



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**Una revisión del delito de abuso de autoridad: A propósito  
de la Casación N.º 950-2018/Tumbes**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Shanderson Aldahir Juarez Navarro**

**Asesor(es):  
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán**

**Piura, agosto de 2023**

### **Aprobación**

La tesis titulada “Una revisión del delito de abuso de autoridad: A propósito de la Casación N.º 950-2018/Tumbes”, presentada por el bachiller Shanderson Aldahir Juarez Navarro en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Ronald Henry Vélchez Chinchayán.



Director de Tesis





### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Shanderson Aldahir Juarez Navarro, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 74966879.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:  
“Una revisión del delito de abuso de autoridad: A propósito de la Casación N.° 950-2018/Tumbes”  
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis<sup>1</sup> para optar el Título profesional<sup>2</sup> de Abogado.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
  - Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, identificado con DNI N° 44287102
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 01/08/2023.

Firma del autor optante<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

<sup>2</sup> Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

<sup>3</sup> Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

## **Dedicatoria**

A Rosa, mi madre: todo, siempre.



## **Agradecimientos**

En principio, al principio, por los dones y bendiciones recibidas.

A mis amados padres, hermanas y hermanos, por ser mi mayor soporte y fuente de inspiración, día tras día.

A mis maestros académicos y laborales, por sus enseñanzas profesionales, pero, sobre todo, personales; en especial, al Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, por la amistad, apoyo y confianza depositada.

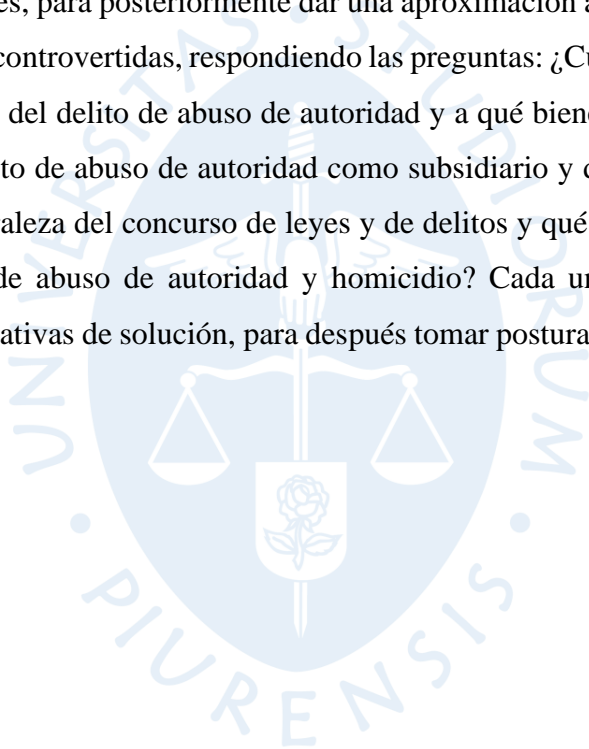
A los compañeros que han formado y forman parte de mi vida, por su cariño y aliento.



## Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad hacer una revisión del delito de abuso de autoridad estipulado en el art. 376 del CP; pero, lejos del clásico análisis conforme se realiza en los manuales de Derecho penal, estudiando cada uno de sus elementos típicos configurativos, de manera casi exegética; en esta investigación, se tomarán en cuenta tres ejes temáticos esenciales que se abren en mérito a la decisión que emite la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Cas. N.º 950-2018/Tumbes, como son: el contenido del perjuicio como elemento típico objetivo, su carácter subsidiario y la aplicación del concurso de leyes o de delitos con otros tipos penales recogidos en el CP peruano.

Se partirá de referencias tanto doctrinarias como jurisprudenciales de estos tres frentes claramente identificables, para posteriormente dar una aproximación a un mejor entendimiento de las figuras jurídicas controvertidas, respondiendo las preguntas: ¿Cuál es el contenido propio y esencial del perjuicio del delito de abuso de autoridad y a qué bienes jurídicos afecta? ¿Qué implica calificar al delito de abuso de autoridad como subsidiario y de qué clase de delitos lo sería? ¿Cuál es la naturaleza del concurso de leyes y de delitos y qué criterio se aplica cuando concurren los delitos de abuso de autoridad y homicidio? Cada uno de los ejes temáticos presenta diversas alternativas de solución, para después tomar postura respecto a los escenarios planteados.



## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 1 Hacia un horizonte no tan claro .....</b>	<b>18</b>
1.1 Preámbulo .....	18
1.2 ¿Cómo se entiende el elemento configurador del tipo: “perjuicio”? .....	20
1.2.1 Algunas posiciones doctrinarias .....	20
1.2.2 Algunas posiciones jurisprudenciales .....	28
1.3 ¿Cómo se entiende la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad? .....	31
1.3.1 Algunas posiciones doctrinarias .....	32
1.3.2 Algunas posiciones jurisprudenciales .....	38
1.4 ¿Tiene lugar un concurso de leyes o un concurso de delitos? .....	42
1.4.1 Algunas posiciones doctrinarias .....	42
1.4.2 Algunas posiciones jurisprudenciales .....	47
<b>Capítulo 2 Hacia un entendimiento de las figuras jurídicas controvertidas .....</b>	<b>53</b>
2.1 El contenido del perjuicio en el delito de abuso de autoridad .....	53
2.1.1 El perjuicio como daño .....	53
2.1.2 ¿Perjuicio potencial o efectivo? .....	56
2.1.3 La gravedad del perjuicio.....	59
2.1.4 Alternativas de contenido del perjuicio en el delito de abuso de autoridad (Con la propuesta del Dr. Pablo Sánchez-Ostíz) .....	61
2.2 El contenido de la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad .....	66
2.2.1 La subsidiariedad como residualidad.....	66
2.2.2 Sobre la clasificación de los delitos contra la administración pública según el Código Penal peruano y una propuesta de clasificación de estos delitos cometidos por funcionarios públicos .....	67
2.2.3 Alternativas de solución del entendimiento del carácter subsidiario .....	72
2.3 La aplicación del concurso de leyes o de delitos entre el delito de abuso de autoridad y otros tipos penales.....	77
2.3.1 Esencia .....	77
2.3.2 Sobre el concurso de leyes o aparente de delitos .....	77
2.3.3 Respecto al concurso de delitos .....	92
2.3.4 Alternativas de aplicación de los concursos entre el delito de abuso de autoridad y homicidio .....	100

<b>Conclusiones .....</b>	<b>110</b>
<b>Lista de abreviaturas .....</b>	<b>116</b>
<b>Lista de referencias .....</b>	<b>117</b>
<b>Documentos legales y jurisprudenciales.....</b>	<b>118</b>



## Lista de tablas

Tabla 1	Criterios doctrinarios en el entendimiento del elemento típico perjuicio del delito de abuso de autoridad.....	27
Tabla 2	Criterios doctrinarios en el entendimiento del carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad.....	38
Tabla 3	Criterios doctrinarios en el entendimiento del concurso del delito de abuso de autoridad con otros tipos penales.....	47
Tabla 4	Concepciones de los principios operativos o subprincipios del principio de mínima intervención del Derecho penal o última ratio.....	60
Tabla 5	Clasificación de los bienes jurídicos según Pablo Sánchez-Ostíz.....	62
Tabla 6	Acción conjunta del delito de abuso de autoridad y homicidio simple, en los hechos de la Cas. N.º 950-2018/Tumbes.....	109



## Lista de figuras

Figura 1	Principio de especialidad del concurso de leyes, representado en teoría de conjuntos .....	82
Figura 2	Principio de subsidiariedad del concurso de leyes, representado en teoría de conjuntos .....	86



## Introducción

El uso de una potestad pública conlleva una gran responsabilidad por parte de aquel que la ostenta, ya que, de una u otra manera, las acciones que realiza afectan directamente a la institución pública que representan y al Estado en forma mediata. Es así que muchas veces, lamentablemente, las conductas que se realizan en vinculación de estos deberes funcionales se ejercen de manera extralimitada, es decir, van más allá de las funciones que le competen a determinado funcionario o servidor público.

La finalidad que busca el Estado para frenar las actuaciones extralimitadas del ejercicio del poder público, se puede evidenciar político-criminalmente a partir de la penalización de estas conductas a través de los tipos penales contra la Administración pública; una modalidad es la de abuso de autoridad, prevista en el art. 376 de nuestro CP peruano<sup>1</sup>.

A pesar de que la tipificación de este delito ha tenido diversos cambios en cuanto a los elementos configurativos que denota el supuesto de hecho abstracto criminalizado, siendo el más importante la supresión de la palabra “cualquiera” que iba seguida del elemento “acto arbitrario”, que, según la doctrina mayoritaria, le dota de menor generalidad al injusto penal e incluso para algunos autores<sup>2</sup> ya no debería calificarse como “genérico”, no es menos cierto que la subsunción de los supuestos fácticos en este delito, sigue siendo una actividad cuanto menos difícil de realizar, no solo en cuanto a la interpretación de algunos elementos de su tipicidad objetiva<sup>3</sup>, sino que, existen cuestiones importantes que aún no quedan del todo

---

<sup>1</sup> Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

<sup>2</sup> En ese sentido, Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018) cuando precisan: “Con la nueva modificación del tipo penal en cuestión ya no encontramos razones para continuar con una interpretación genérica ni subsidiaria [...] No luego de la supresión del vocablo ‘cualquiera’” (p. 36).

<sup>3</sup> En principio, se cuestiona quién puede ser sujeto activo de este delito. Un sector de la doctrina peruana, en el que se encuentra el conocido doctrinario Salinas Siccha, considera que solo puede ser agente, el funcionario público, atendiendo a que el tipo penal solo menciona a este y, para el criterio de “ordenar”, necesariamente debe ser sujeto activo quien puede hacerlo, tomando en consideración el concepto administrativo de “funcionario público” como aquel que puede dar órdenes en su sector de actividad. En específico, expresa: “solo se constituyen en agentes los funcionarios públicos, siempre y cuando se encuentren en el normal desempeño de sus funciones [...] Los servidores públicos están excluidos como agentes del delito de abuso de autoridad” (2019, pp. 262-263); en el mismo sentido, Peña Cabrera (2016) y Rojas Vargas (2007). Pues bien, sobre este entendimiento, sostenemos que, si bien hay tipos penales donde el legislador solamente considera al funcionario público y no al servidor público, como se da en el art. 376 del CP que es materia de análisis, también existen tipos penales donde se les diferencia (como por ejemplo el delito de Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos, estipulado en el art. 314 del CP), así como, en la gran mayoría de delitos contra la administración pública, se les menciona a ambos indistintamente (como por ejemplo los delitos de peculado y colusión, estipulados en los arts. 384 y 387 del CP, respectivamente); esta interpretación siempre debe ir ligada a la consideración que se tiene en la vía penal y no adoptando criterios extrapenales como las definiciones en el derecho administrativo o civil, ya que en nuestro CP existe el art. 425 donde no se diferencia en absoluto a los funcionarios y servidores públicos, siendo lo relevante el título

resueltas o que, al menos, merecen debate, tales como la interpretación del contenido de su elemento típico “perjuicio”, la forma de entender su carácter subsidiario y la aplicación de concursos de leyes o de delitos con otros tipos penales.

En ese último sentido, cabe analizar la Cas. N.º 950-2018/Tumbes de fecha 27 de noviembre de 2019, la cual enuncia el análisis de los siguientes supuestos de hecho concretos<sup>4</sup>: El 12 de noviembre de 2013, alrededor de las 22:00 horas, *Jeyri Kevin Julca Dávila*, suboficial de Tercera PNP, de 20 años de edad, se encontraba a bordo de la unidad policial de placa de rodaje N.º KE-10864 junto al suboficial de Segunda PNP Argenis Roland Cruz Oyola, pertenecientes a la Comisaría de San José (Tumbes), quienes se desplazaban por la Calle Bolívar de norte a sur, a la altura de la estación de bomberos; en este lugar, advirtieron la presencia de un vehículo conocido como “Lucho” que circulaba en la misma dirección a gran velocidad y observaron que en su interior iban dos sujetos de sexo masculino, quienes presuntamente transportaban combustible de procedencia extranjera y, al notar la presencia policial, incrementaron la velocidad, lo que dio lugar a la respectiva persecución donde se intercambiaron disparos, dos de los cuales impactaron en el vehículo que trasladaba al personal

---

de habilitación como tal y el ejercicio efectivo de funciones públicas; por eso, es este concepto amplio y extensivo el que debe tenerse en cuenta, resultando totalmente innecesaria su diferenciación entre funcionario o servidor, ya que ambos pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración pública tipificados en nuestro Código.

Otro punto a considerar es la pregunta sobre el sujeto pasivo. Para ello, siempre debemos tener en cuenta que al tratarse de un delito contra la administración pública, es un delito de infracción de deber (positivo) relacionado con la institución Estado; en consecuencia, el sujeto pasivo o agraviado siempre será el Estado, representado por la Procuraduría Pública de la entidad pública con la que el o los agentes tienen relación funcional. Quizás se esgrime una duda ya que el tipo penal para consumarse exige un “perjuicio a alguien”, pero ese “alguien” es una persona natural o jurídica que no será la agraviada del delito, sino la perjudicada con el acto arbitrario realizado por el agente y, por ende, puede constituirse como “actor civil”; o lo que es lo mismo, se habla del Estado como sujeto pasivo del delito, y a la persona natural o jurídica como sujeto pasivo de la acción.

Asimismo, el entendimiento de “abuso de atribuciones” equivale a la extralimitación de estas funciones públicas que ostenta el sujeto activo, dada su relación funcional con la entidad estatal a la que pertenece y representa, es decir, realiza acciones que van más allá de lo que se le encomienda y “se desvincula por su propia voluntad” (Vílchez, 2021, p. 223), entendiéndose esta desvinculación con la institución Estado a la que le unen deberes positivos.

En esa misma línea, lo que comete el agente del delito es un “acto arbitrario”, en cuyo contenido concordamos nuevamente con Vílchez Chinchayán (2021) quien aduce que lo es “no porque provenga de alguien que es o no competente, sino porque no está fundado en Derecho, no tiene cabida en el sistema penal” (p. 227), de este modo es como se diferencia la conducta típica del delito de abuso de autoridad, con la establecida en el delito de usurpación de funciones.

<sup>4</sup> Se debe tener en cuenta que los hechos de la Casación materia de análisis, tienen algunos vacíos en datos que no quedan del todo comprendidos; es el caso de los vehículos que interfirieron la persecución policial (uno de ellos el conducido por el perjudicado fallecido), de los cuales no se ha confirmado si su finalidad era evitar que sigan persiguiendo a los presuntos delincuentes, por lo que equivaldría hacerse la pregunta: ¿eran cómplices?; por otro lado, no se tienen fehacientemente clarificados algunos datos como, por ejemplo, si la esposa del fallecido perjudicado se había sometido o no a la fuerza pública, al momento de emitir el disparo. Sin embargo, a efectos de esta investigación, solamente nos centraremos en los hechos que aparecen como probados en el pronunciamiento supremo esgrimido.

policial interviniente, siendo que, dicha persecución concluyó por las inmediaciones del cruce formado por las Avenidas “24 de julio” y “Navarrete”, donde intempestivamente se acoplaron dos vehículos más, lo que impidió la intervención del primer automóvil, el cual finalmente logró fugarse. En estas circunstancias, *Jeyri Julca Dávila* bajó de la unidad policial e intervino el vehículo de placa de rodaje N.º FP-3272 que se interpuso, que era conducido por Manuel Enrique Benites Jiménez, quien iba acompañado de su esposa Viviana Anaís Torres Conde y su menor hija; es del caso que *Julca Dávila* efectuó disparos y se acercó al vehículo, produciéndose una discusión con la Sra. Torres Conde y un ulterior altercado, sin embargo, pese a que la detención del conductor ya se había producido, el efectivo policial efectuó un último disparo que impactó en el parabrisas posterior del automóvil, insertándose en la cabeza de Manuel Benites Jiménez quien finalmente falleció producto de dicha acción.

En los hechos esgrimidos, en primera instancia se condenó a *Jeyri Kevin Julca Dávila* como autor del delito de homicidio simple, a 9 años de pena privativa de libertad, así como a 1 año de pena privativa de libertad por el delito de abuso de autoridad, es decir, 10 años en total; asimismo, mediante apelación, se varía su condena imponiéndose 8 años de pena privativa de libertad por el delito de homicidio simple y 1 año de pena privativa de libertad por el delito de abuso de autoridad, esto es, 9 años en total. Sin embargo, mediante la Casación citada, se reforma la sentencia que motiva la alzada y se le impuso al encausado 5 años y 6 meses de pena privativa de libertad, solamente por el delito de homicidio simple.

La Corte Suprema, con su referida decisión, abre tres frentes claramente identificables: Por un lado, la pregunta respecto a cuál es el contenido del perjuicio causado para ser merecedor de protección en la vía penal, específicamente en el delito de abuso de autoridad; en segundo lugar, el entendimiento del delito de abuso de autoridad como subsidiario; y, finalmente, la discusión de si en el caso concreto se debe aplicar un concurso de leyes o un concurso de delitos.

Respecto a la primera cuestión, debemos preguntarnos sobre el contenido del “perjuicio” que funciona como elemento típico objetivo para configurar el delito *sub examine*; debiendo tenerse en cuenta que conforme a los pronunciamientos de la Corte Suprema y tal como lo ha adoptado la doctrina mayoritaria, no todo perjuicio “a alguien” es merecedor de tutela penal. En ese entendimiento, es preciso hacerse la siguiente pregunta: ¿Qué tipo de perjuicio “a alguien” es el que se sanciona en el tipo penal de abuso de autoridad? ¿Cuál es su alcance? Contando con tres propuestas de solución, integrando nuestro análisis en virtud a la clasificación de bienes jurídicos del Dr. Pablo Sánchez-Ostíz Gutiérrez (2020), tenemos:

- El delito de abuso de autoridad ampara el perjuicio que afecte cualquier bien jurídico de ese “alguien”, sin importar la clase o gradualidad; esto es, sean esenciales, secundarios o funcionales.
- El delito de abuso de autoridad ampara solamente el perjuicio que afecte los bienes jurídicos funcionales de ese “alguien”, mas no los bienes jurídicos esenciales y secundarios.
- El delito de abuso de autoridad solamente ampara el perjuicio que afecte los bienes jurídicos funcionales; así como, las lesiones que no tengan la entidad suficiente para su reproche, de los bienes jurídicos esenciales y secundarios de ese “alguien”; de tal modo que, si se afecta con dicha entidad los bienes jurídicos esenciales o secundarios, estaríamos inmersos en un concurso de delitos.

Sobre la segunda cuestión, el Tribunal Supremo peruano, hace referencia a la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad, en los siguientes términos:

Es de recordar que, además, el tipo penal de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 233]. Es un delito *subsidiario* de otros más graves [ABOSO, GUSTAVO EDUARDO: Código Penal de la República Argentina, Quinta Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2018, p. 1352]. (2019, f.j. 4, p. 5; la cursiva es nuestra).

En concordancia con lo citado, equivale preguntarnos: Si se admite al delito de abuso de autoridad como *subsidiario*, ¿de qué delitos podría serlo? ¿Puede ser subsidiario del delito de homicidio simple? Se tienen cinco alternativas de solución de las preguntas expuestas:

- El delito de abuso de autoridad puede ser subsidiario de cualquier delito tipificado en el CP peruano.
- El delito de abuso de autoridad puede ser subsidiario de cualquier delito tipificado en el CP peruano, siempre y cuando el sujeto activo sea un funcionario o servidor público.
- El delito de abuso de autoridad solamente puede ser subsidiario de los delitos contra la administración pública en general (Título XVIII del CP peruano); por ende, también podría ser subsidiario, por ejemplo, de los delitos contra la administración de justicia, ya que se encuentran sistemáticamente dentro del mismo Título.
- El delito de abuso de autoridad solamente puede ser subsidiario de los “delitos cometidos por funcionarios públicos”, según la estructura del Capítulo II del Título XVIII del CP

peruano; por lo que, incluiría a los delitos de colusión, negociación incompatible, cohechos y otros.

- El delito de abuso de autoridad solamente puede ser subsidiario de los delitos denominados como “delitos de abuso”, según la propuesta de estructura de sistematización de los delitos contra la administración pública del Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.

En cuanto a la tercera cuestión, la Corte Suprema Nacional entiende los fundamentos fácticos descritos como un solo hecho histórico, precisando que no se trata de dos hechos distintos; es decir, que la intervención, así como el disparo que le ocasionó la muerte a la víctima, forman parte de la misma conducta abusiva. Se argumenta que:

El contexto del hecho, sin duda, fue una actuación de intervención claramente errónea y abusiva, pero la conducta y el resultado final de la conducta del imputado fue disparar contra el agraviado y matarlo. Se trata de un todo unitario –unidad de acciones naturales– mediante un accionar progresivo en un estrecho contexto físico y temporal. (2019, f.j. 4, p. 5).

Lo anteriormente esgrimido, se sustenta en que el Tribunal Supremo entiende que, en el presente caso, a diferencia de la solución en las instancias inferiores:

se está ante un concurso aparente de leyes o unidad de ley resuelta por el principio de alternatividad en función a la estructura lógica de subordinación, propia del principio de especialidad [HURTADO POZO, JOSÉ – PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: Manual de Derecho Penal – Parte General, Tomo II, Cuarta Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 234/235].

Así las cosas, el concurso aparente de leyes permite concluir que de dos o más tipos penales, es aplicable solo uno: en el presente caso, el tipo penal de homicidio simple. (2019, f.j. 5, p. 6).

Sobre el concurso de leyes, su aplicación implica la prohibición de la tipificación en exceso, es decir, el desvalor de la conducta se puede reconducir sobre la base de un solo precepto desplazante que ya engloba el sentido jurídico-penal por el cual se criminaliza el tipo penal desplazado. Por ello, en principio, nos preguntaremos: ¿se debió aplicar este tipo de concurso? Y en el caso de que fuese positiva la respuesta, ¿fue adecuado el criterio utilizado? Ante lo esgrimido, se tienen cuatro alternativas de solución para el caso concreto:

- Entender que la relación entre el delito de abuso de autoridad y homicidio simple se debe solucionar con la aplicación del concurso de leyes y el criterio de alternatividad; tal como lo entiende la Corte Suprema.

- Entender que la relación entre el delito de abuso de autoridad y homicidio simple se debe solucionar con la aplicación del concurso de leyes, pero con otro criterio -esto es, consunción, subsidiariedad o especialidad-, ya que la alternatividad actúa como una cláusula de cierre cuando no es posible aplicar los demás criterios.
- Entender que la relación entre el delito de abuso de autoridad y homicidio simple se debe solucionar con la aplicación del concurso de delitos, bajo el criterio del concurso real; tal como lo entienden las instancias inferiores a la Corte Suprema.
- Entender que la relación entre el delito de abuso de autoridad y homicidio simple se debe solucionar con la aplicación del concurso de delitos, bajo el criterio del concurso ideal

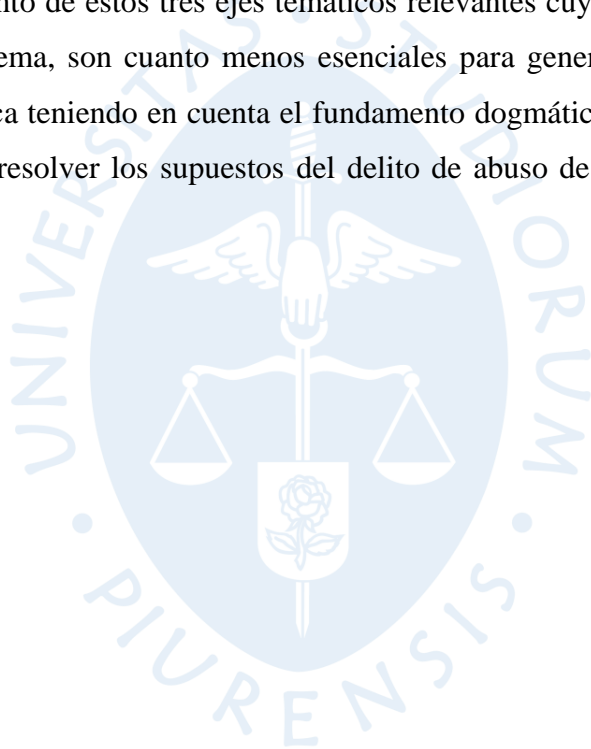
Por lo tanto, en principio, aunque parezca que el título de la presente investigación alude a un estudio casi exegético del delito de abuso de autoridad -tal como lo hacen los manuales de Derecho penal parte especial, empezando por precisar quiénes son los sujetos activo y pasivo del ilícito, pasando por estudiar cada uno de sus elementos típicos objetivos, para finalizar con la referencia a la tipicidad subjetiva y la consumación-, este trabajo no pretende de ningún modo aludir a cada uno de los elementos que se requieren para subsumir un supuesto de hecho concreto al supuesto de hecho abstracto del art. 376 del CP. En contrapartida, se realizará un análisis del entendimiento del elemento específico *perjuicio* y su gravedad, en concordancia con los bienes jurídicos afectados; el carácter *subsidiario* del delito de abuso de autoridad en relación a otros tipos penales; y, la aplicación del *concurso de leyes o delitos* entre el delito *sub examine* y otros ilícitos, aterrizando a la relación que existe entre este y el delito de homicidio simple estipulado en el art. 106 del CP.

La estructura de esta investigación consta de dos partes (capítulos). La primera titulada “Hacia un horizonte no tan claro” que es en realidad lo que existe cuando nos referimos a las figuras jurídicas que analizaremos, cuya falta de claridad se encuentra en su concepción, características o relaciones; para lo cual, haremos alusión a algunas posiciones doctrinarias (referencias de autores nacionales especialistas en Derecho penal) y jurisprudenciales (casaciones y recursos de nulidad de la Corte Suprema peruana) en cuanto a la comprensión de cada uno de los tres ejes temáticos examinados.

En la segunda parte, denominada “Hacia un entendimiento de las figuras jurídicas controvertidas” intentamos dar una aproximación respecto a la interpretación de los temas que son materia de investigación, empezando por la naturaleza del *perjuicio en el delito de abuso de autoridad*, su gravedad y las alternativas de contenido según la afectación a determinados bienes jurídicos, utilizando la clasificación del Dr. Pablo Sánchez-Ostíz; asimismo, la naturaleza del *carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad*, brindando también

alternativas de solución respecto a de qué delitos puede ser subsidiario, haciendo énfasis en la propuesta de reinterpretación de los delitos contra la administración pública que plantea el Dr. Ronald Vélchez Chinchayán; finalmente, tocaremos la *aplicación del concurso de leyes o de delitos entre el delito de abuso de autoridad y otros tipos penales*, precisando los fundamentos dogmáticos del concurso de leyes y del concurso de delitos, estudiando de forma didáctica (a través de la aplicación de la teoría de conjuntos) cada uno de los principios del primero (especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad) y los tipos del segundo (ideal y real), para cerrar con las alternativas de aplicación de concursos entre el delito de abuso de autoridad y homicidio simple, que son los tipos penales confrontados en la Cas. N.º 950-2018/Tumbes.

