal Constitucional, Exp. 2050-2002-AA/TC, f.j. 08 (28 de mayo de 2003).
- Tribunal Constitucional. Exp. 2192-2004-AA/TC, fj 05.
- Tribunal Constitucional: Caso Comunicación de Operaciones Sospechosas, Expediente 0006-2014-PI/TC (Tribunal Constitucional 05 de marzo de 2020).
- Urquiza Olaechea, J. (2014). Límites al Derecho Penal en Dogmática del Derecho Penal Material y "Procesal Penal y Política Criminal Contemporánea. En H. a. SCHÜNEMANN. Lima: Gaceta Penal.
- Urquiza Olaechea, J. (2016). *Código Penal Práctico*.

*Concordancias/Doctrina/Jurisprudencia/Evolución Legislativa.* Lima-Perú.: Gaceta Jurídica.

Urquiza Olachea, J. (2021). *Derecho Penal Principios Fundamentales.* Lima: Gaceta Jurídica.

Velásquez Velásquez, F. (2014). ¿Principio de Legalidad o Principio de Ilegalidad? En *Dogmática del Derecho Penal material Procesal y Política Criminal Contemporáneas. Homenaje a Berd Schüneman.* Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal Parte General.* Lima: Ara Editores.

Villavicencio Terreros, F. (2007). *Derecho Penal Parte General.* Lima: Grijley.

Villegas Paiva, E. A. (2021). *Compendium Delitos Contra la Administración Pública Todo lo que la doctrina y la jurisprudencia han dicho sobre los delitos que afectan a la Administración Pública.* Lima-Perú.: Gaceta Jurídica.

Visueta Fernandez, J. (2003). *Delitos contra la Administración Pública: Estudio Crítico del Delito de Cohecho.* Granda: Comares.

Wessels, J/Beulke,W/Satzger,H. (2018). *Derecho Penal Parte General, el delito y su estructura.* (R. Pariona Arana, Trad.) Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal.* Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2017). *Derecho Penal Humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI.* Buenos Aires: Hammurabi.