Con todo lo expresado, el escenario no es desesperanzador; por el contrario, las dudas respecto al entendimiento de estos tres ejes temáticos relevantes cuya discusión se ha abierto con una decisión suprema, son cuanto menos esenciales para generar debate y estimar una interpretación específica teniendo en cuenta el fundamento dogmático de las figuras jurídicas aludidas, que permita resolver los supuestos del delito de abuso de autoridad en la práctica jurídica.



## Capítulo 1

### Hacia un horizonte no tan claro

#### 1.1 Preámbulo

El Poder Judicial, mediante Proyecto de Ley N.º 4187/2010-PJ, propone modificar, entre otros artículos, el art. 376 del CP peruano, que venía siendo redactado de este modo: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, *en perjuicio de alguien*, un acto arbitrario *cualquiera*, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de *dos* años [...]” a este: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, un acto arbitrario *que cause un grave perjuicio a alguien*, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de *tres* años [...]”.

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú - mediante “Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley Nro. 4287/2010-PJ que propone modificar los artículos 376º, 384º, 387º, 388º, 389º, 400º y 401º del Código Penal, reforma de los delitos contra la administración pública” de fecha marzo de 2011- al evaluar el Proyecto de Ley ya referido, expresa que la propuesta de eliminación de la palabra “cualquiera” que iba seguida del elemento configurador “acto arbitrario” es correcta, ya que: “Ello le permite al operador jurídico una mejor pauta de interpretación del acto arbitrario en su relación con el acto abusivo y el perjuicio ocasionado a tercera persona” (2011, p. 2).

Sin embargo, respecto a la propuesta de incluir el adjetivo “grave” al elemento configurativo “perjuicio” justificado en que: “el cambio no es meramente terminológico, sino que tiene relación con la observancia del principio de subsidiariedad y fragmentariedad” (2011, p. 2), dicha Comisión enuncia:

El criterio de gravedad del perjuicio, trae obviamente problemas de definición, pues al ser el art. 376 un tipo penal genérico y subsidiario, es difícil precisar el contenido y los límites de la gravedad. No obstante, debe entenderse que los casos de perjuicio no grave son materia de dilucidación administrativa, en invocación del principio de *última ratio* que orienta la injerencia punitiva. Es bueno precisar, igualmente, que al someterse a la valoración de grave la conducta abusiva por parte del funcionario público, ello podría permitir que conductas realmente graves puedan quedar impunes, toda vez que será el justiciable quien deba probar en vía de investigación preliminar y en la investigación preparatoria (conforme el Nuevo Código Procesal Penal), el carácter grave de su perjuicio, con lo que se estaría invirtiendo las obligaciones probatorias por quien denuncia un hecho y termina siendo frustrado en sus expectativas de justicia material.

Ello dado que el Ministerio Público pocas veces asume un rol eficiente en la carga de la prueba y termina siendo el justiciable quien deba asumir ese rol a través de institutos procesales como el de la constitución de actor civil. (2011, pp. 2-3)

Por su parte, se acepta como consecuencia jurídica, la imposición de 3 años como extremo máximo, sustituyendo a los 2 años que primigeniamente estaban tipificados. En ese sentido, con el análisis ya aludido, el Congreso de la República mediante la Ley N.º 29703 - “Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública” publicada el 10 de junio de 2011, en su art. 1, modifica el art. 376 del CP, quedando la redacción actual del siguiente modo: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años [...]”.

Respecto a la valoración que emite la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, en cuanto a las razones por las que no acepta insertar el adjetivo *grave* al elemento “perjuicio” en la disposición contenida en el art. 376 del CP, tenemos que el legislador, en primer lugar, hace referencia a la problemática conceptualización de dicha gravedad, calificando aún como genérico y *subsidiario* al tipo penal en comento, no obstante, precisa que por el principio de mínima intervención del derecho penal o *última ratio*, siempre serán objeto de protección penal las conductas más graves, en consecuencia, solamente los actos arbitrarios que causen un perjuicio *grave* a alguien, serán merecedores de tutela penal. Con esa sola conclusión, nos damos cuenta que el legislador entra en contradicción con la finalidad de la modificación del tipo penal, ya que la propuesta de añadir el adjetivo *grave* justamente nace de la alegación de los subprincipios de subsidiariedad y fragmentariedad, que forman parte del principio general de *última ratio*, en cambio, los legisladores, usan este principio para rechazar la propuesta y concluir que, en mérito al cumplimiento de este, tácitamente ya se asume que solo los perjuicios graves son amparados por el derecho penal; aunado a ello, en nuestra opinión, el legislador es consciente de lo difícil que resulta definir la gravedad del perjuicio y sus límites con otras ramas jurídicas extrapenales, sin embargo, aun así, deja por sentado que en el derecho penal se dilucida la afectación *grave* -que no se sabe qué significa- a la persona natural o jurídica afectada y, los perjuicios que no tengan dicha gravedad, son materia de análisis en el derecho administrativo.

Pero, no solo eso, la Comisión Legislativa expresa una opinión en cuanto a la eficiencia y eficacia, o no, de la actividad fiscal, cuyo ente ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal pública y dicha facultad conlleva a diferentes atribuciones legales, concluyendo que: “El Ministerio Público pocas veces asume un rol eficiente en la carga de la prueba” (p. 3),

rechazando el elemento de “gravedad” a partir de una lógica procesal, para que de esta manera no se invierta su carga de la prueba en el perjudicado que es quien mayormente denuncia la causa ante las instancias respectivas, sean estas la Policía Nacional o el Ministerio Público.

Más allá de la valoración que se le pueda dar a la opinión que el legislador tiene sobre el ejercicio de la labor fiscal, tenemos que la causa de la redacción actual del art. 376 del CP, también atiende a razones meramente jurídico-procesales, en otras palabras, de una percepción negativa de la actuación fiscal.

Ante ello, debemos preguntarnos: ¿Estuvo bien la supresión del adjetivo *grave* al perjuicio ocasionado por el acto arbitrario, conforme a los argumentos de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República? En la práctica, ¿ayuda en algo esta supresión del término referido? ¿La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia peruanas, dejan de asumir la gravedad del perjuicio por estas razones formales-procesales o ya lo entienden tácitamente por el principio de *última ratio*? ¿Cuál es, finalmente, el contenido del elemento perjuicio y los límites de su gravedad? Con la supresión de la palabra “cualquiera”, ¿continúa siendo un delito “genérico y subsidiario” conforme lo sigue calificando el legislador? ¿Qué implica su calificación como subsidiario? ¿Cómo influye su naturaleza con la aplicación de concursos de leyes o de delitos con otros tipos penales?

Veamos a continuación, algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales peruanas de estos tres ejes temáticos relevantes en el entendimiento del delito de abuso de autoridad: el contenido del elemento típico “perjuicio”, su carácter subsidiario y la aplicación de los concursos -ya sea de leyes o de delitos- con otros tipos penales.

## **1.2 ¿Cómo se entiende el elemento configurador del tipo: “perjuicio”?**

### **1.2.1 Algunas posiciones doctrinarias**

Para entender la parte especial del derecho penal -es decir, los delitos que contiene el CP peruano-, los operadores jurídicos que pertenecen a instituciones públicas cuyas atribuciones están respaldadas en la emisión de una decisión sobre un caso concreto -llámese Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal pública y Poder Judicial como titular de las decisiones jurídico penales- recurren a destacados doctrinarios que analizan los tipos penales, en su mayoría de modo casi exegético, tomando en cuenta el sujeto activo, sujeto pasivo, la tipicidad objetiva (cada uno de sus elementos configurativos en el orden en que se describe literalmente la disposición), la tipicidad subjetiva y su consumación, en sus diversos manuales que ayudan a entender de mejor forma la configuración o no de los delitos, en un supuesto fáctico concreto.

En este apartado, se analizarán los argumentos que precisan algunos autores nacionales en cuanto al elemento “perjuicio” del delito de abuso de autoridad tipificado en el art. 376 del CP; no sin antes dejar en claro que el término perjuicio “a alguien”, se refiere necesariamente a una persona, ya sea natural o jurídica de derecho privado o público, distinta al Estado<sup>5</sup> -entiéndase a la institución pública a la que pertenece el funcionario o servidor público que habría cometido u ordenado el acto arbitrario cuestionado- y al mismo autor; es decir, se debe diferenciar al *agraviado* del *perjudicado*, o lo que es igual, distinguir al sujeto pasivo *del delito*, del sujeto pasivo *de la acción*. En los delitos contra la administración pública, no siendo distinto el delito de abuso de autoridad, el agraviado o sujeto pasivo del delito, siempre será el Estado, al ser esta la institución vinculada con los deberes positivos (de hacer) que debe cumplir el sujeto activo -funcionario o servidor público- que tiene una relación funcional; no obstante, el perjudicado o sujeto pasivo de la acción (acto arbitrario) será la persona natural o jurídica que sufre dicho acto extralimitado en el ejercicio de las funciones del agente.

Quedando ya delimitada la interpretación de ese “alguien”; en cuanto al contenido del elemento típico “perjuicio”, Salinas Siccha (2019) en su manual de delitos contra la administración pública, expone que:

Se produce el “perjuicio” cuando se ocasiona o existe la seria posibilidad de causar lesión o menoscabo a los derechos de otra persona natural o jurídica. El perjuicio está empleado en su acepción genérica, por lo mismo, puede ser de naturaleza económica, administrativa, de operatividad funcional, moral, política, civil, etc. (p. 259)

[...]

Es más, [...], sostenemos que jurisprudencialmente debe imponerse que no se trata de cualquier perjuicio, sino que este debe ser de magnitud grave para evitar en lo sucesivo que casos insignificantes y nimios lleguen a la administración de justicia penal. (p. 260)

De acuerdo con lo expresado, este reconocido autor es de la opinión de que el *perjuicio* es similar a *lesión o menoscabo* de diversos bienes jurídicos -de indistinta clase- que ostenta la persona natural o jurídica afectada con el acto arbitrario, asumiendo una interpretación tanto potencial (“seria posibilidad de causar”) como efectiva (“se ocasiona”) de este elemento típico; aunado a que, en el proceso subsuntivo de un caso concreto al supuesto de hecho abstracto de la ley penal (art. 376 del CP), este perjuicio, para que merezca tutela penal, debe ser necesariamente *grave*, de tal modo que, en función al principio de mínima intervención del

---

<sup>5</sup> Argumento válido también es: “si el legislador también hubiera querido referirse al Estado lo hubiera podido hacer, como sucede en la colusión (art. 384 CP) de modo expreso” (Vílchez Chinchayán, 2021, p. 231).

derecho penal o *última ratio*, no se lleguen a criminalizar conductas que serían irrelevantes penalmente; no añadiendo ningún otro dato adicional respecto al análisis de este componente.

Por su parte, Abanto Vásquez (2003) expone, sobre el perjuicio como elemento configurativo del tipo penal, lo siguiente:

Esta es una particularidad del C.P.P peruano que parece convertir en tipo de resultado a un delito que usualmente es considerado como de “mera actividad” [...]. (p. 232)

Pero el perjuicio no tiene por qué ser entendido como un perjuicio patrimonial, sino como la *posibilidad de cualquier menoscabo en intereses y derechos de cualquier persona* (“alguien”) distinta del propio funcionario. Así las cosas, lo usual en la práctica será que casi todos los actos abusivos dirigidos contra personas tenderán a causar algún perjuicio a alguien. Además, debe haber una relación entre el acto arbitrario y el “perjuicio para alguien”: el acto debe ser realizado precisamente para perjudicar a una persona concreta. Es posible, sin embargo, que se den actos abusivos sin este “perjuicio”, sobre todo cuando el abuso no se dirige específicamente contra alguna persona. Estos casos no son típicos del “abuso de autoridad”. (p. 233)

En ese aspecto, para este destacado doctrinario, el perjuicio se entiende siempre como la *posibilidad de causar menoscabo* a los derechos o intereses de la persona -natural o jurídica- que sufre la extralimitación de las funciones del sujeto activo, es decir, se asume un perjuicio solamente potencial, lo cual equivaldría a entender siempre al delito de abuso de autoridad como un delito de “mera actividad”, no interesando que se llegue a concretar la efectiva lesión a los bienes jurídicos de ese “alguien”. Aunado a ello, en el análisis que realiza de este elemento típico, no hace referencia a la gravedad o no del perjuicio supuestamente requerida para que sea tutelable penalmente, tal como se establece literalmente de la disposición del art. 376 del CP - no se añade el adjetivo *grave-*, por ende, con la sola posibilidad de ocasionar cualquier tipo de perjuicio -enfatisa que no solo patrimonial- al sujeto pasivo de la acción, sin establecer diferencias en su magnitud, ya se consuma<sup>6</sup> este delito.

Rojas Vargas (2007) plantea, en referencia al presupuesto típico materia de análisis en este apartado, que:

Se produce el “perjuicio” cuando se ocasiona daño, lesión o menoscabo a los derechos de otra persona. El perjuicio está empleado en su acepción genérica, por lo mismo, puede ser de naturaleza económica, administrativa, de operatividad funcional (para los

---

<sup>6</sup> Y así lo zanja en el apartado de “Consumación”, cuando es enfático en manifestar que: “se da cuando se lleva a cabo el acto arbitrario tendiente a perjudicar a alguien. Es un delito de mera actividad, aunque la referencia “en perjuicio de alguien” parezca indicar que se trata de un delito de resultado” (Abanto, 2003, p. 236).

negocios, trámites, viajes, etc.), moral (a la imagen del afectado: persona natural o jurídica), aflictiva, política, civil, etc. Es evidente que el perjuicio al poseer naturaleza amplia no necesariamente está circunscrita a los de contenido patrimonial, sin embargo hablar de posibilidad de perjuicio (perjuicio potencial) para ampliar el significante de dicho componente del tipo de abuso genérico de autoridad, supondría perder los límites de la lesividad derivada de la conducta típica. Incluso en los casos de órdenes de contenido arbitrario, la norma penal exige perjuicio. Cuando el legislador ha querido diseñar un esquema de apertura que excede el perjuicio efectivo ha acudido a fórmulas tales como “puede resultar algún perjuicio” (artículo 427 del Código Penal). (p. 236)

Según lo dicho, Rojas Vargas -al igual que Abanto Vásquez- asume la concepción de perjuicio como sinónimo de *daño*, *lesión* o *menoscabo* de los derechos de la persona natural o jurídica sobre quien recae el acto funcional extralimitado, de cualquier tipo, esto es, no se entiende este perjuicio solamente de contenido patrimonial, sino de indeterminada clase, tal como lo vienen refiriendo los autores hasta ahora citados. No obstante, el aludido doctrinario no estima la posibilidad de hablar de un perjuicio potencial, por el contrario, asumirlo de este modo, en sus palabras, significaría “perder los límites de la lesividad derivada de la conducta típica” (Rojas, 2007, p. 236), por ello, Rojas Vargas entiende al delito de abuso de autoridad como un delito de resultado lesivo<sup>7</sup>, precisando que incluso cuando se “ordena” el acto arbitrario, se hace imperativo causar efectivamente un perjuicio al sujeto pasivo de dicha acción, poniendo como referencia que el legislador, de haber querido formular en la descripción del art. 376 del CP, una posibilidad de causarlo, lo hubiese hecho, tal como lo refiere en el delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documentos, sancionado en el art. 427 del CP<sup>8</sup>.

Por otro lado, Peña Cabrera Freyre (2016), en mérito al estudio del elemento típico “perjuicio”, expone:

<sup>7</sup> Reafirma esta postura cuando menciona: “la diferencia observable entre las modalidades cometer u ordenar no es de grado de desarrollo ejecutivo del delito, sino de esferas de imputación al sujeto activo. [...] en ambos casos hay *resultado lesivo*” (Rojas, 2007, p. 233; la cursiva es nuestra).

<sup>8</sup> Artículo 427.- El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso *puede resultar algún perjuicio*, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado. (la cursiva es nuestra)

Abanto Vásquez escribe que el perjuicio no tiene por qué ser entendido como un perjuicio patrimonial, sino como la posibilidad de cualquier menoscabo en intereses y derechos de cualquier persona (alguien) distinta del propio funcionario.

[...]

Lo anotado propicia un estado de incoherencia entre las modalidades de abuso de autoridad, en tanto el supuesto de ordenar, al ser de simple actividad, no requiere acreditar la efectiva causación de un perjuicio; sin embargo, en el supuesto de cometer la realización material de la acción puede identificarse a su vez con la concretización del perjuicio.

Se produce el perjuicio cuando se ocasiona lesión o menoscabo a los derechos de otra persona [citando a Rojas Vargas]; cuando un ciudadano se ve realmente perjudicado por la orden del funcionario, la pérdida de un bien, la privación de libertad, el pago de una multa pecuniaria, etc.

El perjuicio debe ser actual e inminente, descartándose aquel, cuya probabilidad es de baja producción. (p. 215; el agregado en corchetes es nuestro)

El académico peruano referido, toma postura coincidiendo con Rojas Vargas, en que el perjuicio es sinónimo de *lesión* o *menoscabo*, siempre a los derechos de la persona que soporta el acto arbitrario; además, en concordancia y mencionando a Abanto Vásquez, asume que este puede ser de cualquier tipo, no solamente patrimonial o económico. Por su parte, apunta a diferenciar el tipo de perjuicio -potencial o efectivo- según la clase de delito y el verbo rector al que se refiera; es decir, será potencial cuando se configura como uno de mera actividad (verbo “ordenar”) y efectivo cuando se relacione con el verbo rector “comete” erigiéndose como un delito de resultado. Aunado a ello, no se hace alusión a la gravedad o no que debe contener el elemento típico *sub lite*.

Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018) son enfáticos en considerar que la frase “en perjuicio de alguien” que se utiliza en el art. 376 del CP:

resulta irrelevante en el tipo, ya que todo “acto arbitrario” genera, necesariamente, un perjuicio, sea al particular o a la Administración. La cuestión es establecer que se debe tratar no de cualquier daño, sino de uno grave, que amerite la intervención penal. (p. 19)

Esgrimen, sobre el tipo de delito, que como hemos visto, tiene relación con el perjuicio potencial o efectivo, lo siguiente:

No cabe duda de que los verbos rectores expresados en los vocablos “ordenar” y “cometer”, aun cuando en determinados casos concretos puedan tener una relación estrecha de continuidad, pueden muy bien diferenciarse como injustos penales

independientes, bien sea como un injusto penal de mera actividad (ordenar) o de resultado (ejecutar). (p. 40)

Con lo expuesto, se interpreta que estos autores entienden al perjuicio como sinónimo de *daño*, no precisando hacia qué, pero sí estableciendo que este también puede ser dirigido al mismo Estado -entendiéndose a la misma institución pública con la que el sujeto activo o autor tiene relación funcional- conforme así lo exponen posteriormente: “el perjuicio es inherente al acto arbitrario; sea al Estado o al particular o ambos al mismo tiempo” (Hugo y Huarcaya, 2018, p. 41). Asimismo, estos académicos mencionan y subrayan la característica de gravedad que debe tener el perjuicio o daño, de tal modo que merezca tutela en la vía penal, pero sin hacer referencia a los alcances de dicha gravedad, sino que, solo precisan que se trataría de un delito de mera actividad o de resultado, dependiendo del verbo rector que se cometa, sin relacionar esta clasificación con el tipo de perjuicio -efectivo o potencial-, no manifestando nada sobre ello.

Es menester referirnos a lo precisado por Arisméndiz Amaya (2018), quien luego de citar una definición de perjuicio del Diccionario de la lengua española de la RAE, entendido como aquel “Detrimiento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa” (s.f., definición 2), advierte que: “el perjuicio aludido tiene que ser “concreto” y no abstracto, es decir, cuantificable [...] deberá contener relevancia, esto es, la trascendencia suficiente para afectar al sujeto sobre el cual recae la acción típica” (p. 297). Ante ello, es importante resaltar que para este autor, tal parece que, al remitirse a una definición convencional, nada jurídica de “perjuicio”, tal como se ha citado, entendería al perjuicio como *detrimiento* a un determinado tipo, esto es, necesariamente patrimonial, no teniendo una adjetivación innominada, pero siendo siempre *relevante* para el agraviado de la acción funcional arbitraria.

Vílchez Chinchayán (2021) es de la opinión de que existe perjuicio cuando se produce la *posibilidad* real de un menoscabo o un *efectivo* menoscabo a los derechos de alguien (persona natural o jurídica privada o pública); haciendo precisiones respecto a su producción, la cual:

puede suponer uno en cuanto la relación del afectado con la Administración pública (ya sea, por ejemplo, porque no se le han reconocido determinados derechos, se le ha impedido acceder a un beneficio, etc.). Pero también puede entenderse como uno relacionado con la afectación de intereses de otra naturaleza. Por eso, por ejemplo, se pueden incluir aquellas afectaciones que se han producido a la vida, salud o integridad física, al honor o la intimidad, a la libertad. (p. 228)

[...]

Se ha discutido si el perjuicio debe ser efectivo o potencial. La discusión se ha zanjado con la redacción del tipo que alude a “causar perjuicio”. Aunque esto no impide, en mi opinión, que distingamos dos vías: entenderlo como un delito de peligro concreto o de anticipación (como se ha hecho, por ejemplo, al revisar el verbo rector ordenar) y de resultado de lesión (como podría ser la conducta “cometer”). (p. 230)

Por otro lado, en cuanto a su gravedad, explica que:

la omisión del legislador no ha impedido que la doctrina y los tribunales sostengan que si no es grave se resuelve en lo administrativo o es simplemente atípico. De esta forma quedarían excluidas ciertas inobservancias, por ejemplo, formales. Podemos pensar, así en errores en notificaciones y comunicaciones oficiales. (Vílchez, 2021, p. 230)

En ese entendimiento, el referido autor manifiesta que el contenido del elemento típico *sub análisis*, puede ser vinculado a la relación que tiene con la institución estatal a la que representa o a este menoscabo -potencial o efectivo- de los bienes jurídicos que le corresponden al tercero perjudicado, poniendo como ejemplo la vida, salud, libertad, honor, entre otros. De igual manera, expone que las meras inobservancias formales administrativas no forman parte del contenido típico del injusto penal en estudio, ya que ello no es un conflicto pasible de ser resuelto en la vía penal, sino en las vías extrapenales correspondientes. Asimismo, al igual que Peña Cabrera, diferencia la consideración de un perjuicio potencial o efectivo, según el verbo rector “ordenar” o “cometer” que realice el agente del delito, respectivamente; entendiéndose, en esa misma relación, como un delito de anticipación o un delito de resultado de lesión.

En consecuencia, de lo expresado doctrinariamente, el elemento “perjuicio” no parece quedar claro o hay muchas dudas, por ahora, respecto a su entendimiento, sobre todo por las características disímiles que aducen los reconocidos académicos nombrados líneas arriba, las cuales se condensarán en la Tabla 1.

**Tabla 1**

*Criterios doctrinarios en el entendimiento del elemento típico perjuicio del delito de abuso de autoridad*

<b>Autores Criterios</b>	<b>Salinas Siccha</b>	<b>Abanto Vásquez</b>	<b>Rojas Vargas</b>	<b>Peña Cabrera</b>	<b>Hugo y Huarcaya</b>	<b>Arisméndiz Amaya</b>	<b>Vílchez Chinchayán</b>
<b>Perjuicio ¿es sinónimo de..?</b>	Lesión o menoscabo	Menoscabo	Daño, lesión o menoscabo	Lesión o menoscabo	Daño	Detrimento	Menoscabo
<b>¿Hacia qué?</b>	Derechos de la persona	Derechos e intereses de la persona	Derechos de la persona	Derechos de la persona	No hace referencia	No hace referencia	Derechos de la persona
<b>¿A qué tipos de bienes jurídicos afecta?</b>	Cualquiera, de indistinta clase	Cualquiera, de indistinta clase	Cualquiera, de indistinta clase	Cualquiera, de indistinta clase	No hace referencia	Solamente patrimonial (al parecer es esta su interpretación)	Cualquiera, de indistinta clase
<b>¿Potencial o efectivo</b>	Potencial y efectivo	Solo potencial	Solo efectivo	Potencial y efectivo	No hace referencia	No hace referencia	Potencial y efectivo
<b>¿Necesita ser grave?</b>	Sí	No hace referencia	No hace referencia	No hace referencia	Sí	Sí (relevante)	Sí
<b>¿Es un delito de resultado o de mera actividad?</b>	No hace referencia, al parecer ambos	Mera actividad	Resultado	Ambos	Ambos	No hace referencia	Resultado (de anticipación o peligro concreto y de lesión)

En suma, podemos hacernos finalmente las siguientes preguntas: Al fin y al cabo, ¿está claro el contenido del perjuicio? ¿Es sinónimo de daño, lesión o menoscabo? ¿Es de tipo potencial o efectivo hacia los derechos de la persona perjudicada? Y, ¿a todos los derechos o solo a unos cuantos? Del mismo modo, ¿es un delito de resultado o de mera actividad? ¿Ello depende del entendimiento del perjuicio? o viceversa, ¿el perjuicio será entendido en modo distinto según sea un delito de mera actividad o resultado?

Por otro lado, al parecer, solo se protege el perjuicio “grave” aun cuando el legislador decidió no incluirlo en la redacción del tipo penal previsto en el art. 376 del CP, lo que equivaldría preguntarnos: ¿cuál fue la finalidad de la supresión legislativa del elemento “grave”, si finalmente se asume como un adjetivo esencial? e incluso, ¿cuándo es grave? Decidir si es grave o no, ¿depende del juez? ¿Qué criterios se deben tomar en cuenta para medir su gravedad?

### 1.2.2 *Algunas posiciones jurisprudenciales*

La Corte Suprema en la Cas. N.º 950-2018/Tumbes materia de análisis, alude al elemento típico “perjuicio”, para hacer referencia al carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad, citando a Abanto Vásquez del siguiente modo:

Es de recordar que, además, el tipo penal de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 233]. (f.j. 4, p. 5)

El razonamiento del Tribunal Supremo data en que, si el perjuicio forma parte de otro tipo penal (en el presente caso, el perjuicio se ha dado contra el bien jurídico vida que es protegido por el delito de homicidio simple), ya no se subsume en el delito de abuso de autoridad, sino en el más específico (conducta de matar criminalizada en el art. 106 del CP), desplazando la aplicación del art. 376 del CP en el caso concreto. De lo esgrimido, lo que nos interesa resaltar en este apartado son, por ahora, al menos estas dudas: ¿por qué en este caso se hace indiscutible la subsunción de las características del perjuicio a la vida, en el contenido del delito de abuso de autoridad? ¿Ya de por sí la afectación a la vida de una persona le da la gravedad suficiente que requeriría el elemento objetivo “perjuicio”? ¿Es este el nivel de gravedad -alto- que requiere el tipo penal para su configuración? Y si ese perjuicio es contenido por cualquier otro tipo penal claramente distinto ¿el de abuso de autoridad ya no se aplica?

Veamos el siguiente caso que la Corte Suprema de Justicia expone en la Cas. N.º 214-2020/Áncash, en el auto de calificación de fecha 1 de julio de 2021, teniendo como hechos concretos, los siguientes:

el 15 de junio de 2014, el sentenciado *Junior Elvis Gargate Chinchay* y su cosentenciado *Miguel Herginio Blas Valladares*, en su condición de efectivos policiales de la comisaría Rural de Anta, intervinieron a los agraviados Yen Emiliano Marhuay Tinoco y Francisco Eulogio Glandel Ramírez, pues el primero conducía su vehículo de placa N.º HIE-224 en estado de ebriedad. Ambos fueron trasladados a la comisaría a pesar de que este último no era conductor sino solo acompañante. En dicha dependencia fueron maltratados físicamente por los sentenciados con golpes de pie y puños en las diversas partes de sus cuerpos (cara, pierna, cintura). Marhuay Tinoco presentó policontusiones y laceraciones que determinaron un día de atención facultativa por tres días de incapacidad médico legal, mientras que Glandel Ramírez presentó policontusiones que

determinaron dos días de atención facultativa por cinco días de incapacidad médico legal. (2021, f.j. 11, p. 6; las cursivas son nuestras)

En mérito a los ya mencionados supuestos fácticos, el Supremo Tribunal razona del siguiente modo:

Con relación a la alegada falta de justificación de la configuración del acto arbitrario y de la norma extrapenal infringida, conforme con los hechos probados se tiene que radicó en los maltrato[s] físicos a los agraviados fuera del marco de una adecuada y regular intervención policial y que determinó inclusive, como ya se anotó, la comisión de la infracción grave de código G-65, establecida en el Decreto Legislativo N.º 1150 referida a maltratar a los intervenidos una vez reducidos o detenidos, causándole lesiones.

Si bien los policías en el cumplimiento de su labor se encuentran autorizados a utilizar la fuerza, debe ser ejercida dentro de los límites razonables para evitar excesos y resultados fatales, todo ello con respeto a la dignidad de las personas. Por tanto, el motivo casacional referido a la motivación insuficiente, carece manifiestamente de fundamento. (2021, f.j. 15, p. 9)

Del caso traído a colación, la Corte Suprema resuelve declarando nulo el concesorio e inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado *Junior Gargate Chinchay* condenado a 1 año de pena privativa de libertad por el delito de abuso de autoridad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo; aludiendo, por los argumentos descritos, que los temas de desarrollo jurisprudencial propuestos -uno de ellos y el que interesa destacar, referido a la exigencia de verificación de la infracción o no de una norma extrapenal en la función policial, que implica diferenciar esta conducta del acto arbitrario exigido en el tipo penal de abuso de autoridad- no se encuentran justificados doctrinaria ni jurisprudencialmente.

A mayor consideración, resaltamos en esta Cas. N.º 214-2020/Áncash, que el contexto del hecho es similar a los supuestos fácticos descritos en la Casación *sub lite* (N.º 950-2018/Tumbes), dado que también surge en el marco de una intervención policial que resultó en arbitraria al ser extralimitado el ejercicio de la función policial, generando un perjuicio a determinadas personas naturales. En específico, el perjuicio ha sido realizado al bien jurídico *integridad física* de Yen Emiliano Marhuay Tinoco y Francisco Eulogio Glandel Ramírez, quienes presentaron policontusiones en diversas partes del cuerpo, acreditadas con los Certificados Médicos Legales emitidos a cada uno, en los que se les prescribe, 1 día de atención facultativa por 3 días de incapacidad médico legal, así como 2 días de atención facultativa por 5 días de incapacidad médico legal, respectivamente, producto de los golpes de pie y puños

perpetrados por los efectivos policiales *Junior Elvis Gargate Chinchay* -quien interpone recurso de casación- y *Miguel Herginio Blas Valladares*.

Ante ello, equívale preguntarnos: los golpes hacia el cuerpo que dañan la integridad física, ¿ya de por sí forman parte del elemento típico perjuicio requerido para la configuración del delito de abuso de autoridad? Concordando con la Casación *sub estudio*, ¿el perjuicio que calza dentro del tipo penal, va desde los golpes hasta la muerte? ¿Solo entran en este concepto, perjuicios perceptibles por los sentidos? ¿Y si se vulnera la integridad psíquica? Por otro lado, ¿qué hubiera pasado si las lesiones físicas a Marhuay Tinoco y Glandel Ramírez tenían más días de atención facultativa e incapacidad médico legal? ¿configuraría el delito de lesiones y el delito de abuso de autoridad a la vez? Y si fuese así, ¿solo se aplicaría el delito de lesiones por concurso de leyes, como lo razonó la Corte Suprema en la Casación objeto de estudio?

Pero, al parecer, no siempre se da de esta manera tan clara la conceptualización del perjuicio y su gravedad. Veamos como referencia, los supuestos de hecho concretos que contiene la Apelación N.º 24-2015/Santa emitida con fecha 19 de mayo de 2017, la cual esgrime como Sumilla: “El delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; si no se acreditan dichos presupuestos cabe la absolución” (2017, p. 1), denotando la relevancia de acreditar la configuración de estos presupuestos típicos objetivos, en un caso concreto. La imputación fiscal de este caso versa del siguiente modo:

se atribuye a la señora *Carmen Antonia Berrocal Gonzáles*, que cuando desempeñaba el cargo de Fiscal Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Nuevo Chimbote, el 27 de marzo de 2012, a 16:30 horas aproximadamente; intercepta en tono prepotente, descortés y humillante al asistente administrativo Marco Antonio Cabrera Cabanillas, quien laboraba en la misma sede Fiscal, cuando este se disponía a retirar de la oficina, ubicada en el primer piso del inmueble sito en la Mz. K-4- lote 11, en el distrito de Nuevo Chimbote, luego de culminar su horario de trabajo. Que, esta actitud de la ahora acusada estaba motivada para que el Asistente, sin justificación alguna para ello, le entregara el maletín que portaba y lo amenazaba con levantar un acta si no accedía a su requerimiento; sin embargo, frente a la negativa del Asistente, lo cogió del brazo y le jaló el maletín, intentando arrebatárselo, no logrando su cometido; motivo por el cual la acusada ordenó al personal de vigilancia que le quitaran el referido maletín, indicándoles que la imputada era la fiscal, no obstante el Asistente trataba de explicarle lo que había en el interior del maletín. Posteriormente, luego de obtener el maletín, inmediatamente ordena a uno de los vigilantes que lo abra y revise, encontrando en su

interior, únicamente un táper de refrigerio y folletos de un curso organizado por la Escuela del Ministerio Público. (2017, f.f. 5, p. 7; las cursivas son nuestras)

El Tribunal Supremo consideró que no se considera acto arbitrario la actuación de la representante del Ministerio Público, ya que: “actuó con el ánimo de evitar la sustracción de pruebas que obran en las carpetas fiscales. Esto es, actuó en cumplimiento de uno de sus deberes como responsable de dicha documentación y ejerciendo actos de control directo para custodiarlos” (2017, f.j. 7.4, p. 11); sin embargo, aunado a ello y lo que amerita mayor detenimiento en este extremo, es que la Corte Suprema expresa que “para que se configure el delito de abuso de autoridad, se debe acreditar un perjuicio *relevante* a la parte afectada, lo que no se ha acreditado en autos” (2017, f.j. 7.6, p. 12; las cursivas son nuestras), es decir, para la judicatura, la intervención de la fiscal *Berrocal Gonzáles*, el jaloneo, arrebato y la revisión del maletín que llevaba consigo el asistente administrativo Marco Cabrera Cabanillas, no generó la suficiente *relevancia* que requiere el perjuicio para ser penalmente tutelado, considerando esta adjetivación como necesaria para que se configure el delito obrante en el art. 376 del CP.

Ante tal situación podemos preguntarnos: ¿Por qué no es *relevante* el perjuicio en el caso detallado líneas arriba? ¿Por qué en el caso de homicidio o daños a la integridad física no es discutida la gravedad del perjuicio, pero en este caso sí lo es? Si se afecta el derecho al honor de la persona, ¿no calza dentro del elemento “perjuicio” que exige el delito de abuso de autoridad, como elemento objetivo del tipo? Si el perjuicio es una lesión o menoscabo a los bienes jurídicos, ¿de qué bienes jurídicos debe ser para que se pueda subsumir la conducta en el delito de abuso de autoridad? E incluso, dentro de esos bienes jurídicos, ¿se debe graduar la gravedad de la lesión a este? ¿Por qué tipos de controles pasa ese perjuicio y su determinada relevancia? Son las interrogantes que, por lo pronto, se generan a partir de la consideración disímil de este elemento, por parte de la Corte Suprema de la República del Perú.

Ahora bien, con estas dudas que ocasionan las características del contenido del perjuicio, daremos pase al segundo eje temático referido a la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad, cuyo calificativo “subsidiario” se usa por diversos autores y jueces al momento de resolver determinados casos mediante la emisión de sentencias; pero, ¿se ha dicho en realidad a qué se refiere ese carácter subsidiario? O simplemente se usa como un adjetivo más de este injusto penal, adicional a otros como “genérico” o “residual”. Más allá de ello, ¿se dice de qué delitos puede ser subsidiario? Son las cuestiones sobre las cuales se tratará de dar un alcance en el siguiente apartado, según lo referido por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

### **1.3 ¿Cómo se entiende la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad?**

La Cas. N.º 950-2018/Tumbes, materia de análisis, enuncia lo siguiente:

el tipo penal de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 233]. Es un delito subsidiario de otros más graves [ABOSO, GUSTAVO EDUARDO: Código Penal de la República Argentina, Quinta Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2018, p. 1352]. (2019, f.j. 4, p. 5)

En ese entendimiento, la Corte Suprema refleja la subsidiariedad del tipo penal de abuso de autoridad, en que si sus elementos típicos de “acto arbitrario” y “perjuicio” forman parte de otros tipos penales (incluso comunes, como es el delito de homicidio), el primero no se aplica; asumiendo que -posicionados en los fundamentos fácticos del caso- el acto arbitrario del policía referido a matar a un civil causando un perjuicio a su bien jurídico vida, está dentro del supuesto de hecho abstracto del art. 106 del CP que consigna: “El que mata a otro”.

En esta misma línea, habría que preguntarse: ¿Las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales peruanas han desarrollado el contenido de la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad en referencia a otros delitos? ¿Cómo se asume ese concepto? ¿De qué tipos penales lo sería? ¿De cualquiera de los delitos contenidos en el CP? ¿Solo de algunos?

### **1.3.1 Algunas posiciones doctrinarias<sup>9</sup>**

Salinas Siccha (2019) hace alusión a la subsidiariedad del delito en estudio, en la argumentación del sujeto activo de este injusto penal, precisando que:

Los servidores públicos están excluidos como agentes del delito de abuso de autoridad. Incluso el carácter genérico y subsidiario del delito permite excluir como posibles autores a quienes cuentan con una mención especial, o mejor, no ingresan en este título de imputación los autores de abuso de atribuciones previstos ya como delitos independientes en la ley penal. (p. 263)

Es decir, hace referencia solamente a su carácter “genérico y subsidiario” en el sentido que, por dichas condiciones, además de no admitirse como agentes a las personas que no tengan la calidad de *funcionario público*, tampoco se admitirán a los funcionarios públicos cuya conducta de abuso de atribuciones ya esté enmarcada en tipos penales más específicos, dentro del CP peruano. No obstante, en ningún momento se precisa el contenido de la generalidad y

---

<sup>9</sup> No se tomará en cuenta en este apartado, las consideraciones dadas por Vílchez Chinchayán (2021) sobre el entendimiento del carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad, ya que en el presente trabajo de investigación se utilizará su propuesta para la determinación de su interpretación.

subsidiariedad del ilícito penal materia de estudio, ni se hace mayor alusión a esta característica, en el apartado en que se analiza.

El reconocido penalista Abanto Vásquez<sup>10</sup> (2003) establece, con rigurosidad, que:

La razón de ser de la inclusión de un tipo penal tan amplio (y por ello de dudosa constitucionalidad) parece radicar en el deseo de evitar vacíos. A través de este *abuso innominado* el legislador pretende abarcar aquellos casos que no pueden ser comprendidos por los tipos de “abuso específico” (concusión, exacciones, peculado, etc.). Por eso se admite que este tipo de “abuso innominado” solamente tendría aplicación supletoria: cuando los otros supuestos de abusos de autoridad específicos no sean aplicables. (p. 224-225)

[...] el tipo penal de “abuso de autoridad” es *subsidiario* de todos los tipos penales que impliquen delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios. Se dice que es un *tipo remanente* que es “aplicable sólo cuando el abuso no es el medio de comisión de otro delito”. P. ej, si el sujeto ha cometido peculado o prevaricato, también ha “abusado su autoridad”, pero sólo se les aplica el tipo penal de los primeros delitos; pero si faltare algún elemento que haga inaplicable estos, los hechos podrían subsumirse todavía dentro del “abuso de autoridad”. (p. 237)

En ese entendimiento, el citado autor nacional, en principio, duda de la constitucionalidad del tipo penal, argumentando que -se entiende, por motivos de política criminal- lo que ha querido hacer el legislador es no dejar impune las conductas que no calzan en los demás tipos penales contra la administración pública; de ahí que entienda la subsidiariedad del delito, como su aplicación supletoria, es decir, se configurará solamente cuando la conducta fáctica concreta no suponga un abuso que esté contenido en cualquier otro delito funcional, dado que, si lo está, solo se aplicará este último; por el contrario, si no se subsume en otro más específico, recién equivaldría hablar del tipo penal de abuso de autoridad como configurado, concluyendo además que será subsidiario de *todos* los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, incluso de los delitos contra la administración de justicia, lo cual podemos deducir ya que nombra como ejemplo el delito de prevaricato<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Es de precisar que este autor hace el análisis del delito de abuso de autoridad, con la redacción anterior que refería: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”

<sup>11</sup> Artículo 418.- Prevaricato  
El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Remontándonos a la cita que utiliza la Cas. N.º 950-2018/Tumbes *sub examine*, se alude a Abanto Vásquez para argumentar que el delito de abuso de autoridad “está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos” (Abanto, 2003, p. 233); sin embargo, contrastando con la cita verdadera, tenemos que posteriormente a esta alegación, el autor nacional agrega: “p. ej., exacciones ilegales, cohecho, peculado, etc.” (Abanto, 2003, p. 233), es decir, solo nombra como ejemplos delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, e integrando las referencias mencionadas párrafos arriba, esta es la teoría del penalista aludido. Ante ello, equivale preguntarnos: Entonces, ¿el delito de abuso de autoridad puede ser subsidiario del delito de homicidio simple como lo concluye la Corte Suprema? Si Abanto Vásquez entiende que es subsidiario de todos los delitos contra la administración pública funcionales, ¿por qué se utiliza esta referencia para concluir que es subsidiario de un delito común?

Por otro lado, Rojas Vargas<sup>12</sup> (2007) enfatiza, como característica principal del injusto penal establecido en el art. 376 del CP, lo siguiente:

Se trata de una figura *subsidiaria implícita*, tanto porque la regla de subsidiaridad se colige de su estructura típica y de su ubicación intrasistemática, como porque sólo resultará imputable a los actos del funcionario de no existir un tipo penal específico, en el Código Penal o leyes penales especiales, que dé cuenta de las características de tipicidad del supuesto de hecho. De darse tal circunstancia de subsunción, será preferida por principio de especialidad (aunque la pena sea menor), lo que implica la primacía de la norma especial sobre la genérica. (p. 215; la cursiva es nuestra)

Según lo dicho, el penalista peruano mencionado, asume que el delito de abuso de autoridad es *subsidiario* por la forma en que está redactado el tipo penal (de manera implícita), además porque se subsume en un determinado hecho solamente cuando los actos abusivos del sujeto activo vinculado al Estado, no encaja en otros tipos penales; no obstante, este autor hace referencia a la aplicación del subprincipio de especialidad en el concurso de leyes, ya que el tipo penal más específico desplazaría al tipo penal de abuso de autoridad que es más genérico; asimismo, no enfatiza que este delito sea subsidiario solamente de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, como sí lo hace Abanto Vásquez,

---

<sup>12</sup> Respecto a este autor nacional, también se cita las referencias que realiza en el estudio del delito de abuso de autoridad, con la redacción anterior: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años [...]”

por lo que cabe la duda en cuanto se podría interpretar que puede serlo de otros delitos no especializados, como lo asume la Corte Suprema con el caso *sub lite*.

El penalista Peña Cabrera Freyre (2016) enuncia que el delito de abuso de autoridad es “un ilícito penal subsidiario y residual, pues solo resulta de aplicación cuando los injustos especiales funcionariales no pueden cobijar en rigor, el comportamiento imputable al funcionario público” (p. 204), esto es, que solo se va a subsumir una conducta concreta, en la disposición contenida en el art. 376 del CP, cuando la conducta típica no calce en otros tipos penales -funcionariales- más específicos; del mismo modo lo reafirma posteriormente, precisando:

el tipo penal de abuso de autoridad cumple un rol complementario en la prevención de los injustos funcionariales, en el sentido de que solo resulta de aplicación (subsidiaria y/o residual) cuando las características del relato fáctico (objeto de imputación) no encajan en alguno de los contornos normativos que describen las conductas privativas de los delitos funcionariales más emblemáticos (peculado, concusión, malversación de fondos, etc.). (Peña, 2016, p. 216)

Es decir, en similar posición a la de Abanto Vásquez, para Peña Cabrera, la imputación del delito de abuso de autoridad solamente tendrá cabida si los supuestos fácticos concretos no se subsumen en la conducta típica de los delitos de función previstos en el CP; no obstante, los ejemplos que comenta, tales como peculado, concusión y malversación, son delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos, no quedando del todo claro si, por ejemplo, entran en esta subsidiariedad los delitos contra la administración de justicia como el prevaricato, cuyo tipo penal, según Abanto Vásquez, sí se percibe con esta condición.

En otro orden de ideas a los expuestos, Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018) enfatizan que:

El injusto se alejó de ser un tipo penal subsidiario; su *ratio legis* o la razón político-criminal de su creación antes así lo determinaba; por tanto, no es el reconocimiento de la doctrina lo que, en definitiva, determinaba su naturaleza subsidiaria, sino su propia construcción<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Comenta que el art. 376 del CP peruano de 1924, era redactado del siguiente modo: “El funcionario público que abusando de sus funciones ordenara o cometiere en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera, *no clasificado especialmente en la ley penal*, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena”; siendo que, la expresión resaltada en cursiva, ya no forma parte de la literalidad del tipo penal del CP actual del año 1991.

[...] No se conoce autor nacional que sostenga lo contrario o, dicho de otra manera, que sostengan que el injusto penal no tiene la condición o característica de ser un tipo subsidiario; de manera que existe consenso relativo en establecer tal condición. (p. 37)

Los citados autores, de manera tajante y directa, niegan de todo modo la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad, alejándose de la posición adoptada por la mayoría de doctrinarios peruanos y enunciando, de manera crítica, que el carácter subsidiario o no, no deriva de lo que opinen esta mayoría de penalistas, sino que se expresa a partir de la literalidad del tipo penal, cambiando su sentido en el CP de 1924 y en el actual de 1991, y por qué no decirlo, incluso en este último, ha tenido variaciones a lo largo de los años.

Aunado a ello, los aludidos autores Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018), precisan que el reconocimiento de la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad, podría llevar a las siguientes consecuencias:

- La subsidiariedad implica la exclusión de toda aplicación alternativa de los tipos penales funcionales de abuso (incumplimiento de deberes funcionales, omisión o retardo injustificado de apoyo judicial, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento o aceptación indebida de cargo); dado el carácter subsidiario del tipo de abuso de autoridad, este es excluido por el tipo principal (abandono del cargo, incumplimiento de deberes funcionales, etc.). Resulta que ninguno de estos tipos, denominados principales por exclusión de lo secundario, tiene un contenido que emerge del abuso de atribuciones. Ello operaría solo si ambos tipos mantienen una raíz emergente.
- Que el injusto penal abuso de autoridad no es un delito que posee autonomía propiamente, es decir, carece de supuestos típicos propios suficientemente determinados. Nosotros indicamos todo lo contrario, partiendo de que el contenido del acto arbitrario es la extralimitación de atribuciones.
- La subsidiariedad del tipo implica reconocer que, de darse el concurso aparente de leyes, este se resuelve por la regla de subsidiariedad, de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que la conducta del agente no cae dentro de otra modalidad de abuso de autoridad tipificado de manera especial, entonces, al agente se le sanciona por el delito de abuso de autoridad innominado, siempre que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito (acto arbitrario, resultado, etc.). Puede comprenderse lo contradictorio de aquella afirmación. (pp. 37-38)

De este modo, los penalistas referidos contraargumentan que los supuestos abusos de autoridad principales, como por ejemplo: el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales<sup>14</sup>, abandono de cargo<sup>15</sup>, nombramiento o aceptación ilegal<sup>16</sup>, entre otros, se aplicarían por el hecho de ser más específicos que el delito de abuso de autoridad que se tornaría en subsidiario de estos, no obstante, afirman que ello podría ser posible si el contenido de los tipos penales alegados como principales, tengan un contenido que provenga de un “abuso de atribuciones”, pero para su consideración, estos no tienen dicha concepción. Por otro lado, siguiendo estos preceptos, le dotan de total autonomía al injusto penal de abuso de autoridad; y, manifiestan que si se entiende como subsidiario, se aplicaría, en caso de darse un concurso de leyes, el subprincipio de subsidiariedad, sin embargo, según nuestra interpretación, Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos creen que en determinados supuestos, se aplica el principio de especialidad, ya que se argumenta que determinado tipo penal es más específico que el de abuso de autoridad y por ello se desplaza, no existiendo coherencia entre su adjetivación y el criterio usado en el concurso de leyes, para resolver los casos en concreto.

De lo mostrado hasta ahora, tal parece que el entendimiento del carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad, tampoco queda debidamente delimitado, ya que existen interpretaciones dispares, tales como se abrevian a continuación en la Tabla 2:

- 
- <sup>14</sup> Artículo 377.- 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, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.
- <sup>15</sup> Artículo 380.- El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.
- <sup>16</sup> Artículo 381.- El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.

**Tabla 2**

*Criterios doctrinarios en el entendimiento del carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad*

<b>Autores Criterios</b>	<b>Salinas Siccha</b>	<b>Abanto Vásquez</b>	<b>Rojas Vargas</b>	<b>Peña Cabrera</b>	<b>Hugo y Huarcaya</b>
<b>¿Es subsidiario?</b>	Sí	Sí	Sí	Sí	No
<b>Si lo es, ¿de qué delitos lo sería?</b>	No precisa	Delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos; agregando delitos contra la administración de justicia	No precisa	Delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos; no se sabe si también se extiende a los delitos contra la administración de justicia	-

Ante lo expuesto, cabe preguntarse: En principio, ¿el delito de abuso de autoridad es un delito subsidiario? Y en caso de ser la respuesta afirmativa, ¿es subsidiario de cualquier delito siempre y cuando este sea funcional? ¿Qué comprende dicha extensión? ¿También podría ser subsidiario, por ejemplo, de los delitos contra la administración de justicia? ¿Y podría ser subsidiario de un delito común, como el delito de homicidio simple, conforme lo entiende la Corte Suprema en el caso *sub examine*?

### **1.3.2 Algunas posiciones jurisprudenciales**

Es necesario traer a colación los fundamentos fácticos que se exponen en el RN N.º 02-2009/Junín, dictado con fecha 7 de abril de 2010, los cuales, conforme a la acusación fiscal, están descritos en los siguientes extremos:

a) que los funcionarios acusados al emitir las mencionadas normas -Directiva número cero cero dos- dos mil tres- CAFAE-SEDE/GR-JUNÍN y su modificatoria y las Resoluciones Ejecutivas Regionales números trescientos dos- dos mil tres-GRJ/PR y ochocientos setenta y cinco-GR-J/PR-, a través de las cuales incluyen como beneficiarios del “Incentivo Laboral por concepto de Racionamiento” y por “Estímulos a los índices de eficiencia (productividad)” a los trabajadores que hubieran gozado de licencia por salud y hecho uso de vacaciones durante el año dos mil tres, contravinieron una serie de normas de orden público -[...] que excluían claramente la naturaleza remunerativa de las mismas, por lo tanto, los incentivos y estímulos laborales constituyen entregas dinerarias diarias que corresponden a los trabajadores que realizan

labores en su centro de trabajo fuera de la jornada laboral establecida, de ahí su imposibilidad de ser otorgadas a trabajadores que están de vacaciones o con licencias de salud, quienes lógicamente no pueden efectuar labores fuera del horario de trabajo; b) que se efectuaron pagos irregulares por concepto de racionamiento a favor de trabajadores del Gobierno Regional de Junín sin que haya cumplido la jornada laboral necesaria. Precizando al respecto que el Decreto Legislativo número ochocientos; establece que la jornada de trabajo en las instituciones públicas es de siete horas con cuarenta y cinco minutos en horario corrido considerando además el tiempo necesario para refrigerar en el mismo centro de labores. Sin embargo, detectó el órgano de control que dentro de ese tiempo, los trabajadores disponen de una hora para salir a almorzar; hecho que -a su juicio- determina que no reunían las condiciones para recibir el incentivo laboral de racionamiento, al no permanecer en su centro de labores fuera del horario normal establecido. Que tal política laboral contraviene lo dispuesto en una serie de normas de orden público. (2010, f.j. 3, pp. 3-4)

En mérito a lo expuesto, estos hechos concretos se subsumieron en los delitos de peculado doloso y abuso de autoridad, regulados en los arts. 387<sup>17</sup> y 376 del CP, respectivamente; no obstante, la Corte Suprema no está de acuerdo con dicha subsunción, recalcando que:

el delito de abuso de autoridad constituye un *tipo genérico de naturaleza subsidiaria*, pues reprime los actos u omisiones del funcionario que viola la Constitución o las leyes de manera dolosa, siempre que estas no se hallen contemplados en otro tipo penal específico. En tal virtud, la tipificación de los hechos objeto de evaluación dentro del tipo penal de peculado, excluye *per se* la posibilidad de que concurse idealmente con el delito de abuso de autoridad, que por ser de orden residual, pierde sentido frente a la identificación típica en otro supuesto de hecho. Una interpretación en contrario, obligaría a tipificar doblemente todos los tipos penales aplicables a los funcionarios públicos, lo que resultaría lesivo al derecho de defensa de los procesados. (2010, f.j. 4, p. 5; la cursiva es nuestra)

---

<sup>17</sup> Al momento de los hechos, estaba regulado del siguiente modo:

Artículo 387.- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años. [...]

Siendo así, el Supremo Tribunal entiende que la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad se asume cuando la violación a la ley (en sentido general<sup>18</sup>) no calza en otros tipos penales específicos, es decir, entiende la conducta típica del art. 376 del CP “cometer u ordenar un acto arbitrario” como, al parecer, cualquier violación a la Constitución y a las leyes, no definiendo ni su contenido ni sus límites y que, por eso, al existir un tipo penal que ya contenga esa atribución fáctica (delito de peculado doloso), no puede concursar idealmente con el delito de abuso de autoridad<sup>19</sup>; por otro lado, se alude genéricamente a “otros tipos penales específicos” y aunque si bien en autos se toma como subsidiario del delito de peculado, equivale preguntarnos: ¿a cualquier delito contra la administración pública?

Veamos este otro supuesto que se esgrime en el RN N.º 1728-2010/Piura que se emite el día 21 de julio de 2011, contando con los supuestos fácticos que se exponen a continuación: se atribuye a *Jorge Hildebrando Camino Calle* y *Víctor Manuel Alberto Niño Vargas* en su calidad de alcalde y secretario general de la Municipalidad Provincial de Sullana, respectivamente, que mediante Resolución Municipal número veintidós guión dos mil dos/MPS de fecha dieciséis de diciembre de dos mil dos, adjudicaron en venta directa el lote de terreno urbano ubicado en la Avenida Panamericana cuadra trece de la Urbanización Santa Rosa a favor de la empresa REYPALAC S.A.C. representada por la procesada Consuelo Violeta Reyes Palacios, contraviniendo con ello los principios legales del Decreto Supremo número cero cero cuatro - ochenta y cinco del diecinueve de febrero de mil novecientos ochenta y cinco; es decir, realiza la transferencia sin estar facultado para transferir dicho bien. Asimismo, se imputa a *Jorge Ruiz Cortez* que en su condición de director de desarrollo urbano e infraestructura de la referida comuna, haber emitido la Resolución Número cero uno cuatro cero - dos mil cuatro/MPFS-DDU-I de fecha cinco de mayo de dos mil cuatro, declarando nula la Resolución Directoral Número cero seis ocho - dos mil tres/MPFS-DDUEI de fecha veinte de agosto de dos mil tres, que declaró improcedente el otorgamiento de la licencia de construcción solicitada por la empresa REYPALAC S.A.C., ya que el área vendida a la procesada Reyes Palacios se encontraba en una zona restringida, destinado para un proyecto binacional, con la nueva resolución declaró procedente el otorgamiento de la licencia de construcción; por otro lado, el procesado *Niño Vargas* como muestra de su favoritismo terminó asesorando legalmente a la referida procesada en una acción constitucional

---

<sup>18</sup> Cuando se habla de “ley” en sentido general, se incluye en dicho concepto a la Constitución Política del Perú.

<sup>19</sup> Es de resaltar que la Corte Suprema en el caso en referencia, ya toma en cuenta que, si se configuraría un concurso, sería específicamente de delitos, por el criterio de concurso ideal.

respecto de los hechos vinculados con la presente causa; finalmente, la encausada Reyes Palacios como principal beneficiaria y contubernio con el procesado Niño Vargas efectuó prebendas económicas a los acusados *Camino Calle, Ruiz Cortez*, y así como para *Niño Vargas*. (2011, f.j. 2, pp. 2-3; la cursiva es nuestra)

Por estos hechos, se le imputó a *Jorge Camino Calle, Víctor Niño Vargas y Jorge Ruiz Cortéz*, la comisión de los delitos de abuso de autoridad y cohecho pasivo, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Sullana; y, en la sentencia dictada el 12 de abril de 2010, se les absolvió de dichos cargos. La Corte Suprema al calificar la sentencia impugnada, declara no haber nulidad en esta, interesándonos traer a colación los argumentos de análisis del delito de abuso de autoridad que fueron precisados en estos extremos:

se trata de un delito residual que sólo se configura cuando no es posible subsumirlo en otros delitos, en el presente caso al imputársele el delito de cohecho pasivo a los procesados *Camino Calle, Niño Vargas y Ruiz Cortez*, quienes habrían recibido algún beneficio para violar sus obligaciones derivadas de sus cargos -resoluciones ilegales- necesariamente forma parte del delito de cohecho y no constituye delito independiente; por lo que no tiene sustento la imputación del delito de abuso de autoridad, las cuales según la acusación fiscal ello fue producto de la recepción de prebendas a favor de la procesada Reyes Palacios, las cuales no se ha acreditado en autos. (2011, f.j. 7, p. 6; la cursiva es nuestra)

En esta ocasión, la Corte Suprema asume como *residual* el delito de abuso de autoridad, es decir, que solo se imputará cuando los supuestos de hecho no se subsuman en “otros delitos” contenidos en la ley penal, asumiéndose en autos residual del delito de cohecho pasivo propio, ya que la conducta de los procesados presuntamente calzaba en el supuesto de hecho abstracto de este último delito aludido, de tal modo que no equivaldría hacer análisis de otro delito como el abuso de autoridad. En esa misma línea, nos podríamos preguntar: ¿solo de los delitos contra la administración pública? ¿O al parecer se hace extensivo a cualquier delito tipificado en el CP?

Con estas circunstancias y los argumentos de la Corte Suprema del Perú, referidas en el presente apartado, sin dejar de lado claramente los hechos de la Cas. N.º 950-2018/Tumbes materia de estudio, no queda del todo claro el contenido y los alcances de la llamada *subsidiariedad* del delito de abuso de autoridad: ¿es subsidiario de cualquier delito contenido en el CP? Tal parece que, según el tribunal supremo, lo es de delitos como peculado, cohecho pasivo y otros; pero también de homicidio simple, como se asume en la Casación que se analiza

en la presente investigación. ¿Implica lo mismo decir que es *subsidiario* o *residual*? ¿La adjetivación tiene algo que ver con el criterio de subsidiariedad aplicado en el concurso de leyes?

Estas preguntas finalizan las dudas que surgen de la calificación subsidiaria del ilícito penal de abuso de autoridad, en el presente capítulo; para de esta forma, dar pase a la tercer y última figura jurídica relacionada al estudio del concurso de leyes o de delitos que se puede establecer entre el referido delito estipulado en el art. 376 del CP y los demás que contempla nuestro Código adjetivo, dependiendo de la relación que se establezca entre la ley penal o la unidad o pluralidad de acciones, denotándose en el siguiente apartado que el horizonte de este tema tampoco es “tan claro”.

#### **1.4 ¿Tiene lugar un concurso de leyes o un concurso de delitos?**

El juicio de subsunción implica que se realice un ejercicio de integración de un determinado contexto fáctico, a las leyes o disposiciones que se encuentran contenidas en el CP peruano; de tal modo que se determine si una sola de ellas o varias son las que se aplican, por contener de mejor manera el sentido jurídico penal de su criminalización.

En ese proceso, existen los llamados “concursos” de leyes -o aparente de delitos- y propiamente de delitos; de este modo, si existe una ley penal que desplaza a las demás por contener la totalidad de la defraudación de la expectativa normativa brindada en un supuesto de hecho, se debe aplicar los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad y solo se impondrá una disposición legal. Por el contrario, si existe unidad o pluralidad de acciones, pero estos desvalores jurídicos no se pueden inmiscuir en otro, sino que se debe atender ambos, se dará respectivamente un concurso ideal o real de delitos, en los cuales la consecuencia jurídica se rige por los arts. 48 y 50 del CP.

Así, en el presente apartado, nos referiremos a algunas posiciones tanto doctrinarias como jurisprudenciales nacionales que se han adoptado para determinar cómo es que estas fuentes jurídico-penales entienden la aplicación de los concursos y qué relación se establece entre el delito de abuso de autoridad y los demás tipos penales. Veamos:

##### **1.4.1 Algunas posiciones doctrinarias**

Abanto Vásquez (2003) enuncia enfáticamente lo siguiente:

Para el caso de CONCURSO debe tenerse en cuenta que el tipo penal de “abuso de autoridad” es *subsidiario* de todos los tipos penales que impliquen delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios. Se dice que es un *tipo remanente* que es “aplicable sólo cuando el abuso no es el medio de comisión de otro delito”. P. ej, si el sujeto ha cometido peculado o prevaricato, también ha “abusado su autoridad”,

pero sólo se les aplica el tipo penal de los primeros delitos; pero si faltare algún elemento que haga inaplicable estos, los hechos podrían subsumirse todavía dentro del “abuso de autoridad”.

Teóricamente podría haber concurso con algunos delitos comunes: p. ej., con las “coacciones” (art. 151), “daños” (art. 206), “lesiones dolosas” (arts. 121 y ss.), “delitos contra la humanidad” (arts. 319 y ss.). Pero, en realidad, ello no es posible pues para todos estos casos resulta aplicable la “agravante genérica” del artículo 46-A. (p. 237)

El destacado autor peruano, cuando habla de la aplicación de concursos en el delito de abuso de autoridad -se entiende, de leyes-, hace referencia al carácter subsidiario que ostenta el tipo penal, aduciendo que esta adjetivación se entiende como un delito remanente o, en otras palabras, sobrante de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Cabe resaltar que Abanto Vásquez sí restringe la subsidiariedad del injusto penal materia de análisis, solo a este grupo de delitos que se ha mencionado, no obstante, en ese aspecto equivale preguntarse: ¿esta afirmación se da siguiendo la clasificación del CP? Tal parece que no, ya que asume como ejemplo, el delito de prevaricato, por ende, también podría ser subsidiario -y por ende, se podría aplicar concurso de leyes- con los “Delitos contra la administración de justicia” previstos en el Capítulo III del Título XVIII “Delitos contra la administración Pública” del CP, que está en distinta clasificación a los “Delitos cometidos por funcionarios públicos” que se encuentran previstos más bien en el Capítulo II, del mismo Título.

Resulta inoperable, para el autor, que exista concurso con delitos comunes, ya que, a su entendimiento, si un funcionario público comete un delito de este tipo, se aplicará solamente el mencionado, con la agravante estipulada en el art. 46-A del CP<sup>20</sup>, que aumenta la pena impuesta,

<sup>20</sup> Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

De igual modo, constituye circunstancia agravante cuando el sujeto activo, en su desempeño como prestador de servicio de transporte público de personas, ya sea como conductor, copiloto, cobrador o ayudante, cualquiera sea su naturaleza o modalidad; o de servicio de transporte especial de usuarios en vehículos menores motorizados; o simulando ser conductor, copiloto, cobrador, ayudante o pasajero de dichos servicios, cometa delitos contra la libertad sexual, homicidio, asesinato, sicariato, secuestro, robo, marcaje o reglaje.

En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

dada la condición del sujeto activo. En la Cas. N.º 950-2018/Tumbes -conforme se expresó en el apartado de estudio de la subsidiariedad del delito- se citó a Abanto Vásquez para finalmente concluir que se aplica un concurso de leyes entre el delito de abuso de autoridad y el delito de homicidio simple, pero ¿ello no sería totalmente contradictorio teniendo en cuenta la opinión del mencionado doctrinario? Puesto que, este asume que el delito estipulado en el art. 376 no puede concursar con delitos comunes, aun cuando se llegue a la misma conclusión -solo imputación por homicidio-, no se aplicaría un concurso, sino un delito de homicidio con la agravante del art. 46-A del CP por la condición del agente *Julca Dávila*.

Rojas Vargas (2007) estipula, sobre el concurso del tipo penal de abuso de autoridad con otros tipos penales, lo siguiente:

El tipo genérico del art. 376 de abuso de autoridad puede entrar en concurso con una serie de otras figuras delictivas especiales y comunes que le serán igualmente imputables al funcionario público, siempre y cuando no constituyan modalidad específica de abuso contemplado en el Código penal. De esta manera, habrá concurso:

- Con el delito de usurpación de funciones (art. 361). [...]
- Con el delito de coacciones (art. 151).
- Con el delito de daños (art. 206), lesiones, contra la libertad general, etc.

Cuando el hecho denunciado por abuso genérico de autoridad se halle legislado en un tipo especial del código o en leyes penales especiales, por principio de especialidad no existirá concurso de delitos, ya que la norma especial prevalece por sobre la genérica. Cuando el mismo hecho importa abusos genéricos de autoridad y a la vez implica la comisión de un ilícito penal más grave, es decir, exacción ilegal o concertación defraudatoria al Estado, por principio de consunción (art. 48 CP) regirá el delito más grave, es decir, la concusión o la concertación, que absorberán al tipo de abuso genérico de autoridad. El tipo penal de abuso de autoridad del artículo 376, por genérico y subsidiario, sólo será invocable cuando se hayan descartado los demás tipos penales de abuso, vale decir cuando los componentes de tipicidad del supuesto imputado no hayan sido cubiertos por los tipos especiales o de menor generalidad. (pp. 246-247)

Rojas Vargas zanja la idea que el delito de abuso de autoridad puede entrar en concurso -no precisa si de leyes o de delitos, se entiende que de leyes- tanto con delitos comunes como especiales, siempre que esa conducta “abusiva” de atribuciones funcionales, no se encuentre

---

No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible.

tipificada en otro tipo penal. Es interesante hacer referencia a que Rojas Vargas concluye que la subsidiariedad como característica del delito de abuso de autoridad, nada tiene que ver con el criterio a utilizar en un concurso de leyes, ya que explica la aplicación del principio de especialidad y consunción para resolver los casos de concurso de leyes.

Peña Cabrera Freyre (2016) alude una breve referencia al concurso, cuando expone la diferencia de las modalidades de injusto típico del delito de abuso de autoridad, específicamente en el verbo rector “ordenar”, manifestando:

En el mundo fenoménico puede darse el supuesto de que el funcionario público con autoridad sea quien a su vez, ejecute su propia orden, sea porque el inferior jerárquico está imposibilitado de hacerlo, lo que incidiría en una doble tipificación (concurso real de delitos, en la medida de que ambas modalidades se perfeccionan en tiempos distintos), lo que a nuestro entender tendría que resolverse con ponderación y proporcionalidad, determinando la sola aplicación de un injusto. (p. 213)

A diferencia de los demás autores, Peña Cabrera narra -admitiendo como sujeto activo solamente al funcionario público y no al servidor público- que el agente, si ordena y a la vez ejecuta la orden que este mismo ordenó, se producirá la configuración del delito de abuso de autoridad, en ambas modalidades prescritas (“ordenar” y “cometer”) y, por ende, se dará un concurso de delitos en su vertiente del concurso real; no obstante, establece que por ponderación, se debe aplicar un injusto penal (se entiende, una sola modalidad). Aunado a ello, no precisa ninguna otra referencia en cuanto al concurso de leyes, ni tampoco a otro supuesto en el que se configure un concurso de delitos del delito *sub análisis* con otros tipos penales.

Por su parte, Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018) se refieren al concurso, cuando esgrimen algunas ideas respecto a la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad - característica que no asumen- en los siguientes términos:

La subsidiariedad del tipo implica reconocer que, de darse el concurso aparente de leyes, este se resuelve por la regla de subsidiariedad, de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que la conducta del agente no cae dentro de otra modalidad de abuso de autoridad tipificado de manera especial, entonces, al agente se le sanciona por el delito de abuso de autoridad innominado, siempre que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito (acto arbitrario, resultado, etc.). Puede comprenderse lo contradictorio de aquella afirmación. (p. 38)

Los autores indicados expresan que si se habla de subsidiariedad del delito de abuso de autoridad, necesariamente habría que concluir que el principio utilizado, en el caso de presentarse un concurso de leyes, sería el principio que lleva la misma denominación; no

obstante, en concordancia con la negación de la característica subsidiaria del delito de abuso de autoridad, ello -en su interpretación- sería contradictorio, ya que se utilizan diversos criterios-principios cuando se aplica el concurso aparente de delitos.

Vílchez Chinchayán (2021), después de concluir que el perjuicio “puede suponer uno en cuanto la relación del afectado con la Administración pública [...] Pero también entenderse como uno relacionado con la afectación de intereses de otra naturaleza” (p. 228); esgrime:

Ahora bien, en este escenario, puede hacerse la pregunta si se aplicaría, en primer lugar, solo el delito de abuso de autoridad o, en segundo lugar, se podría considerar la aplicación, por ejemplo, del delito de lesiones o de homicidio o, en tercer lugar, un concurso de delitos. En mi opinión, para este grupo, ya sea que la violencia tenga -siguiendo la escala propuesta en el delito de violencia y resistencia a la autoridad- entidad suficiente o necesaria o entidad cualificada debería tratarse como un caso de concurso de delitos. (p. 229)

De esta forma, Vílchez Chinchayán considera que, en caso de presentarse la concurrencia del delito de abuso de autoridad con otros tipos penales comunes, poniendo como ejemplo el delito contra la integridad física en la modalidad de lesiones, así como el delito contra la vida en la modalidad de homicidio, lo que se producirá es un concurso real de delitos, siempre y cuando la “violencia” -menciona un medio comisivo específico- tenga la entidad suficiente para ampararse en la vía penal. No obstante, no expresa ninguna referencia a cómo se debería proceder en los supuestos de aplicación del concurso de leyes, ni tampoco el contenido de cada principio que forma parte de este tipo de concursos, es decir, cuando la violencia no tenga la entidad suficiente, ¿se aplicaría un concurso de leyes? y específicamente, ¿qué criterio-principio? ¿Qué implica dicha “entidad suficiente”?

En suma, lo expresado doctrinariamente podría resumirse conforme se establece en la Tabla 3:

**Tabla 3**

*Criterios doctrinarios en el entendimiento del concurso del delito de abuso de autoridad con otros tipos penales*

<b>Autores Criterios</b>	<b>Abanto Vásquez</b>	<b>Rojas Vargas</b>	<b>Peña Cabrera</b>	<b>Hugo y Huarcaya</b>	<b>Vílchez Chinchayán</b>
<b>En un hipotético concurso de leyes, ¿con qué delitos concursa?</b>	Delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos; de ningún modo con delitos comunes	Con cualquiera cometido por funcionarios públicos (común o especial)	Solamente alude a un concurso real, si el sujeto activo ordena y a la vez comete el acto arbitrario que él mismo ordenó	No precisa	En caso de concursar con delitos comunes, se daría un concurso de delitos, siempre y cuando el medio tenga la entidad suficiente
<b>Al decir que es subsidiario, ¿Tiene que ver con el principio de subsidiariedad del concurso de leyes?</b>	No precisa	No, ya que hace referencia a que se pueden utilizar los principios de consunción y especialidad	No precisa	Sí, y es por esa razón que no asumen la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad	No precisa

*Nota.* El autor nacional Salinas Siccha (2019), en el apartado donde analiza la configuración del delito de abuso de autoridad, no hace ninguna referencia a los concursos -de leyes o de delitos- que pueda presentar con otros tipos penales.

Con las referencias a los autores aludidos, tal parece que tampoco queda del todo claro el criterio a aplicar en caso se determine la aplicación de un concurso de leyes o aparente de delitos, o incluso en un concurso de delitos. ¿Tiene que ver con la atribución de su carácter subsidiario? En el concurso de leyes, ¿se aplica cualquier criterio-principio o solo el de subsidiariedad en sentido estricto? ¿Y cuándo estaremos frente a un concurso de delitos? Y dentro de este, ¿cuándo en un concurso real o ideal?

#### **1.4.2 Algunas posiciones jurisprudenciales**

El f.j. 5 de la Cas. N.º 950-2018/Tumbes, manifiesta:

Que, en consecuencia, desde la perspectiva de BINDIG, se está ante un concurso aparente de leyes o unidad de ley resuelta por el principio de alternatividad en función a la estructura lógica de subordinación, propia del principio de especialidad [HURTADO POZO, JOSÉ – PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: Manual de Derecho Penal – Parte General, Tomo II, Cuarta Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 234/235]. Así las cosas, el concurso aparente de leyes permite concluir que de dos o más

tipos penales, es aplicable solo uno: en el presente caso, el tipo penal de homicidio simple. No hay delito de abuso de autoridad, por lo que no es posible aceptar una condena por tal delito como si se tratara de un concurso real de delitos. (2019, p. 6)

En suma, la Corte Suprema aplica un concurso de leyes o concurso aparente de delitos, mediante el cual, de los dos tipos penales en juego (delito de abuso de autoridad y delito de homicidio simple) se configura solamente uno de ellos, en específico, el tipificado en el art. 106 del CP; con esta conclusión, discrepa de las dos instancias anteriores que se declinaron por aplicar un concurso de delitos bajo el criterio de concurso real y, revocándola, le impone al encausado *Jeyri Kevin Julca Dávila* 5 años y 6 meses de pena privativa de libertad. Por lo pronto, es importante resaltar que no queda claro el criterio que el Supremo Tribunal aplica en este caso concreto, esto es, según la cita referida líneas arriba, ¿se aplica el principio de alternatividad o el principio de especialidad? Asimismo, tal parece que la característica de subsidiariedad entonces no tiene nada que ver con el principio de subsidiariedad del concurso de leyes, al no aplicarse este para resolver el caso concreto.

Por otro lado, se hace necesario hacer alusión a la conducta concreta que da lugar a concluir que nos encontramos ante un concurso de leyes, lo cual viene configurado por la literalidad del f.j. 4 de la Casación materia de análisis ya reiteradamente aludida:

Que es claro que la conducta abusiva contra el ciudadano Benites Jiménez consistió no solo en la forma como fue intervenido por el imputado sino también en el hecho de que, acto seguido, disparó contra él y le ocasionó la muerte. Se trata de un hecho histórico, no de dos. El contexto del hecho, sin duda, fue una actuación de intervención claramente errónea y abusiva, pero la conducta y el resultado final de la conducta del imputado fue disparar contra el agraviado y matarlo. Se trata de un todo unitario –unidad de acciones naturales– mediante un accionar progresivo en un estrecho contexto físico y temporal. (2019, p. 5)

En ese sentido, se denota que la conducta del efectivo policial condenado, es una sola, que empieza con una intervención abusiva, hasta llegar a disparar a Manuel Benites Jiménez cuando ya estaba reducido en su vehículo, siendo que, la “unidad de acción” de *Julca Dávila* pasa por diversas actuaciones, según los fundamentos fácticos probados, como son: bajó de la unidad policial, efectuó disparos, se acercó al vehículo (conducido por el agraviado y en el que se encontraba su esposa y su menor hija), discutió con la esposa del conductor y efectuó el último disparo que atravesó el parabrisas posterior, impactando en la cabeza del ahora occiso Benites Jiménez. De lo aludido, equivale hacernos, por lo menos, dos cuestionamientos: el primero referido a si la unidad de acción constituye un requisito para aplicar indefectiblemente

un concurso de leyes, ¿o más bien cuando se da esta, se aplica el concurso de delitos en su vertiente del concurso ideal? ¿a qué “unidad de acción” hace referencia la Casación citada? ¿cuál es su contenido?; y, el segundo, deriva del criterio sucesivo que aplica la Corte Suprema para resolver conflictos de concursos de este tipo, cuando se dan circunstancias parecidas donde un cúmulo de acciones sucesivas se entienden como una “unidad”, ¿por qué las dos instancias inferiores concordaron en que se trataba de un concurso real de delitos? ¿La Corte Suprema siempre ha aplicado el concurso de leyes? ¿Es este el criterio definitivo para resolver este tipo de conflictos?

En cuanto al último cuestionamiento que se ha hecho referencia, es preciso traer a colación lo resuelto por la Corte Suprema en el RN N.º 3839-2013/Lima, de fecha 12 de agosto de 2014, cuyos fundamentos de hecho versan del siguiente modo: El día 10 de enero de 2009, Abraham Alberto Llanos Luperdi conducía su vehículo con placa de rodaje N.º CGX-153, por las Avenidas Primavera y Buena Vista del distrito de Santiago de Surco (Lima); siendo que, fue intervenido por el patrullero con placa de rodaje N.º PL-0130, del cual descendió el efectivo policial *Tito Mario Arce Pérez* quien le solicitó su Documento Nacional de Identidad (DNI) y su licencia de conducir, sin embargo, al no contar con estos, ingresó al vehículo de propiedad de Abraham Llanos Luperdi y se sentó en el asiento del copiloto, mientras el efectivo policial *Jorbi Enrique Alcalá Yactayo* se ubicó en el asiento posterior, indicándole que conduzca hasta la Comisaría del distrito, siendo seguidos por el patrullero referido líneas arriba, conducido por el efectivo policial *Walter Gustavo Mendoza Atalaya*. En el trayecto, *Tito Arce Pérez* rebuscó la guantera del vehículo del agraviado y halló una bolsa con \$20 000 dólares americanos, suma dineraria que entregó a *Walter Mendoza Atalaya* (conductor del patrullero), asimismo, cuando Llanos Luperdi les increpó dicha acción, le quitaron sus teléfonos; seguidamente, *Arce Pérez* tomó el timón del vehículo y *Jorbi Alcalá Yactayo* lo tomó del cuello y le puso las marrocas, para seguidamente conducirlo al patrullero. Del mismo modo, *Alcalá Yactayo* llevó el auto del presunto agraviado hasta “Pista Nueva”, donde retuvieron a este, le pidieron sus datos personales, le tomaron sus impresiones dactilares y lo amenazaron, siendo llevado a la Urbanización San Ignacio donde forcejeó con el último efectivo policial referido, al tratar de arrebatarle la llave de contacto de su vehículo, lugar en el que lo bajaron y liberaron de las marrocas, pudiendo percatarse que también era seguido por un auto Nissan del cual descendió una persona de civil, quien le dijo a *Mendoza Atalaya* que querían matarlo; finalmente, los encausados se retiraron en el patrullero.

En la sentencia del 3 de septiembre de 2013, se condena a *Tito Mario Arce Pérez*, *Jorbi Enrique Alcalá Yactayo* y *Walter Gustavo Mendoza Atalaya* como autores del delito contra la

administración pública en la modalidad de abuso de autoridad, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública del Ministerio del Interior, así como por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo agravado en agravio de Abraham Alberto Llanos Luperdi; imponiendo a cada uno de los imputados, 10 años de pena privativa de libertad.

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad ya aludido, precisa lo siguiente:

En ese sentido, se advierte que los encausados *Mendoza Atalaya, Arce Pérez y Alcalá Yactayo* aprovechando la autoridad que ostentaban -son efectivos policiales- detuvieron al agraviado Llanos Luperdi y, al percatarse que tenía una considerable cantidad de dinero, mediando violencia y amenaza, lo despojaron del mismo, evidenciándose la concurrencia de los tipos penales de robo agravado y abuso de autoridad. (2014, f.j. 2.2.13, p. 14; la cursiva es nuestra)

Añadiendo posteriormente la siguiente apreciación:

Además, debe precisarse que nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, la que si bien no fue especificada en la acusación fiscal ni en la sentencia, no obstante, se infiere de la descripción de los hechos, pues la conducta de los encausados (aprovechando sus atribuciones, mediante violencia, sustrajeron el dinero que el agraviado llevaba consigo) se adecúa a los tipos penales de robo agravado y abuso de autoridad. (2014, f.j. 2.3.2, p. 15-16)

En ese entendimiento, en el caso al que se ha hecho referencia, la Corte Suprema entiende y concluye que se presenta un *concurso ideal* de delitos, teniendo como semejanza al caso de la Casación materia de estudio, que se genera a partir de una intervención policial; a diferencia que en este caso expuesto en el RN N.º 3839-2013/Lima, en su interín, se le roba una suma dineraria al denunciante agraviado, y, en la Cas. N.º 950-2018/Tumbes, la intervención finaliza en un disparo en la cabeza al intervenido, que le ocasiona la muerte. Ante ello, podríamos cuestionarnos: ¿la intervención de los efectivos policiales en este caso, no amerita una “unidad de acción” a la que se refirió en la Casación objeto de estudio? ¿Cuáles serían las razones por las que en este último caso sí se aplica un concurso de delitos y no de leyes? o, en principio, ¿existen esas razones? ¿Cuáles son los rasgos distintos que presentan estos supuestos fácticos, para que se apliquen criterios de concursos diferentes?

Veamos otros supuestos de hecho contenidos en el RN N.º 889-2015/Loreto, emitido con fecha 24 de noviembre de 2016, que datan del siguiente modo:

el 07 de mayo de 2007, el procesado *Juan Miguel Rengifo Ríos* en su calidad de Administrador Forestal y de Fauna Silvestre de Iquitos, emitió la Resolución Administrativa número 191-2007-INRENA-IFFS-ATFFS-IQUITOS, de fojas ciento

seis, declarando procedente el decomiso de 270 trozos de madera rolliza de la especie “cedro”, de propiedad de la Empresa Maderera San Juan Bosco S.A.C., disponiendo su entrega a la Empresa Forestal CAPIRONA S.A.C., por considerar que había sido extraída del área de concesión de esta última empresa. Se destaca que el procesado *Juan Miguel Rengifo Ríos* fue accionista y Representante Legal de Empresa Forestal CAPIRONA S.A.C. Asimismo, con la finalidad de sustentar la citada resolución, falsificó el Informe Técnico número 001-2007-INRENA-IFFS-ATFFS-IQUITOS, de fojas noventa y uno. (2016, f.j. 2, pp. 2-3; la cursiva es nuestra)

Ante los hechos concretos mencionados líneas arriba, la Corte Suprema concluye la determinación concursal en los siguientes extremos:

La incriminación fiscal da cuenta de dos acciones plenamente diferenciables. La primera concerniente al acto configurativo del delito de Abuso de autoridad, consistente en la emisión de la Resolución Administrativa número 191-2007-INRENA-IFFS-ATFFS-IQUITOS, de fojas ciento seis, mediante la cual se declaró procedente el decomiso de 270 trozos de madera rolliza de la especie “cedro”, de propiedad de la Empresa Maderera San Juan Bosco S.A.C. Y la segunda, referente al ilícito de Falsificación de Documento Público, cuya conducta antijurídica recayó sobre el Informe Técnico número 001-2007-INRENA-IFFS-ATFFS-IQUITOS. de fojas noventa y uno, el mismo que fue utilizado para justificar la primera acción. (2016, f.j. 4, p. 5)

De este modo, la configuración fáctica acotada permite establecer que ambos hechos son independientes entre sí, esto es, constituyen fenómenos delictuales autónomos. No provienen de una sola acción enraizada en el cumplimiento de un propósito múltiple. Por el contrario, se trata de dos infracciones penales de las que se derivan la comisión de otros delitos distintos. La acción de Falsificación de Documento Público se habría configurado con el mero acto de falsificar en todo o en parte el Informe Técnico número 001-2007-INRENA-IFFS-ATFFS-IQUITOS, de fojas noventa y uno. En cambio, la consumación del delito de Abuso de autoridad sobrevino con posterioridad, es decir, con la emisión de la Resolución Administrativa número 191-2007-INRENA-IFFS-ATFFS-IQUITOS, de fojas ciento seis, mediante la cual se dispuso el decomiso de madera de propiedad de la Empresa Maderera San Juan Bosco S.A.C., para su posterior entrega a la Empresa Forestal CAPIRONA S.A.C. De este modo, el tratamiento concursal adecuado necesariamente es el concurso real de delitos. (2016, f.j. 5, p. 5)

En este caso, por el contrario, se optó por aplicar el criterio de concurso de delitos en su vertiente de concurso real, al separar dos acciones en las que, cada una, configuraba un delito

distinto; por un lado, la emisión de la Resolución Administrativa N.º 191-2007-INRENA-IFFS-ATFFS-IQUITOS que implica la comisión del delito de abuso de autoridad, y, la falsificación del Informe Técnico N.º 001-2007-INRENA-IFFS-ATFFS-IQUITOS que afirma la comisión del delito de Falsificación de documentos. Ante tales conclusiones, podemos preguntarnos, ¿qué implica la dualidad de acciones? ¿Cuál es el contenido de estas? ¿Tiene que ver con el tiempo en que son actuadas? ¿Por qué en los hechos de la Cas. N.º 950-2018/Tumbes, las dos instancias inferiores atribuyeron un concurso real de delitos? ¿Entendieron que la mala intervención -conducta de abuso de autoridad- fue consumada antes del disparo y que la acción del disparo ya es una acción “completamente diferenciable”?

Estas dudas, así como las anteriores que se han ido desglosando al estudiar algunas posiciones doctrinarias como jurisprudenciales, disímiles en algunas ocasiones y concordantes en otras, nos permiten concluir que efectivamente todas las referencias nos han llevado *hacia un horizonte no tan claro* en el entendimiento del elemento típico perjuicio, el carácter subsidiario y la aplicación concursal con otros tipos penales, del delito de abuso de autoridad. En el siguiente capítulo trataremos de clarificar y dotar de contenido a las figuras jurídicas a las cuales nos hemos remontado, para finalmente dar respuesta a las preguntas: ¿Qué implica el “perjuicio” aludido en el tipo penal del art. 376 del CP? ¿A qué bienes jurídicos se debe perjudicar para que calce en el contenido del Abuso de autoridad? ¿Qué implica la subsidiariedad como característica del delito de abuso de autoridad? De serlo, ¿de qué delitos es subsidiario? Y, ¿cuándo se configura un concurso de leyes y de delitos? ¿Cuál es la relación entre el delito de abuso de autoridad y homicidio, en una intervención policial?

## Capítulo 2

### Hacia un entendimiento de las figuras jurídicas controvertidas

Ya habiéndose expresado los criterios disímiles doctrinarios y jurisprudenciales en cuanto al entendimiento del perjuicio y su gravedad, el carácter subsidiario del delito materia de estudio y la aplicación del concurso de leyes o delitos entre el ilícito penal de abuso de autoridad y otros tipos penales, es necesario centrarnos en definir límites y aproximaciones conceptuales de estas figuras jurídicas, que nos ayuden a zanjar su comprensión jurídico-penal para, consecuentemente, hacer uso de ellas en la resolución de problemas prácticos específicos.

En ese sentido, en el presente capítulo se abordará de modo diferenciado estos tres ejes temáticos que son objeto de análisis en esta investigación, con sus respectivos matices, contrastando e integrando fuentes jurídicas y brindando al lector una propuesta de solución en cuanto a la delimitación de sus contenidos concretos.

#### 2.1 El contenido del perjuicio en el delito de abuso de autoridad

##### 2.1.1 *El perjuicio como daño*

Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, el significado general de perjuicio es definido como el “Detrimento personal o patrimonial” (RAE, s.f., definición 1), se entiende, a una determinada persona; por su parte, en esta misma fuente, pero en la rama del Derecho penal, se conceptualiza como el “Daño causado por el delito” (RAE, s.f., definición 2), es decir, la consecuencia que ocasiona cumplir con los presupuestos de la disposición del CP establecida como hecho abstracto punible. En ese entendimiento, se tiene que, según esta fuente, el perjuicio en el derecho penal, es conceptualizado como sinónimo de daño o detrimento que ocasiona la realización de un injusto culpable.

En la rama jurídico-punitiva, conforme pudimos observar en la *Tabla 1 - Criterios doctrinarios en el entendimiento del elemento típico perjuicio del delito de abuso de autoridad*, el perjuicio -para la doctrina mayoritaria peruana- es sinónimo de daño, lesión, menoscabo o detrimento que recae sobre derechos o intereses de las personas; o, podríamos decir, sobre un bien jurídico específico de una persona. Para entender mejor esta concepción, en cuanto al sujeto perjudicado “persona natural”<sup>21</sup>, nos debemos remitir a la persona humana como punto de partida; así, Castillo Córdova (2007) la conceptualiza como “una realidad imperfecta que tiende a la perfección, la cual consigue a partir de la satisfacción de sus necesidades propiamente humanas” (p. 4); haciendo referencia a su valor en los siguientes términos: “La persona humana tiene una dignidad (un valor) que consiste en ser un fin en sí misma [...] no

---

<sup>21</sup> En la presente investigación se ahondará en la persona natural como sujeto perjudicado, no perdiendo de vista que la persona jurídica, claramente, también puede serlo.

permite considerarla como un medio. Se arremete contra este valor cuando se intenta tratar a la persona como un objeto” (Castillo, 2007, p. 14); ello, porque la dignidad que posee la persona humana es ontológica, es decir, la ostenta -y por ende, vale- por el solo hecho de ser persona, radicando su importante protección en nuestro sistema jurídico, desde el primer artículo de nuestra Carta Magna que establece: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En ese marco de ideas, es a esta persona natural a quien le corresponden los *bienes jurídicos* que el delincuente daña, lesiona, menoscaba o perjudica, cumpliendo típicamente una disposición específica del CP peruano. En cuanto a la concepción de bienes jurídicos, creemos conveniente tomar en cuenta la conceptualización de esta figura que realiza el Dr. Sánchez-Ostíz (2020) entendiendo a estos como *ámbitos de desarrollo personal*; de este modo, el referido autor español argumenta que:

Entender estas realidades no como bienes jurídico-penales en el sentido habitual, sino como ámbitos de desarrollo personal, permite desvincularse de la asociación de ideas entre bien y objeto de protección jurídica. A su vez, enlaza con la idea de bien común, entendiendo por tal aquello que contribuye a mejorar la vida de las personas en sociedad. De este modo, pasa a primer lugar una visión de la persona en su contexto, como ser social. (pp. 41-42)

Creemos acertada esta acepción, ya que nos permite valorar el ámbito social de realización de la persona, así como, nos faculta a distinguir la finalidad del derecho penal con la conceptualización de bien jurídico al que siempre se debe remitir esta finalidad. Me explico, nosotros adoptamos una finalidad de protección del derecho penal en los términos que bien expresa Vílchez Chinchayán (2021):

la protección del Derecho penal no recae sobre un objeto o una cosa, sino sobre la vigencia normativa de una expectativa de comportamiento. Sobre la base de lo anterior, puedo afirmar que a través del Derecho penal se mantiene o afianza el *statu quo* de las condiciones básicas para el funcionamiento de la sociedad, que van desde la tutela de cuestiones personalísimas (como, por ejemplo, la expectativa de no lesión de la vida, el cuerpo, la salud y la libertad de sus ciudadanos), pasando por otras de interés colectivo (como, por ejemplo, el mercado financiero, la salud pública, el medio ambiente, la solidaridad) hasta la (férrea) pretensión del Estado por asegurar y reforzar su actuación castigando tanto a funcionarios públicos como a particulares cuyas conductas afecten a la Administración pública. (pp. 69-70)

En ese sentido, debemos partir con la idea de que la ley penal es entendida como la disposición literal tipificada en el soporte material (CP), mientras que la norma penal acarrea un mensaje prescriptivo o proscriptivo a la sociedad; de allí, es ilustrativo afirmar que el delincuente no infringe la ley, más bien la cumple, lo que infringe es la norma. Para entenderlo mejor pongamos un ejemplo: Si X mata a Y, el sujeto activo X comete el delito de homicidio simple tipificado en el art. 106 del CP del siguiente modo: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad de 6 a 20 años”; la ley penal (el artículo citado) toma como supuesto de hecho abstracto la conducta de matar a otra persona, de tal manera que X, al matar a Y, ha cumplido con la conducta abstracta y, por tanto, con la ley penal; sin embargo, ha infringido el mensaje proscriptivo que se brinda a la sociedad con su penalización, es decir, el “no matar”. Por lo tanto, la protección del derecho penal, estriba en devolver a la sociedad la vigencia -en el ejemplo dado- de la norma “no matar”, encontrándose en la disposición del art. 106 del CP, una expectativa de que el comportamiento de las personas será no matar a otra; pero, el sujeto X ha infringido esa conducta abstracta esperada.

Esta protección de la vigencia normativa, siempre tiene relación con un bien jurídico específico, que aunque no es el fin del derecho penal protegerlos -ya que esta vía punitiva llega tarde, es decir, cuando los bienes jurídicos ya se han vulnerado-, sí existe una relación en el sentido de que ese comportamiento expectatio se vincula con la no vulneración de los bienes jurídicos de las personas. Por ende, podemos decir que el perjuicio es el daño, lesión, menoscabo o detrimento que se produce a los bienes jurídicos de una determinada persona, cuando el delincuente (sujeto activo) cumple con los presupuestos de un delito tipificado en el CP peruano. En ese sentido, toda realización de un delito (cumplimiento de la ley) implica un perjuicio al sujeto pasivo; siguiendo con el mismo ejemplo, si la persona X le quita la vida a la persona Y, cumple típicamente con el delito de homicidio simple previsto en el art. 106 del CP, ocasionándole por lo tanto, un perjuicio (daño) al bien jurídico vida de la persona Y; tomando en cuenta que, conforme a la cita de la descripción del tipo penal aludido, en ninguno de sus elementos típicos se precisa expresamente “en perjuicio de su vida”, ya que, se entiende tácitamente que, por su ubicación sistemática de delito contra la vida independiente, siempre se causará un perjuicio a este bien jurídico.

En el delito de abuso de autoridad, ya se entiende tácitamente un perjuicio o daño al bien jurídico del sujeto pasivo Estado, puesto que “el Estado se arroga o, en el mejor de los casos, la sociedad le encarga unas obligaciones que, en tanto condiciones de desarrollo de las personas y funcionamiento de una comunidad concreta, tiene que asegurar” (Vílchez, 2021, p. 70) y son los funcionarios o servidores públicos quienes, debido a su especial vinculación que

ostentan con la importante institución Estado, deben reforzar las condiciones básicas en beneficio de la comunidad social. Sin embargo, lo particular de este ilícito penal es que para configurar el injusto, se debe causar, además, un perjuicio a una persona natural concreta, para lo cual, se aplica lo mismo y en los términos que se ha expresado en los párrafos precedentes, con la diferencia que este perjuicio es para el agraviado de la acción (sujeto perjudicado), esto es, quien soporta el acto arbitrario.

### 2.1.2 *¿Perjuicio potencial o efectivo?*

El art. 376 del CP se encuentra redactado del siguiente modo: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario *que cause perjuicio* a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años” (la cursiva es nuestra). De la redacción legislativa y en mérito al principio de legalidad, se tiene que la expresión alude a un perjuicio efectivo, ya que la conducta típica de acto arbitrario, debe necesariamente *causar* un perjuicio a la persona agraviada de la acción; distinto sería el caso en que el legislador hubiese querido expresar literalmente un perjuicio potencial, ya que lo hubiese hecho con la expresión “*pueda resultar algún perjuicio*”, conforme consta por ejemplo en los delitos contra la fe pública en las modalidades de falsificación de documentos o falsedad ideológica, previstas en el art. 427 del CP<sup>22</sup> y 428 del CP<sup>23</sup>, respectivamente.

Sin embargo, no podemos dejar de tomar en cuenta la interpretación conjunta que se debe dar al tipo penal del art. 376 del CP materia de análisis, puesto que la conducta típica (acto arbitrario) puede ser cometida por dos verbos rectores claramente diferenciados, siendo estos “cometer” y “ordenar”.

Salinas Siccha (2019) explica estas dos modalidades, del siguiente modo:

La conducta típica de cometer un acto arbitrario en perjuicio de tercero se configura cuando el agente que siempre será un funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones, por sí mismo realiza el acto arbitrario. Aquí el funcionario público personalmente efectúa, perfecciona o realiza el acto arbitrario en perjuicio de tercero. (p. 255)

<sup>22</sup> Artículo 427.- El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso *puede resultar algún perjuicio*, con [...].

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso *pueda resultar algún perjuicio*, será reprimido, en su caso, con las mismas penas. (la cursiva es nuestra)

<sup>23</sup> Artículo 428.- El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, *si de su uso puede resultar algún perjuicio*, con [...]. (la cursiva es nuestra)

El que hace uso del documento como si el contenido fuera exacto, siempre que de su uso *pueda resultar algún perjuicio*, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

[...]

En tanto que la conducta típica de ordenar se configura cuando el funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones dispone que otras personas sean las que ejecuten el acto arbitrario en perjuicio de tercero. (p. 256)

Así, se denota que en el verbo “cometer” el funcionario público agente del delito, abusando de sus atribuciones legalmente encomendadas, comete ese acto arbitrario de manera personal y propia, sin importar que esta misma persona sea quien lo haya ordenado<sup>24</sup>; distinto al hecho que supone el verbo “ordenar”, en el cual el sujeto activo funcional, abusando de sus atribuciones legales, solamente manda (a otra persona, sin importar su calidad) a realizar un determinado acto arbitrario, sin que sea necesario ninguna otra conducta posterior para ejecutar el delito.

Hacer referencia a estas modalidades delictivas, implica determinar los modos de intervención penal; ya veíamos en la *Tabla 1 - Criterios doctrinarios en el entendimiento del elemento típico perjuicio del delito de abuso de autoridad*, expuesta en el capítulo anterior, que los criterios doctrinarios son disímiles en cuanto a si el delito *sub examine* es un delito de mera actividad o de resultado o, por qué no, de ambos matices.

Para ello, en primer lugar, debemos referirnos a la concepción de la clasificación de los tipos penales según la exigencia o no de un resultado. Con relación a lo antes aludido, García Cavero (2019) distingue a los delitos de “mera conducta” o “mera actividad” de los delitos de resultado, en los siguientes términos:

En los primeros el delito se consuma con la sola realización de la acción (mera actividad, como el delito de violación de domicilio del artículo 159 del CP) o de la omisión (omisión pura, como el delito de omisión a la asistencia familiar del artículo 149 del CP) sin que sea necesario constatar un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta. En los delitos de resultado, por el contrario, se exige un resultado separado espacial y temporalmente de la acción del autor como es el caso del delito de homicidio o de la estafa. La importancia de esta diferenciación de los tipos penales se encuentra fundamentalmente en el nivel de la imputación objetiva, pues la consumación del delito de mera conducta se producirá con la sola creación del riesgo prohibido, mientras que, en el caso de los delitos de resultado, se exigirá además la imputación objetiva del resultado.

---

<sup>24</sup> No estamos de acuerdo con el autor Salinas Siccha (2019) en el extremo que sostiene: “En esta modalidad de abuso de autoridad, el sujeto activo imputado de cometer un acto arbitrario es también quien lo ha ordenado; la orden se halla implícita en la tipicidad del hecho ilícito” (p. 255).

Dentro de los delitos del resultado se suelen diferenciar los *delitos de lesión* de los *delitos de peligro*. Los primeros requieren que el resultado diferenciado de la acción sea la efectiva lesión de un objeto que corporaliza el bien jurídico protegido, como es el caso, por ejemplo, del delito de daños del artículo 205 del CP. Los delitos de peligro suponen, por el contrario, solamente una amenaza al objeto que representa el bien jurídico. En cuanto a la configuración del peligro, se suelen diferenciar, a su vez, los *delitos de peligro concreto* de los *delitos de peligro abstracto*. En los primeros el tipo penal exige que en el caso concreto se hayan presentado todas las condiciones para la lesión del objeto sobre el que recae la acción, no produciéndose dicha lesión por razones fortuitas (por ejemplo, el delito de peligro común del artículo 273 del CP). Los delitos de peligro abstracto requieren únicamente la peligrosidad general de la conducta sin que sea necesario que, en el caso concreto, se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido (por ejemplo, el delito de conducción bajo estado de ebriedad del artículo 274 del CP). Si se analiza detenidamente los delitos de peligro abstracto, podrá concluirse que no se tratan, en sentido estricto, de delitos de resultado pues no requieren un peligro efectivo. Se tratará, por lo tanto, de delitos que se configuran solamente con la realización de una conducta en general peligrosa. (pp. 399-400)

Nuestra postura, importa asumir que en el supuesto de hecho abstracto del delito de abuso de autoridad, no se aprecia un delito de mera actividad; por el contrario, nos encontramos ante un *delito de resultado*. Esta conclusión se realiza porque con la realización del acto arbitrario no se agota el tipo penal, sino que, conforme lo estipula el art. 376 del CP, se requiere el elemento del “perjuicio” hacia una tercera persona (sujeto pasivo de la acción) que no es, de ningún modo, el Estado (sujeto pasivo del delito). Así, se evidencia una doble forma de intervención: en el verbo rector “ordenar”, estamos ante un *delito de resultado de peligro (concreto)*; pero cuando nos referimos al verbo rector “cometer”, nos encontramos con un *delito de resultado de lesión*.

En dicha correspondencia, en la modalidad de “ordenar” se requiere un perjuicio *potencial*, ya que el delito se consumará cuando se verifique que con dicho mandato arbitrario, existe una seria posibilidad de causar un daño a los bienes jurídicos de la persona afectada; por su parte, se requerirá que sea *efectivo* el perjuicio cuando se “cometa” el acto arbitrario, esto es, que efectivamente se debe lesionar los bienes jurídicos del perjudicado que soporta la conducta arbitraria.

### 2.1.3 *La gravedad del perjuicio*

En principio, debemos tener en cuenta que todo delito, para que sea político-criminalmente penalizado en una disposición contenida en el CP, ha pasado una calificación que obedece nada más y nada menos que al principio de mínima intervención del derecho penal o *última ratio*, el cual se conceptúa según Villavicencio Terreros (2006), en los siguientes términos: “el Derecho Penal solo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Esto exige un programa de control razonable de la criminalidad” (p. 92), siendo este control el que también es realizado por los operadores jurídicos para frenar la intervención del derecho penal en casos que no alcancen esa “gravedad” que reviste esta vía jurídica, en los bienes jurídicos necesariamente “más importantes”.

De este modo, el principio aludido está compuesto, a su vez, de dos principios operativos, como son el de subsidiariedad y el de fragmentariedad, conceptualizados por García Caveró (2019) del siguiente modo:

Ambos principios se condensan en la idea global de que solo deben sancionarse penalmente las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes. Mientras la subsidiariedad se centra en la importancia del bien jurídico, la fragmentariedad hace lo propio con la gravedad de las conductas que la lesionan. (p. 136)

Especificando, el mismo doctrinario peruano antes aludido, de modo más detallado, estas definiciones:

El principio de subsidiariedad tiene una manifestación cualitativa y otra cuantitativa. En el plano cualitativo, la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal. En este sentido, las conductas que van en contra de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social, no podrán dar pie a una sanción penal, aun cuando se encuentren generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control. [...] Pero la subsidiariedad tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos. (p. 136)

Según el llamado principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro del conjunto de conductas lesivas sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves. Cómo se determina esa gravedad, evidentemente depende del grado de perturbación

social que produce y la necesidad de que sea necesariamente una pena la que devuelva la confianza en la norma infringida. (p. 137)

Consecuentemente, lo expresado podría resumirse conforme se establece en la Tabla 4:

**Tabla 4**

*Concepciones de los principios operativos o subprincipios del principio de mínima intervención del Derecho penal o última ratio*

Principios operativos o subprincipios		Concepción
Subsidiariedad	Cualitativa	El derecho penal interviene cuando se vulneran los bienes jurídicos más importantes.
	Cuantitativa	El derecho penal interviene cuando las conductas no pueden resolverse con los medios jurídicos extrapenales menos lesivos.
Fragmentariedad		El derecho penal interviene cuando se lesiona de manera grave los bienes jurídicos más importantes.

De esta forma, la aplicación de estos subprincipios (podríamos llamarle así y llamar “principio” al de *última ratio*) se verifican para tipificar político-criminalmente las conductas como delito; y, en la práctica judicial, para subsumir o no en el caso concreto la configuración del delito tipificado. No obstante, este estudio de gravedad de lesión atiende principalmente a la conducta típica del injusto penal; en concreto, para el delito de abuso de autoridad, se debe verificar la aplicación de este principio y subprincipios, en el *acto arbitrario* ejercido por el sujeto activo especial.

El acto arbitrario que comete el agente, en abuso de sus atribuciones legalmente conferidas, lo es, en cuanto “no está fundado en Derecho, no tiene cabida en el sistema penal” (Vílchez, 2021, p. 227); es decir, este sujeto activo tiene una determinada vinculación con la institución específica Estado que se consagra en un deber positivo -de hacer- estatuido en “garantizar que el curso de lesión o de peligro, de donde sea que venga, no afectará la organización del destinatario” (Vílchez, 2021, p. 66). Así, no será acto arbitrario, por poner un ejemplo, las tardanzas o inasistencias que un funcionario o servidor público tenga en la institución pública a la que pertenece, debido a que por aplicación del principio de fragmentariedad, estas conductas no alcanzan -en palabras de García Cavero- el nivel de perturbación social para penalizarlas como delito, sin ser óbice de estudio en el nivel extrapenal correspondiente (sede administrativa-disciplinaria).

Lo característico del delito de abuso de autoridad es que uno de los elementos configurativos del art. 376 del CP, como lo es el perjuicio a otra persona, también necesita de una determinada valoración; por lo que, podríamos decir, este ilícito no se agota en la verificación de si el acto arbitrario cometido perturba de modo grave el bien jurídico protegido<sup>25</sup> en este injusto penal, sino que, es un delito “compuesto”, equivaliendo valorar, además, si ese acto arbitrario dirigido a lesionar al sujeto pasivo del delito, perjudica o no los bienes jurídicos -en el entender que ya se ha delimitado- de la persona natural pasiva de la acción (la que soporta ese acto arbitrario).

#### **2.1.4 Alternativas de contenido del perjuicio en el delito de abuso de autoridad (Con la propuesta del Dr. Pablo Sánchez-Ostíz)**

Atendiendo a lo esgrimido líneas arriba, equivale delimitar cuál es el contenido específico propio y característico del perjuicio en el delito de abuso de autoridad; así, podemos decir que, en principio, se debe valorar si la conducta típica (acto arbitrario) cumple con los subprincipios (subsidiariedad y fragmentariedad) del principio de *última ratio* del derecho penal; para después, en cuanto al presupuesto configurativo del perjuicio, establecer qué tipos de bienes jurídicos se deben afectar y en qué nivel de perturbación, para cumplir con la subsunción en este ilícito penal.

Sánchez-Ostíz en su obra “A vueltas con la Parte Especial” intenta plantear una teoría de la Parte Especial del Derecho penal, sistematizando esta rama jurídico-dogmáticamente. Respecto a los bienes jurídicos, conforme ya lo hemos enunciado parágrafos anteriores, se refiere a estos como *ámbitos de desarrollo personal*, esgrimiendo con mejor entendimiento, que:

El conjunto podría relacionar los bienes jurídico-penales con la idea de bien común. Es decir, los bienes jurídico-penales, los que tutela el Derecho penal, vienen a garantizar un ámbito de desarrollo conjunto que podría denominarse como “bien común”. Se trata de algo más que un mero agregado de bienes individuales. Aquí residen dos ventajas en favor de esta idea. Por un lado, que expresa una adecuada relación entre lo personal y lo social, puesto que se parte de la persona como ser coexistente (ser-con-otros), que me parece permite superar las indebidas dicotomías entre individuo y sociedad. Por otro, que mantiene la vinculación de la idea de bien con una valoración positiva y su

---

<sup>25</sup> Vílchez Chinchayán (2021), alejado de la mayoría doctrinaria que establece como bien jurídico el buen funcionamiento de la Administración pública; precisa que la razón de ser se fundamenta en “la intolerable infracción de los deberes positivos a los que está obligado el funcionario público como tal, que genera una desvalorada desvinculación con una institución básica y fundamental como es el Estado, afectando la manifestación de su voluntad” (pp. 219-220).

raigambre política y constitucional (principios y valores superiores del ordenamiento). (Sánchez-Ostíz, 2020, p. 44)

Delimitando esta concepción en una dimensión social de la persona, adherida a esta en virtud de su dignidad y naturaleza; establece, por ende, una clasificación de los bienes jurídicos en cuanto aproximación más cercana o lejana a ese desarrollo personal-social de la persona humana, la cual se puede resumir en el siguiente gráfico para hacer más ilustrativas estas concepciones:

**Tabla 5**

*Clasificación de los bienes jurídicos según Pablo Sánchez-Ostíz*

Bienes jurídicos	Concepto
<b>Esenciales o primarios</b>	Realidades vinculadas directamente con el desarrollo personal; se identifican con su titular en cuanto entidad psicofísica, siendo una plasmación inmediata de la persona y coincidiendo con el ámbito de los derechos fundamentales. Ej: vida, salud, integridad, indemnidad, libertad, intimidad, entre otras.
<b>Secundarios</b>	Realidades referidas a la persona, pero que no son una plasmación directa o inmediata de esta; de tal modo que, no son vinculadas directamente con el desarrollo personal, pero lo posibilitan o facilitan (son medios). Su protección deriva, no de la persona por el hecho de serlo, sino de las situaciones o circunstancias - variables- en las que cada persona se encuentra. Ejm: patrimonio, inviolabilidad de domicilio, honor, relaciones familiares, entre otras.
<b>Funcionales</b>	Realidades e instituciones que sirven a la protección, aseguramiento, garantía o fomento de los bienes primarios y secundarios. Ejm: administración pública, administración de justicia, orden socioeconómico, fe pública, estado civil, entre otros.

*Nota.* Estas características descritas están expresadas en Sánchez Ostíz, (2020), pp. 44-45.

Como observamos, esta clasificación nos ayuda a delimitar los bienes jurídicos propios del elemento perjuicio del delito de abuso de autoridad. ¿Importa la lesión, daño, menoscabo o detrimento de cualquier clase de bien jurídico, para que se subsuma en el contenido propio del perjuicio? Tenemos alternativas de contenido en el siguiente rubro:

**2.1.4.1 Afectación a cualquier clase de bien jurídico.** Una primera alternativa, consiste en asumir que el contenido propio del perjuicio del delito de abuso de autoridad, está referido a la lesión de los bienes jurídicos de indistinta clase, ya sean primarios, secundarios o funcionales; importa poco o casi nada qué tipo de bien se afecta, ya que, en cualquiera de sus

clases, calza con el contenido propio del elemento configurador del tipo *sub lite*. Así, por ejemplo, si el acto arbitrario del sujeto activo, consiste en matar a una persona -como el caso materia de análisis-, implica la lesión del bien jurídico esencial vida, siendo este uno de los bienes jurídicos que forma parte del contenido del ilícito penal. De igual forma sucede con el patrimonio (secundario) o contra la propia administración pública (funcional), por ponerlos como ejemplos.

Con “propio” nos queremos referir a que se establece la configuración de dicho injusto penal y no de otro (excluyente o incluyente). Este es el caso del razonamiento de la Corte Suprema en la Casación materia de estudio, dado que asume como propio del delito de abuso de autoridad, el perjuicio al bien jurídico vida; no obstante, razona que como este perjuicio ya se encuentra inmerso en el tipo penal de homicidio, por principio de alternatividad, al tener la pena más grave, solamente se aplicaría ese en el caso concreto, porque presuntamente englobaría el desvalor jurídico total de la acción.

El problema que traería esta concepción es que no se establece una graduación entre los contenidos del perjuicio, vale decir, da igual si se menoscaba un derecho fundamental como la integridad física, o la vinculación con la administración pública del administrado perjudicado; al fin y al cabo, siempre configurarían el contenido propio del perjuicio en el delito de abuso de autoridad; que solo permitirá la aplicación de otro tipo penal, si se establece un concurso de leyes (conforme al criterio de la Cas. N.º 950-2018/Tumbes) y sea otra la ley desplazante.

**2.1.4.2 Afectación a los bienes jurídicos funcionales.** La segunda alternativa importa valorar que el contenido propio del perjuicio que contiene el delito de abuso de autoridad, es aquel que menoscaba bienes jurídicos funcionales, no primarios ni secundarios. Entenderlo así, implica que el daño (o la posibilidad de causarlo) debe estar referido a realidades que aseguran o fomentan los bienes primarios o secundarios (los que coadyuvan directa o indirectamente al desarrollo de la persona humana); pero, si con la realización del acto arbitrario cometido por el sujeto activo cualificado, se lesionan los bienes esenciales o secundarios, como por ejemplo la libertad o la inviolabilidad de domicilio de una persona, respectivamente, no estaremos en el contenido propio del delito de abuso de autoridad, sino que, traspasaríamos su contenido esencial y nos encontraríamos inmersos en un concurso de delitos (ideal o real, eso dependerá del caso concreto).

Como ejemplo se puede alegar el razonamiento que tuvieron las instancias judiciales inferiores a la suprema, en el caso que es materia de la Casación materia de estudio, las cuales se decantaron por asumir un concurso real de delitos (dos hechos, dos delitos) entre el delito de homicidio simple y abuso de autoridad, ya que al vulnerarse el bien jurídico importante vida,

entendieron que se trataba ya de la configuración de dos delitos y no solo del ilícito penal de abuso de autoridad (asumiendo una pluralidad de acciones).

Otro caso ejemplar sería asumir que no entra en el contenido propio del perjuicio de abuso de autoridad, el menoscabo al honor (bien jurídico secundario) de una persona, como el caso al que se ha hecho referencia en el capítulo anterior, respecto a la representante del Ministerio Público que increpó de manera prepotente a su asistente de llevarse medios probatorios de una Carpeta Fiscal, humillándolo y ordenando abrir su maletín en el que finalmente solo se encontró un táper de refrigerio y folletos de un curso organizado por la Escuela del Ministerio Público. Del mismo modo, el caso en el que efectivos policiales intervinieron un vehículo y, al no tener los documentos solicitados por la autoridad policial, entraron al auto, ordenándole al conductor que conduzca hasta la Comisaría del distrito, en cuyo trayecto revisaron el auto y encontraron una suma dineraria de \$20 000 dólares americanos, apropiándose de esta y quitándole sus teléfonos celulares al conductor; puesto que, al ser el patrimonio también un bien jurídico secundario, daría pie automáticamente a un concurso de delitos por desbordar la autenticidad del perjuicio requerido en el art. 376 del CP.

Esta alternativa de contenido no resulta totalmente clara en cuanto a si solo se debe verificar la afectación de un determinado tipo de bienes (funcionales) y descartar los otros (primarios o secundarios) de plano, sin mayor atención a la entidad de dicho daño. Vale decir, qué pasaría si con el acto arbitrario del agente público se comete una afectación a la integridad física, pero que estime, por poner como ejemplos, una simple bofetada o lesiones con pocos días de atención facultativa o incapacidad médico legal; o, qué pasaría si en el ejemplo del menoscabo al bien jurídico patrimonio del intervenido, al que nos hemos referido en el párrafo anterior, se hubiese dado con la apropiación de una suma dineraria ínfima o inferior. Ante estas cuestiones, nace la alternativa de contenido que se expondrá a continuación.

**2.1.4.3 Afectación a los bienes jurídicos funcionales y la violación “no grave” de los bienes jurídicos primarios o secundarios.** Un criterio -a nuestro parecer- mucho más razonable es entender que el contenido propio del perjuicio como elemento configurador del delito de abuso de autoridad, implica lesionar o menoscabar los bienes jurídicos funcionales o de tercer orden, por ser los que sirven o aseguran las realidades vinculadas directa o indirectamente con el desarrollo personal; pero no solo ellos, sino también se incluiría dentro del contenido esencial de este perjuicio, si se vulnera de manera “no grave” los bienes jurídicos primarios o secundarios, ya que, de tener dicho acto arbitrario la entidad suficiente para vulnerar gravemente los bienes jurídicos de primer y segundo plano, estaríamos inmersos en un concurso (ideal o real) de delitos.

En ese entendimiento, está claro que, a nuestra consideración, en la Cas. N.º 950-2018/Tumbes, el acto arbitrario que *Julca Dávila* realizó (intervención policial totalmente extralimitada en su ejercicio) desencadenó en un perjuicio grave a la vida del ciudadano Benites Jiménez; por lo que, no formaría parte de un contenido propio del delito de abuso de autoridad, sino que, da pie a un concurso de delitos, en específico, con el delito de homicidio. La conclusión a si se da un concurso ideal o real de delitos, la estableceremos en el apartado donde se analizará el concurso del delito de abuso de autoridad con otros tipos penales; por lo pronto, nos sirve determinar que la muerte al sujeto pasivo de la acción, definitivamente excede el contenido esencial del perjuicio como componente del delito contra la administración pública atribuido.

Por otro lado, tenemos claro que la gravedad de esos bienes jurídicos primarios o secundarios, para que desborden el contenido propio del perjuicio en el delito de abuso de autoridad, no está totalmente clara, ya que dependerá del grado de perturbación social que el caso concreto determine. No obstante, un ejemplo ilustrativo lo podríamos poner en un supuesto de acto arbitrario de un efectivo policial que al extralimitarse en el ejercicio de su función de intervenir, causa una lesión a la integridad física de un ciudadano o ciudadana; de por sí, podemos decir que conforme a la segunda alternativa de contenido, al ser la integridad física un bien esencial, definitivamente sobrepasa el contenido exclusivo del perjuicio de abuso de autoridad; así, de plano conviene descartar una simple bofetada, ya que ello no estaría dentro del derecho penal, pero si, por ejemplo, se le causa lesiones que concluyen una atención facultativa o incapacidad médico legal menor a 10 días (tomando el criterio cuantitativo del delito), no se configuraría el delito de lesiones leves estipulado en el art. 122 del CP<sup>26</sup>, por ende, no se aplicaría un concurso de delitos, no obstante, aun cuando no sea una vulneración grave al bien jurídico primario para que se configure ese delito común, se quedaría dentro del contenido del perjuicio de abuso de autoridad.

Otro caso ejemplar sería el supuesto fáctico en que un efectivo policial realiza una intervención a una determinada persona, esta saca su teléfono móvil para grabarlo y el policía le arrebató el celular forcejeando bruscamente sus manos y no se lo devuelve. En este caso, el sujeto activo ha realizado un acto arbitrario (sustraer de modo violento el equipo celular, en medio de una intervención policial) causando un grave perjuicio al patrimonio del sujeto pasivo

---

<sup>26</sup> Artículo 122.- Lesiones leves

1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud física o mental que requiera más de diez y menos de veinte días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. [...]

de la acción; por lo que, al ser un menoscabo grave a un bien jurídico secundario de la persona, rebasa el contenido propio del delito de abuso de autoridad, dando lugar a establecer un concurso de delitos, en específico, entre el delito funcional aludido y el delito de robo estipulado en el art. 188 del CP<sup>27</sup> peruano.

Esta fundamentación de ejemplos tiene sentido, justificación y coherencia, puesto que, como vemos en la propia morfología jurídica de la disposición del art. 376 del CP, la consecuencia jurídica que se deriva de que un hecho concreto cumpla con los presupuestos configurativos abstractos del tipo penal, es una pena privativa de libertad de 2 días a 3 años (incluso puede ser suspendida en su ejecución); por ende, es razonable que el perjuicio que se cause a una persona, propio del delito de abuso de autoridad, sea de entidad suficiente de tal modo que no implique una infracción administrativa, pero a la vez, no sea tan grave que vulnere bienes jurídicos importantes de un modo relevante, puesto que, de serlo, no encontraría sentido la consecuencia jurídica leve que se impone y sobrepasaría ese contenido esencial o propio del tipo penal.

## **2.2 El contenido de la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad**

Otro de los aspectos importantes de este delito contra la administración pública que forma parte de estudio en el presente trabajo de investigación, es su carácter subsidiario que la doctrina y jurisprudencia asumen, conforme hemos percibido en el capítulo anterior, calificándolo no solo con este adjetivo, sino también con otros como “residual” o “genérico”.

En el presente apartado analizaremos, en principio, qué significa que el delito de abuso de autoridad sea subsidiario, esto es, cuál es el contenido de dicha característica; así como, admitiéndose que tenga dicha adjetivación, de qué delitos podría serlo: ¿de cualquiera o solo de unos determinados tipos penales legalmente establecidos? Veamos:

### **2.2.1 La subsidiariedad como residualidad**

Conforme a los argumentos y justificaciones que se han expresado en el capítulo primero, tanto la doctrina mayoritaria (Véase *Tabla 2 - Criterios doctrinarios en el entendimiento del carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad*) como la jurisprudencia citada, entienden al delito de abuso de autoridad como subsidiario de otros delitos más específicos, aplicable solamente cuando la conducta típica y el perjuicio del tipo penal del art. 376 del CP, no se encuentran tipificados objetivamente en los injustos penales más concretos;

---

<sup>27</sup> Artículo 188.- Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

ya que, de ser así, solamente se aplicaría el tipo penal más específico y no el delito de abuso de autoridad.

De esta manera, en mérito a las interrogantes que se han planteado en el capítulo anterior respecto a lo concerniente a la subsidiariedad como característica de delito, podemos afirmar que esta adjetivación, no tiene que ver *necesariamente* con el criterio de subsidiariedad del concurso de leyes, como lo afirma Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018) en los siguientes términos: “La subsidiariedad del tipo penal implica reconocer que, de darse el concurso aparente de leyes, este se resuelve por la regla de subsidiariedad” (p. 38); ya que, de lo contrario, estaríamos limitando de manera injustificable, la aplicación de los demás criterios de aplicación del concurso de leyes (especialidad, consunción o alternatividad) que claramente se pueden aplicar con cualquier ilícito penal, no teniendo relación absoluta con el carácter subsidiario o no de estos; siendo, por ejemplo, el criterio de alternatividad el que aplica la Corte Suprema para solucionar el caso *sub lite*.

Ya con ello delimitado, debemos concluir que el sentido de la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad como adjetivo, en relación con otros tipos penales, se puede atribuir como *residualidad*, es decir, entender que el injusto penal se aplicará, siempre y cuando -en principio- exista una valoración de que este “acto arbitrario” (conducta típica), al ser un concepto jurídico genérico, no calza dentro de otros tipos penales más específicos.

El meollo del asunto se encuentra en definir, ya asumiendo al delito como subsidiario/residual, de qué delitos podría serlo, lo cual se estudiará en el siguiente apartado, usando determinadas alternativas de entendimiento para poder graficar de una manera más organizada las diversas soluciones que podemos dar respecto a su alcance.

### ***2.2.2 Sobre la clasificación de los delitos contra la administración pública según el Código Penal peruano y una propuesta de clasificación de estos delitos cometidos por funcionarios públicos***

En este apartado, debemos tener en cuenta la ubicación y distribución sistemática de los delitos contra la administración pública (el delito materia de estudio pertenece a esta clase de delitos) recogida en el Título XVIII del CP peruano del siguiente modo:

Capítulo I: Delitos cometidos por particulares (Arts. 361 al 375)

Capítulo II: Delitos cometidos por funcionarios públicos (Arts. 376 al 401)

Capítulo III: Delitos contra la administración de justicia (Arts. 402 al 424)

Capítulo IV: Disposiciones comunes (Arts. 425 al 426)

Conforme observamos de la clasificación citada, esta distribución no tiene un criterio propio definido, ya que al parecer se organizan según el sujeto activo que comete dichos delitos

(sea un particular o un funcionario público), no obstante, existe un capítulo de delitos contra la administración de justicia que no se condice con la clasificación según el agente, sino, más bien, por el bien jurídico protegido genérico en dichos delitos (la administración de justicia) encontrándose estos dentro de un Título que tiene bien jurídico genérico distinto (la administración pública) y en los cuales se denotan tipos penales cometidos tanto por particulares como por funcionarios o servidores públicos; finalmente, concluye este título con el apartado “Disposiciones comunes” que contempla dos artículos, uno relacionado a lo que significa jurídico-penalmente el término funcionario o servidor público (art. 425 del CP) y otro que analiza la inhabilitación como consecuencia jurídica que se impone en determinados injustos penales.

Aunado a ello, dentro de los mismos capítulos no existe coherencia según su clasificación, situación que vemos, por ejemplo, en el delito contra la administración pública en la modalidad de usurpación de función pública, estipulado en el art. 361 del CP, que contempla tres supuestos de hecho abstractos distintos: a) El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública o la facultad de dar órdenes militares o policiales; b) El que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo, continúa ejerciéndolo; c) El que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene. Así, atendiendo a su ubicación sistemática, este ilícito penal pertenece a los delitos contra la administración pública cometidos por particulares, por lo que, lo razonable sería que todos los supuestos que tipifica, sean desarrollados por un sujeto particular como agente del ilícito; sin embargo, si observamos detenidamente, existe un supuesto (c) en el cual el sujeto activo de ningún modo puede ser un particular, sino necesariamente debe tener la calidad de funcionario o servidor público, haciendo notorio el mal criterio de calificación que esgrime el CP peruano.

Por su parte, el capítulo II de delitos cometidos por funcionarios públicos, tampoco es ajeno a esta contradicción, ya que uno de los delitos contemplados en el referido capítulo es el cohecho activo genérico que esgrime dos supuestos de hecho: a) El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones; y, b) El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación. En ambos supuestos fácticos, el sujeto activo necesariamente es un particular, no puede serlo de ningún modo una persona que tenga una relación funcional; no obstante, aun así, conforme lo hemos precisado líneas arriba, este delito pertenece al grupo de delitos cometidos por funcionarios públicos.

En ese sentido, es necesario traer a colación una clasificación propia e innovadora del Capítulo II “Delitos cometidos por funcionarios públicos” de los delitos contra la administración pública que desarrolla el Dr. Vílchez Chinchayán en su obra “Delitos contra la administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación” en la que, lejos de clasificar a los delitos según la calidad del sujeto que lo comete, lo hace centrándose “en las peculiaridades que se encuentran en la ejecución de la conducta” (2021, p. 192). Así, las características de los tipos penales recogidos en el Capítulo II denotan un esquema de tres conductas diferenciadas: 1) Conductas de prevalimiento; 2) Conductas de desobediencia por infracción de deberes positivos especiales específicos; y, 3) Conductas de desobediencia por aprovechamiento de la posición.

De modo más concreto, Vílchez Chinchayán (2021) precisa que:

En las conductas de prevalimiento se encuentran aquellos supuestos típicos en los que el funcionario público intimida, coacciona, engaña o induce a error a los particulares e impone su voluntad. Para decirlo de otro modo, se trata de un funcionario que actúa como si fuera un particular, pero con más fuerza, “lo hace con uniforme”, y este infunde miedo en los otros. Por eso, se puede sostener que el funcionario público abusa de su posición de superioridad. Esta clase de conductas configuran el grupo de los delitos que denomino de abuso. Esto puede advertirse, por ejemplo, en los preceptos legales recogidos en los arts. 376 (delito de abuso de autoridad), 382 (delito de concusión) y 383 (delito de exacciones ilegales) del Código penal. (pp. 192-193)

Siendo así, con las precisiones hechas por el referido autor, es necesario delimitar el contenido de abuso que ejerce el sujeto funcional, ya que su sentido no es un sinónimo de aprovechamiento o desvinculación con la institución Estado, que ello se da en todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, sino que, se refiere a la imposición de su voluntad, sin mediar un contexto de relación específico, por el simple hecho de que al ostentar una función pública, se percibe con poder sobre otro (sujeto perjudicado o pasivo de la acción), a quien se le afecta mediante los medios comisivos de violencia, amenaza, engaño o la simple arbitrariedad (acción extralimitada de funciones que no está fundada en derecho).

En ese sentido, los ejemplos que esgrime este catedrático peruano, tienen en común una conducta de prevalimiento de la voluntad del funcionario público sobre un particular, con un supuesto de hecho abstracto distinto: el delito de abuso de autoridad implica que el sujeto activo ordene o cometa un acto arbitrario, esto es, una acción contraria a las disposiciones legales que le vinculan; por su parte, el delito de concusión aduce que el agente obliga o induce (aquí ya

existen medios de constreñimiento) al particular, a dar o prometer un bien o beneficio -necesariamente patrimonial- indebido; y, el delito de cobro indebido que esgrime una exigencia por parte del agente, de hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos (ello es más específico que los bienes y beneficios), dándose también un supuesto de constreñimiento al particular.

Por otro lado, sobre las conductas de desobediencia referidas a la infracción de deberes positivos especiales específicos, Vílchez Chinchayán (2021) enuncia que:

se encuentran los supuestos en los que el funcionario público interviene, debido a su cargo, en el control de tareas, operaciones, contrataciones y la administración de determinados bienes y servicios; sacando provecho de todo esto. Dicho de otro modo, el funcionario público obtiene un provecho ilegal al faltar a las obligaciones específicas que se le han encomendado. Esta clase de conductas configuran los delitos que denomino de gestión. Los ejemplos de estos casos se encuentran en los arts. 384 (delito de colusión); 387 (delito de peculado); 399 (delito de negociación incompatible) y 389 (delito de malversación) del Código penal. (pp. 197-198)

Lo característico de este tipo de conductas se basa en que a un sujeto activo funcional concreto se le arrogan determinadas competencias institucionales *específicas*, las cuales debe obedecer en beneficio de la institución Estado que representa, pero que, desobedece en mérito a sus intereses personales o particulares. Ello implica que exista un contexto especial en el cual solo determinados funcionarios pueden obrar, que puede ser -según los ejemplos esgrimidos por el referido autor- la contratación pública o la administración de bienes y recursos públicos.

Se denominan delitos de gestión, debido a que el agente funcionario público, valga la redundancia, gestiona un sector de actividad específico con competencias funcionales muy concretas. En el caso de los delitos de colusión y negociación incompatible, el contexto está relacionado a la contratación pública, donde se sanciona el interesarse indebidamente o acordar con un particular, defraudar a la entidad pública a la que representan; por su parte, los delitos de peculado y malversación de fondos implican que el sujeto activo tenga a cargo la administración -en sentido amplio- de determinados bienes y/o recursos del Estado, siendo que, si se desvía la finalidad por la cual fueron adquiridos, dentro de la administración pública o fuera de ella, se defraudan esas atribuciones especiales que le han sido encomendadas por su calidad de funcionario público.

Finalmente, Vílchez Chinchayán (2021) enuncia una tercera clase de conductas de desobediencia relacionadas a la posición en la que se encuentra el funcionario, decantándose estas acciones cuando:

este saca provecho de su situación sin necesidad de violentar o abusar (según los sentidos antes expuestos), y sí más bien mediante el ocultamiento, lo clandestino [...] el aprovechamiento indebido se da básicamente sobre la base de disimular u ocultar su actuación tanto o más porque no hay nada que justifique su trato o esa clase de trato o acercamiento con los particulares o el contacto con bienes o recursos públicos. Es más, muchas veces todo lo anterior se concreta con el apoyo de particulares que le “solicitan negociar”, o sencillamente el provecho se alcanza por encontrarse en una posición de funcionario público sin necesidad de ejercer alguna competencia específica. Estas conductas son las que configuran los delitos que denomino de oportunidad. Los rasgos de este grupo pueden encontrarse en los art. 400.II (delito de tráfico de influencias); 394 (delito cohecho pasivo impropio); y, 401 (delito de enriquecimiento ilícito) del Código penal. (pp. 201-202)

En este último tipo de conductas, no se requiere de competencias funcionales específicas que hagan denotar que solo determinados funcionarios públicos que tengan dichas atribuciones pueden ser agentes del injusto penal (como por ejemplo, los contextos de contratación pública o administración de bienes, en los delitos de gestión), sino que, para ser sujeto activo de los delitos de oportunidad, solamente se requiere la calidad de funcionario público; en ese entendimiento, existe la oportunidad de establecer una relación con los particulares y, en esa vinculación, el funcionario público desobedece sus atribuciones funcionales genéricas.

El referido autor pone como ejemplo paradigmático el cohecho pasivo impropio, tipo penal en el cual el funcionario público solicita o acepta un beneficio indebido, mayormente económico, por realizar un acto que es propio de su cargo, es decir, no falta a sus obligaciones. Esgrime con firmeza Vélchez Chinchayán que “no hay una apariencia de legalidad ni del cobro ni de la recepción de algún dinero, con la particularidad de que al no requerirse de alguna cualidad especial adicional a la de ser funcionario público, otro agente podría “contagiarse”” (2021, p. 204), haciendo de mayor relevancia ese “efecto multiplicador” que podría generar este tipo de conductas, hacia los demás funcionarios públicos, que daña la imagen del Estado peruano en su máxima expresión de “corrupción” en términos coloquiales.

Así, se concluye que la subclasificación esgrimida, resulta de utilidad para aproximarnos mejor al entendimiento de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, ya no considerando unos criterios de diferenciación vanos o insuficientes, que no ayudan en absoluto a establecer delimitaciones de contenido; sino que, estas diferencias que se remiten a una distinción de las conductas que el agente funcional realiza, coadyuvan a un mejor entendimiento de las figuras jurídicas y a un mejor orden y *ratio*

*legis* de los tipos penales, ayudando incluso, como es el caso de este apartado, a delimitar el contenido subsidiario del delito de abuso de autoridad.

### **2.2.3 Alternativas de solución del entendimiento del carácter subsidiario**

**2.2.3.1 Subsidiario de cualquier delito cometido por cualquier persona.** Para empezar, podemos decir que el delito de abuso de autoridad puede ser subsidiario (residual) de cualquier delito, de indistinta clase; ello implicaría que la conducta típica “acto arbitrario” cometida por el agente, puede ser excedente de otra acción arbitraria mucho más específica que ya se encuentra delimitada en una disposición concreta del CP.

Ante ello, es menester precisar que el delito de abuso de autoridad es un delito contra la administración pública, cometido necesariamente por un funcionario público, es decir, es un delito especial; por ende, lo primero que se debe establecer es que el sujeto activo o agente sea una persona que tiene una determinada vinculación con el Estado, en consecuencia, el delito materia de examen no puede ser subsidiario de cualquier delito cometido por un sujeto común, sino que, al ser la arbitrariedad una característica de la acción delictiva, esta solo se genera cuando la persona se extralimita en el ejercicio de sus funciones -necesariamente- públicas.

**2.2.3.2 Subsidiario de cualquier delito cometido por funcionario público.** La delimitación del sujeto activo del delito de abuso de autoridad permite establecer que, al ser un tipo penal especial, solo puede ser agente el funcionario público, con las determinadas funciones o atribuciones públicas encomendadas en razón de su cargo vinculado a la institución Estado. De ahí que esta alternativa de solución implique que el delito estudiado, pueda ser subsidiario de cualquier delito siempre y cuando este sea cometido por un sujeto especial (funcionario público).

En dicho entendimiento, el delito de abuso de autoridad puede ser subsidiario de cualquier delito ya sea común o especial abstractamente, siempre y cuando sea cometido, en concreto, por un funcionario público y el “acto arbitrario” genérico se especifique en la conducta típica del delito más propio. Esta propuesta es la que maneja la Corte Suprema en el caso *sub estudio*, argumentando que la acción de un efectivo policial de matar a un civil en medio de una intervención extralimitada, forma parte del acto arbitrario del delito funcional, por lo que, al ser esta arbitrariedad (matar) más especificada en el art. 106 del CP, solamente aplica este último en el caso concreto.

Lo mismo pasaría si, por ejemplo, el acto arbitrario del funcionario público se especifica en lesionar la integridad física de un tercero, cometerá el delito de Lesiones; si el acto arbitrario implica sustraer subrepticamente un bien mueble, se subsumirá en el delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto; si el acto arbitrario asume falsificar un acta, se aplicará el delito contra

la fe pública más concreto; y así sucesivamente, lo cual conlleva a resaltar su residualidad, esto es, primero verificar si ese acto arbitrario más específico no puede configurar otro delito - siempre y cuando el agente concreto sea funcionario público-, si es así, solo se aplica el delito que más concretiza o condensa esa arbitrariedad del acto funcional imputada.

**2.2.3.3 Subsidiario de cualquier delito contra la administración pública (Título XVIII del Código Penal).** Para estudiar esta alternativa, en principio, ya se excluye la residualidad del delito abuso de autoridad en delitos comunes cometidos por funcionarios públicos, al no compartir de ningún modo la naturaleza de dicho ilícito penal, referida a ser un delito de infracción de deber; por lo tanto, debemos remitirnos nuevamente a la distribución de tipos penales que realiza el legislador en el CP peruano, en su Título XVIII; esto es, clasificando a los delitos contra la administración pública en: delitos cometidos por particulares, delitos cometidos por funcionarios públicos, delitos contra la administración de justicia y disposiciones comunes.

Si se admite que el delito de abuso de autoridad, en su literalidad que sanciona al funcionario que realiza un acto arbitrario en perjuicio de alguien, puede ser subsidiario de cualquiera de los delitos del Título XVIII del CP, deberíamos decir que este es residual, por ejemplo, de los delitos contra la administración de justicia cometidos por funcionarios públicos, como lo es el injusto penal de Prevaricato estipulado en el art. 418 del CP<sup>28</sup>; así, cuando el juez o fiscal dicte una resolución o disposición, respectivamente, en contra del texto expreso de la ley, de forma residual, cometería un “acto arbitrario” en los términos del contenido de este elemento típico objetivo del art. 376 del CP.

Lo cuestionable, aparte del posible bien jurídico disímil entre los delitos contra la administración de justicia y el delito contra la administración pública, que el mismo *nomen iuris* lo delata; es que, no se encuentra una delimitación del contenido del acto arbitrario, ya que si se asume residual de todo el Título ya aludido, todas las conductas por más diferenciadas que sean y el contexto en que se criminalicen abstractamente, siempre calzarían residualmente como un “acto arbitrario”; asimismo, casi nunca se aplicaría el delito de abuso de autoridad al ser subsidiario de cualquier delito de este título, siendo el abanico de delitos desplazantes, demasiado amplio.

---

<sup>28</sup> Artículo 418.- Prevaricato  
El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

**2.2.3.4 Subsidiario de cualquier delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos (Capítulo II del Título XVIII del Código Penal).** En esta alternativa, ya se delimita más la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad, puesto que, se aleja totalmente a los delitos contra la administración de justicia que, como ya lo habíamos referido, tienen un bien jurídico protegido distinto a los delitos contra la administración pública como tal; por lo que, si los delitos cometidos por agentes públicos y la conducta se esgrime en un supuesto de hecho abstracto más específico de los delitos de este título, no se aplicará el delito de abuso de autoridad, sino el que tenga el contexto fáctico de la disposición más concreta.

No obstante, si observamos sistemáticamente esta clasificación del Capítulo II, se evidencia que existe una serie de delitos que no necesariamente tienen un escenario común, por ejemplo, existe una sección de concusión, injusto penal previsto en el art. 382 del CP<sup>29</sup> que sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo (menciona la palabra abuso) obliga o induce a determinada persona a dar o prometer un beneficio necesariamente patrimonial indebido, al mismo sujeto activo funcional o a otra persona; es así que, vemos cómo hace prevalecer su “autoridad” para coaccionar al particular. No obstante, en este mismo capítulo encontramos el delito de colusión, establecido en el art. 384 del CP<sup>30</sup>, que, por ejemplo

---

<sup>29</sup> Artículo 382. Concusión

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

<sup>30</sup> Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

-a diferencia del delito de concusión- este no exige ningún acto abusivo que obligue a la persona perjudicada, sino que, siempre está circunscrito a un contexto de contratación, de tal modo que en dicho *iter* contractual público no todos pueden ser sujetos activos, sino solamente los funcionarios a quienes se les arroga atribuciones específicas. Por su parte, más adelante se encuentra el delito de cohecho pasivo impropio, tipificado en el art. 394 del CP<sup>31</sup>, en el cual, a diferencia de los delitos anteriormente aludidos, aquí existe una vinculación mucho más marcada con el particular, obteniendo una ventaja mayormente económica del funcionario público, ya sea por propia iniciativa o por iniciativa del *extraneus*, teniendo en cuenta que el contexto al que se refiere, es muy distinto a un contexto específico como el de contratación, o a un abuso de su “autoridad”.

En ese entendimiento, no parece coherente establecer que el delito de abuso de autoridad pueda ser subsidiario de delitos como el de colusión o el de cohecho pasivo impropio, ya que no tienen una conducta parecida en su supuesto de hecho abstracto, corriéndose el riesgo de que se entienda residualmente el acto arbitrario, a cualquier supuesto donde está circunscrito a una contratación o cuando se piden las llamadas coimas, que es el ejemplo paradigmático de un hecho corrupto.

**2.2.3.5 Subsidiario de los denominados “delitos de abuso” (Con la propuesta de interpretación de los delitos contra la administración pública del Dr. Ronald Vílchez Chinchayán).** Con las precisiones ya realizadas anteriormente, respecto a la innovadora propuesta de interpretación de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, es conveniente hacer referencia a los tres grandes grupos de conductas que Vílchez Chinchayán (2021)) enuncia, tales como: de prevalimiento, de desobediencia por infracción de deberes positivos específicos y de desobediencia por la posición del funcionario; en correspondencia con los delitos que denomina de abuso, de gestión y de oportunidad, respectivamente.

Al no mantenerse una conducta parecida en estos tres *ítems* clasificatorios, cabe precisar que el delito de abuso de autoridad es un delito de abuso, en el cual el agente funcional hace

<sup>31</sup> Artículo 394. Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

prevaler su uniforme, infundiendo miedo al administrado; por lo que, son estas las delimitaciones que llenan de contenido a la conducta típica de “acto arbitrario” del injusto penal *sub lite*, ya que no cualquier supuesto de los ilícitos penales más específicos se entenderá como acción arbitraria, sino que, estos deben tener un eje común que está circunscrito a una conducta de prevalimiento de su condición de funcionario público.

Por ende, es lógico señalar que el delito de abuso de autoridad solamente será subsidiario o residual, de los delitos denominados *de abuso*, ya que, atendiendo a lo expresado por Vílchez Chinchayán (2021):

Se podría afirmar que el precepto recogido en el art. 376 CP es subsidiario o, como también se le conoce, que se trata de un abuso genérico. No obstante, no se tratará de uno que pueda entrar en defecto, por ejemplo, del delito de colusión o de peculado o cohecho. Y la razón no se encuentra en la distinta sección en la que se ubican, en este caso, los delitos de colusión, peculado y cohecho, sino por la estructura típica que tienen estos delitos. Así, no sería subsidiaria del peculado y cohecho, pero sí del delito de concusión o de exacciones ilegales en tanto la configuración típica responde a una misma línea esencial que he presentado bajo la lógica de los delitos de abuso. (p. 220)

En la presente investigación asumimos esta postura, al ser la más adecuada para interpretar esta característica del tipo penal objeto de estudio, precisando que los delitos de abuso no necesariamente se encuentran especificados en los delitos contra la administración pública funcionales, según la clasificación estipulada en el CP peruano; sino que, también se pueden encontrar en los delitos comunes que protegen bienes jurídicos distintos, siempre que el funcionario público sea el agente concreto del hecho y se mantenga esta línea conductual. Por ejemplo, el delito contra la libertad establecido en el Capítulo III “Violación de domicilio” en la modalidad de allanamiento ilegal de domicilio, tipificado en el art. 160 del CP en los siguientes términos: “El funcionario o servidor público que allana un domicilio, sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina, será reprimido con [...]” es un delito de abuso donde el funcionario hace prevalecer su voluntad, imponiéndola hacia una persona, inmiscuyéndose en una morada ajena, de manera ilegal (sin justificación alguna), de tal modo que el “acto arbitrario” genérico del art. 376 del CP, ya se especifica en el supuesto de hecho abstracto del art. 160 del CP, aplicándose este injusto penal en primer orden.

## 2.3 La aplicación del concurso de leyes o de delitos entre el delito de abuso de autoridad y otros tipos penales

### 2.3.1 Esencia

El proceso de subsunción de uno o más supuestos de hecho concretos, al supuesto de hecho abstracto de uno o varios tipos penales, implica la valoración de esta conducta en el contenido de las diversas disposiciones que prevé el CP; ello, no solamente resulta imperioso para determinar la concreta imputación jurídico-penal que se le atribuye al sujeto o sujetos activos, sino que, implica verificar la consecuencia jurídica que se le aplicará a estos, en ese contexto fáctico específico.

Es así que, conforme a la doctrina penal, se pueden dar determinados concursos; por un lado, tenemos el concurso de leyes -llamado también concurso aparente de delitos- y por otro, el concurso de delitos. En este entendimiento, es relevante hacer referencia a lo enunciado por Sánchez-Ostíz (2020) en los siguientes términos:

El concurso de normas tiene en común con el concurso de delitos su sentido o finalidad: se trata en ambos casos de decidir si la norma abarca suficientemente el desvalor de la conducta, su antijuridicidad. En el caso del concurso *de delitos*, sea real o ideal, se trata de aplicar las normas que sean precisas para abarcar todo el desvalor de la conducta. También en el caso de la concurrencia *de normas* se decide qué precepto abarca de forma más completa y acabada el desvalor o antijuridicidad de la conducta. Se podría decir, en definitiva, que el concurso de normas viene a evitar la desproporción por exceso en la sanción; mientras que el concurso de delitos, la desproporción por defecto. (p. 63)

### 2.3.2 Sobre el concurso de leyes o aparente de delitos

**2.3.2.1 Fundamento dogmático.** Para entender la aplicación de un concurso de leyes, se debe partir de la idea de que un supuesto fáctico concreto calza en diversos tipos penales, de eso no habría que generar mayor debate; la cuestión está en que, solo la aplicación de uno de ellos resulta suficiente para englobar la defraudación que se quiere tutelar jurídico-penalmente o, como lo expresa García Caveró: “una de ellas engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales concurrentes” (2019, p. 848).

No obstante, para saber cuándo nos encontramos verdaderamente en un concurso de leyes o de delitos, debemos tener en cuenta el fundamento de la aplicación de ambos. Ante ello nos preguntamos, el fundamento del concurso de leyes, ¿dónde lo encontramos? Algunos autores creen que se ubica en el injusto penal (juicio sobre el hecho), otros son del parecer que

se encuentra en el elemento de la culpabilidad (juicio sobre la persona), asimismo, existe una postura ecléctica que entiende su fundamentación en ambas categorías. Sin embargo, también se puede encontrar dicho fundamento en el plano de las consecuencias jurídicas, donde se evita una doble valoración al estar comprendido en uno de los tipos penales, los fines jurídicos que se quieren resguardar con el otro. Finalmente, también existe una consideración donde el fundamento se sitúa entre el injusto culpable y las consecuencias jurídicas (García, 2019, p. 849).

Pero, si lo que queremos es encontrar el fundamento por el cual se aplica el concurso de leyes, ¿por dónde deberíamos empezar? No es ninguna novedad que para hallar este criterio dogmático, siempre se debe partir de la función que tiene el Derecho penal. Sobre ello, es sabido que algún sector importante e incluso mayoritario de la doctrina, argumenta como función la protección de bienes jurídicos, siempre tomando en cuenta el principio de mínima intervención penal o *última ratio* y sus subprincipios de subsidiariedad y fragmentariedad, que nos informa que no todos los bienes jurídicos serán protegidos por la vía penal, sino solamente los más importantes para la vida en comunidad y, además, no todas las lesiones a dichos bienes jurídicos están sujetas a protección, sino solo las más graves cuya pretensión no puede ser resuelta por las vías extrapenales menos lesivas. Empero, en un sector funcionalista, se establece que la función que desempeña el Derecho penal se encuentra en el restablecimiento de la vigencia de la norma defraudada, pues, entenderla como en un principio se esgrimió, equivaldría desconocer la llegada tardía del derecho punitivo para aplicar una consecuencia jurídica; y es que no se podría decir que este protege bienes jurídicos si la sanción penal se dará cuando estos bienes jurídicos ya han sido lesionados o menoscabados o, cuanto menos, puestos en peligro; por el contrario, lo que se incumple es la norma penal que, al imponer una sanción idónea para dicho incumplimiento, se devuelve socialmente su vigencia, conservando su fin comunicativo en la sociedad.

Ahora bien, ¿qué tiene que ver la función del Derecho penal con el fundamento del concurso de leyes? Mucho, debido a que su entendimiento dependerá de la concepción que se tenga respecto a la finalidad del Derecho penal. Para aplicar un solo tipo penal que desplace a los demás, claramente amerita hacer una determinada graduación, en mérito a la función del Derecho penal: si la entendemos como la protección de bienes jurídicos, no se puede decir que equivale hacer diferenciaciones en cuanto a la importancia del bien jurídico, ya que estos son derechos atribuidos a la persona ontológicamente, esto es, le corresponden por el simple hecho de ser persona, que vale como fin y no como medio. Por ejemplo, si un hijo mata a su padre, esta conducta se puede subsumir en el delito de homicidio simple, así como en el delito de

parricidio, siendo que este último ya incluye la conducta del primero; si se admite el fundamento de aplicación de uno de los dos tipos penales a partir de la función como protección de bienes jurídicos, en ambos artículos se protege el bien jurídico indisponible y personalísimo “vida”, no equivale hacer una aplicación del delito de parricidio por cuestiones de mayor valor, porque tanto la vida del padre como la de cualquier otra persona que no tenga una estrecha vinculación con el agente, valen igual; sí, por el contrario, habría que decir que la defraudación de la norma “no matar”, es distinta en cuanto a sometimiento a graduación, pero no del valor del bien jurídico, sino del valor de la defraudación de la norma misma, es decir, se defrauda más la norma “no matar” si este comportamiento se realiza sobre un padre, que a cualquier otra persona, encontrando el fundamento de la aplicación del concurso de leyes, en la graduación de la defraudación de la norma penal, que hará eficiente sancionar el tipo penal en el que se haya defraudado más dicho mensaje prescriptivo o proscriptivo que los supuestos de hecho abstractos contienen.

Si partimos de la idea de que el fundamento para la aplicación del concurso de normas se encuentra en el nivel de defraudación de la norma que ha perdido vigencia en el caso concreto, podemos concluir que es imposible jurídicamente medir la defraudación en un determinado supuesto de hecho, si se trata de violación de normas completamente distintas. Y es que, por ejemplo, en el caso de autos, es cuestionable hablar de mayor o menor defraudación si, cumpliendo la disposición del art. 106 del CP, se viola la norma “no matar” y, por otro lado, si cumpliendo la disposición del art. 376 se infringe la norma “no incumplir los deberes positivos que se le confiere al funcionario o servidor público con la institución Estado”, puesto que son dos normas completamente disímiles, encontrando diferencias desde el sujeto activo hasta el bien jurídico que se protege en cada una de ellas; caso contrario sería si se diera el caso de causar la muerte del padre, por parte del hijo, dado que dicha conducta estaría inmersa en la disposición del art. 106 “el que mata a otro” y en el art. 107 “el que, a sabiendas, mata a su ascendiente” y el razonamiento se puede aplicar dado que ambos supuestos de hecho abstractos contienen la misma norma: “no matar”.

¿Siempre serían normas iguales? ¿Y cuando existe un supuesto entre el delito de homicidio y lesiones? Las normas son distintas (“no matar” y “no lesionar el cuerpo o la salud”). Diríamos que, no necesariamente deben ser las mismas normas, también pueden ser normas abarcales; esto es, la norma “no matar” ya abarca la norma “no lesionar el cuerpo o la salud”, puesto que, al propinar el fallecimiento de una persona, obviamente se lesiona su salud en el grado máximo de perjuicio. Por su parte, las normas abarcales también son notorias en delitos pluriofensivos, es decir, aquellos que vulneran a más de un bien jurídico, como por ejemplo el

robo, si bien protege como bien jurídico principal el patrimonio, también vulnera la libertad y la integridad física; o, el delito de secuestro extorsivo, que no solo afecta la libertad, sino también el patrimonio; entre otros.

Nuestra postura importa asumir que cuando nos encontremos ante “normas iguales o abarcales”, se aplicará el concurso de leyes o también llamado “aparente de delitos”; de tal modo que, la ley que abarque más y mejor la defraudación jurídico penal en un determinado caso concreto, será la aplicable en ese contexto fáctico específico.

**2.3.2.2 Criterios a aplicar para el concurso de leyes.** Legalmente, conforme se denota de las disposiciones del CP peruano, no se observa artículo alguno dirigido a analizar el contenido o rasgos característicos de los criterios aplicables a los concursos de leyes o concurso aparente de delitos. Por el contrario, conforme se observa de la organización sistemática de la Parte General del Código adjetivo, existe un Título III “De las penas”, en cuyo Capítulo II “Aplicación de la pena” se esgrimen diversos presupuestos a tomar en cuenta al momento de individualizar la pena como consecuencia jurídica aplicable al caso concreto, cuando este cumple con los elementos característicos del tipo penal atribuido como cometido. Así, podemos observar los arts. 45 al 51, los cuales enuncian los presupuestos que debe observar el juez para fundamentar y determinar la pena (art. 45), la individualización de la pena del condenado (art. 45-A), las circunstancias de atenuación y agravación genéricas, esto es, siempre que no estén expresadas en la literalidad del tipo penal (art. 46), así como sus derivados de la circunstancia agravante por la condición del sujeto activo (art. 46-A), la reincidencia (art. 46-B), la habitualidad (art. 46-C), el uso de menores en la comisión de delitos (art. 46-D) y la circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco (art. 46-E), asimismo, el cómputo de la detención sufrida (art. 47); y, posteriormente, se hace alusión a los diversos criterios de concursos de delitos, como son el concurso ideal (art. 48), delito continuado (art. 49), concurso real (art. 50), su derivado de concurso real de faltas (art. 50-A) y concurso real retrospectivo (art. 51).

No obstante, existen diversos criterios lógicos a partir de los cuales se puede establecer una relación entre dos o más disposiciones, que son utilizados por el intérprete del CP para aplicar un determinado tipo penal a un caso concreto. En ese entendimiento, Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011) delimitan estos criterios del siguiente modo:

- a) heterogeneidad: los casos que se subsumen dentro del concepto A no caen en el concepto B y viceversa (no se trata necesariamente de casos contradictorios);
- b) identidad: los casos que caen en A también caen [en] B y viceversa;

- c) subordinación: los casos caen en A y B, pero no todos los casos que caen en B caen también en A; y
- d) interferencia: algunos casos que caen en A no caen en B. (p. 233; el agregado en corchetes es nuestro).

De este modo, es la doctrina quien asume diversos criterios para hacer frente al concurso de leyes, siendo los más resaltantes y clásicos, los de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. Ello, en mérito a la naturaleza de la relación que existe entre los tipos penales desplazantes y desplazados, que puede ser de subordinación o interferencia, ya que en la identidad y heterogeneidad es evidente que, por su naturaleza, no se puede establecer concurso de leyes; lo cual se graficará de modo más específico en los siguientes considerandos.

**2.3.2.2.1 Principio de especialidad.** El principio de especialidad obedece al aforismo *lex specialis derogat lex generali* que significa “ley especial deroga ley general”, evidenciándose esta situación cuando “una [ley penal] contiene todos los elementos de la otra y un componente adicional que, por extensión o adición, regula el supuesto de hecho desde un particular punto de vista” (García, 2019, p. 851; el agregado en corchetes es nuestro).

Expresado en otro sentido:

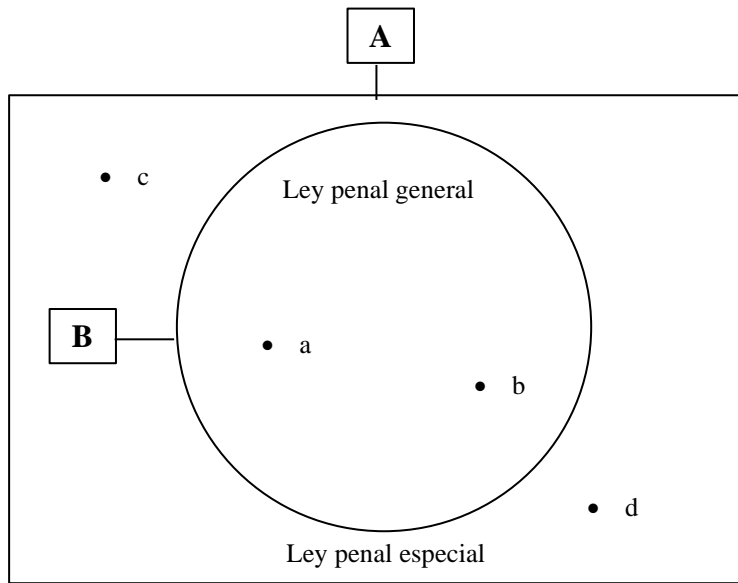
Dos disposiciones están en relación de especialidad cuando una de las dos (la ley especial) describe una acción y la otra (la ley general) describe una más amplia que comprende a la primera. Por lo tanto, toda acción que sea comprendida por la ley especial lo es así mismo por la ley general, pero no lo contrario. Dicho de otra manera, todas las características típicas de un tipo legal (previsto en la ley general) están contenidas en otro tipo legal (previsto en la ley especial); el mismo que contiene además otra u otras especificaciones diferentes. (Hurtado y Prado, 2011, p. 237)

En consecuencia, en el criterio de especialidad nos encontramos en una relación de subordinación -también llamada inclusión-, puesto que la disposición que contiene la ley especial, cuenta con todas las características o elementos que tiene la ley general; sin embargo, adicionalmente cuenta con otros contenidos más específicos, que pueden provenir de la condición del sujeto activo, la cualidad del sujeto pasivo, la incorporación de medios comisivos como la violencia o amenaza o, en puridad, circunstancias concretas que se adicionan a la conducta completa de la ley general que se ve desplazada.

Así, todos los elementos de la ley general desplazada, están en la ley especial desplazante, pero no viceversa; ello, se podría representar “en teoría de conjuntos como un subconjunto incluido totalmente en un conjunto” (Sánchez-Ostíz, 2020, p. 69), lo cual se pasará a representar a continuación en la Figura 1:

**Figura 1**

*Principio de especialidad del concurso de leyes, representado en teoría de conjuntos*



Como ejemplo de la aplicación del criterio de especialidad, tenemos la relación entre los delitos contra la vida humana independiente, en las modalidades de *homicidio simple* estipulado en el art. 106 del CP<sup>32</sup> y *parricidio* tipificado en el art. 107 del CP<sup>33</sup>, presentándose entre estos tipos penales una relación de inclusión o subordinación propia del criterio materia de análisis. Así, tenemos:

- A: {x}
- B: {x; y}
- $A \subset B$ , que se lee: A está incluido en B

Donde:

- A= Delito de homicidio
- B= Delito de parricidio
- x= matar
- y= sujeto pasivo ascendiente, descendiente, esposo (a), conviviente

En consecuencia:

---

<sup>32</sup> Homicidio Simple

Artículo 106.- El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

<sup>33</sup> Parricidio

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.

- Delito de homicidio: {matar}
- Delito de parricidio: {matar; sujeto pasivo ascendiente, descendiente, esposo (a), conviviente}

Por ende, delito de homicidio  $\subset$  delito de parricidio, que se lee: Delito de homicidio está incluido en delito de parricidio. El delito de parricidio tiene todos los elementos del delito de homicidio, más un elemento específico referido a la condición del sujeto pasivo.

Otro caso ejemplar de la aplicación del criterio de especialidad, se presenta entre los delitos contra el patrimonio en las modalidades de *hurto* estipulado en el art. 185 del CP<sup>34</sup> y *robo* regulado en el art. 188 del CP<sup>35</sup>, quedando esta relación de inclusión o subordinación, del siguiente modo:

- A: {x; y; z; w}
- B: {x; y; z; w; ñ}
- $A \subset B$ , que se lee: A está incluido en B

Donde:

- A= Delito de hurto
- B= Delito de robo
- x= bien mueble ajeno
- y= sustracción
- z= apoderamiento ilegítimo
- w= aprovechamiento
- ñ= violencia o amenaza

En consecuencia:

- Delito de hurto: {bien mueble ajeno; sustracción; apoderamiento ilegítimo; aprovechamiento}

<sup>34</sup> Artículo 185.- Hurto simple

El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, los hidrocarburos o sus productos derivados, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.

<sup>35</sup> Artículo 188.- Robo

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

- Delito de robo: {bien mueble ajeno; sustracción; apoderamiento ilegítimo; aprovechamiento; violencia o amenaza}

Así, delito de hurto  $\subset$  delito de robo, que se lee: Delito de hurto está incluido en delito de robo. El delito de robo tiene todos los elementos del delito de hurto, más un elemento específico referido al uso de los medios comisivos violencia o amenaza para ejecutar su cometido.

Del mismo modo, existe una relación de especialidad entre los delitos contra la vida humana independiente, en las modalidades de homicidio simple establecido en el art. 106 del CP<sup>36</sup> y homicidio calificado o asesinato descrito en el art. 108 del CP<sup>37</sup>, dado que converge un razonamiento de inclusión o subordinación entre estas disposiciones del ordenamiento jurídico, conforme se ve del siguiente modo:

- A: {x}
- B: {x; y}
- B: {x; z}
- B: {x; w}
- B: {x; ñ}
- B: {x; r}
- B: {x; s}
- B: {x; t}
- B: {x; u}
- $A \subset B$ , que se lee: A está incluido en B

Donde:

- A= Delito de homicidio
- B= Delito de parricidio
- x= matar
- y= por ferocidad

---

<sup>36</sup> Homicidio Simple

Artículo 106.- El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

<sup>37</sup> Artículo 108.- Homicidio calificado

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Por ferocidad, codicia, lucro o por placer.
2. Para facilitar u ocultar otro delito.
3. Con gran crueldad o alevosía.
4. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.

- z= por codicia
- w= por lucro
- ñ= por placer
- r= para facilitar u ocultar otro delito
- s= con gran crueldad
- t= con alevosía
- u= por fuego o explosión

En consecuencia:

- Delito de homicidio: {matar}
- Delito de asesinato: {matar; por ferocidad}
- Delito de asesinato: {matar; por codicia}
- Delito de asesinato: {matar; por lucro}
- Delito de asesinato: {matar; por placer}
- Delito de asesinato: {matar; para facilitar u ocultar otro delito}
- Delito de asesinato: {matar; con gran crueldad}
- Delito de asesinato: {matar; con alevosía}
- Delito de asesinato: {matar; por fuego o explosión}

De este modo, delito de homicidio  $\subset$  delito de asesinato, que se lee: Delito de homicidio está incluido en delito de asesinato. El delito de asesinato tiene todos los elementos del delito de homicidio, más un elemento especial referido a circunstancias específicas, que como hemos visto, pueden estar referidas a la finalidad, la causa o el medio que se emplea para perpetrar la conducta típica de matar.

García Caverro (2019) precisa con carácter general, determinados supuestos en los que se aplica el criterio de especialidad, siendo estos: los tipos penales *privilegiados* sobre el tipo penal en el que ha operado el privilegio; los tipos penales *agravados* y *compuestos*, del tipo penal base o simple; la realización *dolosa* y *culposa* de un mismo tipo penal, donde prevalecerá la primera; los delitos *cualificados por el resultado*, respecto del delito básico y del que sanciona directamente la producción del resultado más grave; los *tipos penales derivados (atenuados o agravados)* de un mismo tipo penal básico con sus propios marcos penales abstractos (pp. 851-853; la cursiva es nuestra).

**2.3.2.2.2 Principio de subsidiariedad.** Este importante principio, atiende al aforismo *lex primaria derogat legi subsidiariae* que se lee “ley primaria deroga ley subsidiaria”, el cual aparece cuando “el hecho no se encuentra abarcado por otras leyes penales normalmente con

una pena mayor. La ley penal subsidiaria está configurada como un tipo penal de recogida que retrocede ante la que se aplica principalmente” (García, 2019, p. 854).

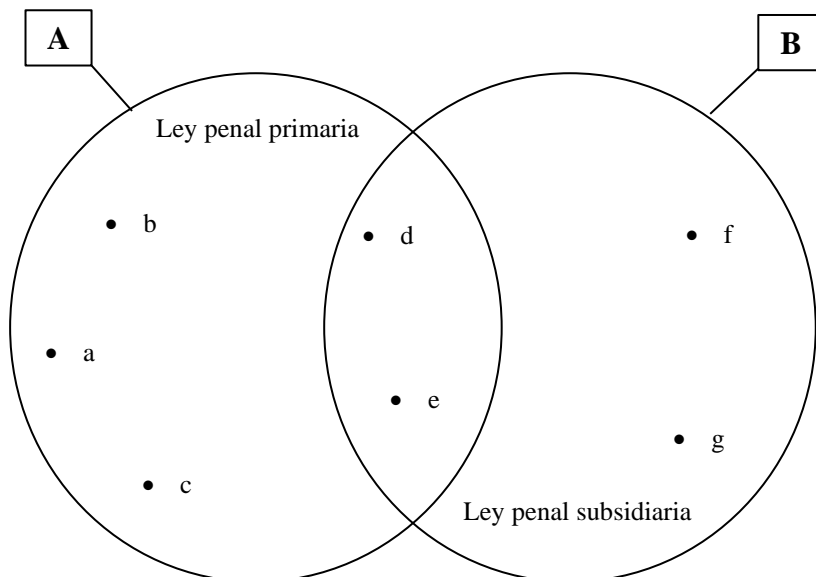
Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011), respecto a este criterio, expresan:

Se presenta la relación de subsidiaridad cuando en dos o más disposiciones que regulan la misma acción, una de ellas reclama su aplicación en la medida en que la restante o las restantes, que prevén un comportamiento más grave, no son aplicables. Esa disposición desempeña el papel de auxiliar y se aplica solo en la eventualidad de que no se apliquen las otras. (p. 239)

En ese entendimiento, en el principio de subsidiariedad se da una relación de interferencia o intersección (en la teoría de conjuntos a la cual nos hemos remitido para explicar de mejor manera la relación entre los delitos), puesto que, entre dos tipos penales, existen elementos concretos propios de uno de ellos, elementos propios del otro y elementos comunes entre uno y otro ilícito; obteniendo, por ende, presupuestos particulares y universales. De este modo, “se aplica entonces la norma prioritaria frente a otra, que resulta en cambio desplazada, salvo que deba ser invocada para intervenir en defecto de la otra” (Sánchez-Ostíz, 2020, p. 69); representándose este principio, del siguiente modo:

**Figura 2**

*Principio de subsidiariedad del concurso de leyes, representado en teoría de conjuntos*



Como ejemplo de la aplicación del criterio de subsidiariedad, tenemos la relación de interferencia o intersección que se presenta entre los delitos contra la libertad sexual, en las modalidades de *violación sexual* (tipo penal base) estipulado en el primer párrafo del art. 170

del CP<sup>38</sup>, en grado de tentativa y *tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento* agravado, tipificado en el segundo párrafo del art. 176 del CP<sup>39</sup>; el cual se puede delimitar del siguiente modo:

- A: {x}
- B: {y; z}
- $A \cap B$ : {r; s}

Que se lee: A tiene elementos propios, B tiene elementos propios y existen elementos que pertenecen tanto a A como a B.

Donde:

- A= Delito base de violación sexual
- B= Delito agravado de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento
- x= acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o realiza otro acto análogo
- y= tocamientos, actos de connotación o actos libidinosos
- z= partes íntimas o cualquier otra parte del cuerpo
- r= obliga
- s= violencia, amenaza, coacción u otro sin consentimiento

En consecuencia:

- Delito base de violación sexual: {acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o realiza otro acto análogo}
- Delito agravado de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento: {tocamientos, actos de connotación o actos libidinosos; partes íntimas o cualquier otra parte del cuerpo}

---

<sup>38</sup> Artículo 170.- Violación sexual

El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

<sup>39</sup> Artículo 176.- Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente realiza la conducta descrita en el primer párrafo, mediante amenaza, violencia, o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro que impida a la víctima dar su libre consentimiento, o valiéndose de cualquiera de estos medios obliga a la víctima a realizarlos sobre el agente, sobre sí misma o sobre tercero, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de nueve años.

- Delito base de violación sexual  $\cap$  Delito agravado de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento: {obliga; violencia, amenaza, coacción u otro sin consentimiento}

Por ende, el delito base de violación sexual tiene sus elementos propios, al igual que el delito agravado de Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento; no obstante, ambos delitos también tienen elementos comunes. En ese entendimiento, el injusto penal estipulado en el segundo párrafo del art. 176 del CP actúa como subsidiario del delito base de violación sexual en grado de tentativa (cuando no se llega a consumar); de tal modo que, si no se logra determinar el propósito de tener acceso carnal que expresa el art. 170 del CP, se aplicará este como un tipo penal de recogida. Esta naturaleza la coloca el mismo legislador, al precisar literalmente en el art. 176 del C.P: “El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170”, dando lugar a un caso de subsidiariedad formal.

García Cavero (2019) expresa que aunado a la subsidiariedad formal (la que está expresamente en los tipos penales), también se puede deducir una relación de subsidiariedad material en los llamados tipos penales subsidiarios, que deriva del contexto sistemático de las leyes penales; así como, también puede derivar de: **a)** los grados de realización del delito, como por ejemplo, el delito consumado resulta preferente al grado de tentativa del mismo delito y este, a su vez, de los actos preparatorios penalizados; **b)** de la intervención delictiva, en cuanto la responsabilidad penal por autoría es preferente a la cooperación necesaria del mismo supuesto fáctico y esta, a su vez, a la complicidad simple; y, **c)** del nivel de lesividad del comportamiento típico, ya que la lesión de un bien jurídico resulta preferente a la puesta en peligro del mismo, siempre y cuando este último no rebase su ámbito de protección (pp. 855-856).

**2.3.2.2.3 Principio de consunción.** Previo a analizar el supuesto en el cual se aplica este principio y sus correspondientes particularidades, debemos tener en cuenta el interesante planteamiento que esgrime Sánchez-Ostíz (2020) en cuanto a los principios del concurso de leyes y las consiguientes relaciones que presentan los tipos penales, en los siguientes términos:

En efecto, si se parte de que un tipo delictivo abarca un conjunto de hechos, aquellos que cabe subsumir en el precepto en cuestión, y se cuenta con dos tipos, solo hay cuatro variantes posibles de relación entre ellos. En concreto: “identidad”, “subordinación”, “interferencia” y “heterogeneidad”. Dicho en términos de la teoría de conjuntos: i) los dos conjuntos pueden coincidir (identidad); ii) uno puede ser un subconjunto del otro (subordinación o inclusión); iii) los dos pueden cruzarse, en el sentido de que hay hechos

que pertenecen solo a un grupo, hechos que pertenecen solo al otro, y hechos que pertenecen a la vez a uno y otro (interferencia); iv) los dos conjuntos pueden excluirse entre sí, de forma que ningún hecho que pertenece a un conjunto es a la vez elemento del otro conjunto (heterogeneidad). No hay más posibilidades. Y *como la heterogeneidad (exclusión) no permite concurso, y la identidad no es por definición concurso, solo son posibles dos formas de concurso de normas: la que se basa en la subordinación y la que lo hace en la interferencia. Esto es: especialidad y subsidiariedad.* (p. 71; la cursiva es nuestra)

De acuerdo a estas consideraciones, el referido autor español concluye, respecto al principio de concusión, que: “en puridad, estos casos no constituyen supuestos de concurso de normas, sino de delitos pero que se resuelven aplicando una sola de las normas en juego, la que señala pena más grave” (Sánchez-Ostíz, 2020, p. 72).

Teniendo presente esta crítica, debemos decir que este principio obedece al aforismo *lex consumens derogat legi consumptae* que significa “ley consumante deroga ley consumida”, de tal manera que solamente se aplica la primera y se desplaza el contenido de la segunda. García Caveró (2019) explica este criterio de concurso de leyes en los siguientes términos:

El principio de consunción se aplica en aquellos casos en los que la sanción prevista en una ley penal engloba el supuesto de hecho de otra ley penal *bajo la lógica de un solo suceso conjunto*. [...] En concreto, la consunción permite considerar dentro de la pena prevista para un delito determinado la pena que le correspondería a los *hechos concomitantes (delito acompañante) o posteriores (delito posterior copenado)* a la realización del tipo penal correspondiente. Es decir, se trata de actos vinculados al delito que, aunque pueden por sí mismos dar pie a un delito distinto, se consideran abarcados por la sanción penal prevista para el *delito central*. (p. 857; la cursiva es nuestra)

En ese entendimiento, podemos observar como ejemplo de este criterio, la relación que existe entre el delito contra el patrimonio en la modalidad de *administración fraudulenta de persona jurídica*, previsto en el art. 198 del CP<sup>40</sup>, en la sub modalidad de falsos informes sociales (inc. 2) y el delito contra la fe pública en la modalidad de *falsificación de documento*

<sup>40</sup> Artículo 198. Administración fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, el que, ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:  
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.

*privado* estipulado en el primer párrafo del art. 427 del CP<sup>41</sup>. Ello se puede explicar de la siguiente manera:

Delito de administración fraudulenta en la modalidad de Falsos informes sociales: {administrador o representante de persona jurídica; brinda datos falsos; en perjuicio de la persona jurídica o de terceros}.

Uno de los elementos que configura el tipo penal analizado, está referido a proporcionar datos falsos de la situación de la persona jurídica; lo cual, puede realizarse haciendo documentos privados falsos que sirven para probar un hecho (dicha situación jurídica). Lo peculiar es que esta última situación puede dar pie a configurar el delito de falsificación de documento privado estipulado en el art. 427 del CP; sin embargo, al ser un solo suceso conjunto, este hecho es concomitante al hecho global, dándose pie a que se considere solamente la aplicación del delito central, que vendría a ser el delito de administración fraudulenta (art. 198.2 del CP).

Conforme se denota, no es el delito de la pena más grave -conforme lo expresa Sánchez-Ostíz- el que se aplica, sino el delito calificado como central, pudiendo ser este incluso el que contenga una consecuencia jurídica menor al delito consumido; sin embargo, se debe tener en cuenta lo expresado por García Caveró (2019) en los términos de que: “si el hecho acompañante o posterior desborda lo necesario para cometer el delito o asegurar el fin delictivo, entonces podrá surgir una situación de concurso de delitos” (pp. 857-858).

En ese sentido, conforme observamos tomando como ejemplo los delitos anteriormente descritos, el hecho concomitante que esgrime una falsificación de un documento privado, contiene en su tipificación (art. 427 primer párrafo del CP) como elemento peculiar un perjuicio potencial hacia una persona, ya sea natural o jurídica; sin embargo, el delito central o consumante tiene como presupuesto configurativo un perjuicio efectivo. De este modo, se denota que el delito contra la fe pública, al ser concomitante, se adecúa a asegurar el fin delictivo del delito contra el patrimonio de la persona jurídica; ya que, si lo desbordara, lo que se configuraría sería un concurso de delitos.

---

<sup>41</sup> Falsificación de documentos

Artículo 427.- El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado.

**2.3.2.2.4 Principio de alternatividad.** Es preciso hacer referencia nuevamente a lo que enuncia Sánchez-Ostíz, relacionado a que solamente existen dos formas de relación entre tipos penales, que pueden dar lugar a un concurso de leyes, siendo estas ya copadas por el principio de especialidad (subordinación) y subsidiariedad (interferencia); por lo que, a parecer de dicho jurista, ni la consunción ni la alternatividad *sub estudio*, pueden ser tomadas netamente como un criterio aplicable en este tipo de concursos.

Son interesantes las referencias que utiliza Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011) cuando se refiere al principio de alternatividad, teniendo estos matices:

Comprendido a la manera de Binding y sus seguidores, la estructura lógica del principio de alternatividad, es la de subordinación, propia del principio de especialidad. No puede tratarse de la estructura lógica de la interferencia que corresponde al principio de la subsidiariedad o al concurso ideal.

[...] De allí que Klug sostenga que la diferencia entre especialidad y alternatividad (conforme a Binding) no se halla en la estructura lógica, sino en las consecuencias que de ellas se derivan de acuerdo con la naturaleza valorativa (teleológica) del sistema legal.

En razón a su falta de autonomía lógica y de los inconvenientes que produce, propone Klug que la noción de alternatividad sea excluida del estudio del concurso aparente de leyes. (p. 235)

En atención a estas consideraciones, se denota de las citas expuestas que, para algunos autores, este criterio de alternatividad no se considera como un principio de concurso de leyes; teniendo este parecer los autores aludidos Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, quienes afirman con firmeza que “Los casos comprendidos por los penalistas que defienden el principio de alternatividad, son en realidad errores legislativos” (2011, p. 235).

García Cavero (2019) al referirse al principio de alternatividad como uno de los cuatro principios que regula el concurso de leyes penales, coloca un epígrafe con signo de interrogación, mostrando, desde ya, una duda en cuanto a si es en realidad un criterio válido para resolver un concurso de leyes o normas. Sin embargo, es muy esquemático en establecer que:

La alternatividad puede presentarse de dos formas: como relación de identidad o como relación de interferencia. En caso de alternatividad como relación de identidad, no existe concurrencia de leyes. [...] Por el contrario, cuando la alternatividad se presenta como interferencia entre tipos penales, hay que discutir si lo que existe es un concurso ideal de delitos o realmente un concurso de leyes. Si se trata de tipos penales que no se

sustentan en bienes jurídicos distintos, no podrá hablarse de un concurso de delitos. Por eso si, por ejemplo, los tipos penales que concurren constituyen agravaciones diferentes de un mismo delito básico, solamente podrá hablarse de un concurso de leyes. (p. 859)

En ese entendimiento, el citado autor nacional entiende, a diferencia de lo que anotaba Binding, que en la alternatividad hay una relación de interferencia (o intercepción, como lo hemos delimitado en una teoría de conjuntos) propio del principio de subsidiariedad; distinguiéndose el principio de alternatividad de un concurso ideal de delitos, en la protección de bienes jurídicos idénticos o disímiles, ya que, si los tipos penales relacionados atienden a la primera alternativa, se tratará de un concurso de leyes que se resuelve con el principio de alternatividad, esto es, se aplica el delito que tenga una pena más grave y se desplaza al que tenga una pena más leve, como consecuencia jurídica del hecho abstracto criminalizado; no obstante, si las disposiciones en estudio, amparan bienes jurídicos distintos, estaremos ante un concurso ideal de delitos, que próximamente se estudiará con sus particularidades delimitadas.

Finalmente, Sánchez Ostíz (2020) enuncia que el principio de alternatividad, que prefiere aplicar el tipo penal más grave, se usa en defecto de los tres principios o criterios anteriores, como es ampliamente sostenido, mostrándose como una cláusula de cierre para evitar la impunidad de un hecho. No obstante, concluye que este principio se erige como una excepción a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, en los siguientes términos:

Es muy llamativo que el criterio en cuestión presupone una situación dudosa, de incerteza en cuanto a la aplicación de un precepto al caso: parece que ambos serían aplicables. Pero si existe la duda, lo procedente sería tener reglas consolidadas de la Política criminal, como la *in dubio pro reo*, y optar por el precepto más benigno, y no en cambio, como establece el art. 8, por el más gravoso. (p. 73)

### **2.3.3 Respecto al concurso de delitos**

**2.3.3.1 Fundamento dogmático.** El fundamento del concurso de delitos, desde la función del derecho penal, se establece a partir de la defraudación de diversas normas, las cuales van a ser aplicadas al mismo tiempo; por lo que, en este criterio, no equivale establecer graduaciones en cuanto a la mayor o menor defraudación a una norma -en los términos ya explicados en el fundamento dogmático del concurso de leyes- ya que se presentan normas totalmente disímiles. En otras palabras, en los concursos de delitos, a diferencia del concurso de leyes, no existe unidad de ley ni disposición penal desplazante por contener ella sola el sentido jurídico-penal de la otra, sino que, todas las leyes penales que se cumplen, deben ser aplicadas al caso concreto.

En cuanto a su ubicación dogmática, algunos autores precisan que se encuentra en la teoría del delito, otros en la teoría de las consecuencias jurídicas (pena aplicable) y también hay los que consideran una postura ecléctica, es decir, que se ubican dentro de ambas teorías anteriormente mencionadas. Diríamos que, dada la ubicación sistemática de los arts. 48 (concurso ideal) y 50 (concurso real) dentro del CP, en el Capítulo II denominado “Aplicación de la pena” del Título III “De las penas”, en la experiencia nacional esta fundamentación se daría en el plano de la teoría de la pena; sin embargo, García Caveró (2019) es del parecer que:

Pese a que la regulación de los concursos apunta sin lugar a dudas a decidir la pena que finalmente se le debe imponer al autor, lo cierto es que su conceptualización se enmarca en la teoría del delito como una forma especial de aparición del hecho punible. Con acierto ROXIN señala que la regulación de los concursos es una especie de contrapartida a la regulación de la intervención delictiva: mientras que en la intervención delictiva se aborda el caso de varias personas que realizan un tipo penal, en la teoría de los concursos se trata del caso de una persona que realiza varios tipos penales. (pp. 862-863)

Más allá de ello, a diferencia de los criterios del concurso de leyes, el CP peruano sí ha establecido disposiciones específicas para las dos clases de concurso de delitos que pueden existir, sea un concurso ideal o un concurso real, en cuanto a la aplicación de la pena concreta de presentarse estas situaciones. La diferencia entre ambos tipos de concurso de delitos, se encuentra en determinar si existe una unidad de hecho (concurso ideal) o una pluralidad de hechos (concurso real) o, lo que en la doctrina penal alemana se conoce como unidad o pluralidad de acción, siendo que: “La razón de esta diferencia nominal encuentra explicación únicamente en el dato de que el Código Penal Alemán no utiliza el término hecho sino acción (*Handlung*)” (García, 2019, p. 863); lo cual se estudiará de modo más delimitado, en los posteriores apartados.

**2.3.3.2 Tipos de concurso de delitos.** Como ya lo habíamos advertido, la diferencia entre los dos tipos de concurso de delitos que se pueden presentar en un suceso fáctico específico y que están legalmente tipificados, radica en la denominada “unidad” o “pluralidad” de acción. Para ello, lo primero que se debe conceptualizar es el contenido de esa acción que, como ya hemos esbozado líneas arriba, es sinónimo de “hecho” y, a la vez, no<sup>42</sup> tiene nada que ver con la “acción” como elemento de la teoría del delito; siendo el entendimiento de esta concepción, largamente debatido por la doctrina penal.

---

<sup>42</sup> García Caveró (2019) enuncia que la acción en los concursos, no se identifica con la acción de la teoría delictual, ya que: “no se busca definir el presupuesto mínimo para llevar a cabo una imputación penal” (p. 863).

Villavicencio Terreros (2006) explica las diferentes concepciones que ha podido tener la comprensión de la unidad de acción, de manera detallada, del siguiente modo:

Así, con un origen naturalístico, se afirmó un concepto de acción basado en el *número de inervaciones musculares*. En realidad, si se trata de una decisión de acción y un solo movimiento corporal, no existe dificultad para afirmar la unidad de acción. Sin embargo, este concepto carecería de sentido jurídico y utilidad si se dividen las diferentes inervaciones musculares. Ejemplo: el agente decide lesionar a otro y le infiere cincuenta puñaladas con un arma blanca. No se trata de igual número de “acciones”.

Otro camino que la doctrina ha abandonado es el de identificar el *número de resultados*, que en verdad tampoco nos informa sobre la unidad de acción ni el número de tipos que concurren, pues una pluralidad de los mismos puede ser provocada por una decisión y constituir una acción. Ejemplo: con una determinación de matar a una persona, se víctima a diez acompañantes. (p. 681)

Sobre estas posibilidades de comprensión, García Caveró (2019) alude, en concordancia con Villavicencio Terreros, que el criterio fisiológico de inervaciones musculares y el criterio del resultado, deben ser descartados, puesto que: “Mientras el primero llevaría a una división del comportamiento humano en fracciones minúsculas carente de todo sentido jurídico, el segundo resulta prácticamente inconciliable con el dato jurídicamente indiscutible de los múltiples efectos que puede desplegar una misma acción” (p. 863). Por ello, las posiciones actuales para delimitar la unidad de acción, son el concepto natural de acción y el concepto jurídico de la acción.

La llamada unidad natural de acción se sustenta en criterios previos al Derecho (penal), lo que significa que ubica su perspectiva de análisis fuera del Derecho (penal). Al margen de toda consideración está una visión puramente naturalista, en la medida que no es posible encontrar en el plano empírico una solución de continuidad de los movimientos fisiológicos del autor. Por esta razón, el concepto natural de acción acude a criterios valorativos no jurídicos, entre los que destacan los que se basan en el dato antropológico de la voluntad, en el plan del autor o en una perspectiva puramente sociológica. (García, 2019, p. 864)

Sin embargo, esta concepción es criticada en el sentido de que encuentra su fundamento en figuras extra jurídico-penales (ajenas a este), siendo que “resulta sumamente discutible que existan unidades de acción pre-jurídicas a las que la perspectiva jurídica pueda recurrir sin más” (García, 2019, p. 865). Es por ello que, lo más adecuado sería entender la unidad de acción desde un punto de vista estrictamente jurídico-penal normativo, desde el cual, según García

Cavero (2019) “existe una *unidad en la ejecución* de un comportamiento típicamente relevante por medio del enlace directo entre los distintos actos realizados” (p. 865; la cursiva es nuestra); por ende, si se realizan diversos actos, pero todo estos están unidos por una conexión directa, se ejecuta un solo comportamiento, hecho o acción. *Contrario sensu*, se estará ante una pluralidad de acciones, cuando estos actos no se pueden unir por un enlace directo, dando lugar a la ejecución de diversos hechos y, por ende, a la configuración de varios tipos penales, tipificados en el CP peruano.

Es preciso hacer hincapié en que, en el presente trabajo de investigación, no haremos un análisis exhaustivo de la consecuencia jurídica de los concursos tanto ideal como real que están tipificados legalmente, sino que, nos centraremos en el contenido dogmático de los supuestos y formas de determinación de los concursos delictivos.

**2.3.3.2.1 Concurso ideal de delitos.** El art. 48 del CP regula el Concurso ideal de delitos, esgrimiendo como contenido: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho”; es decir, el concurso ideal precisa el supuesto en el cual se produce la vulneración de diversas leyes ante una unidad de acción, que es el presupuesto más importante de esta clase de concurso de delitos, rechazando las matices de las demás conceptualizaciones en el sentido fisiológico, de resultados o percepción natural, y siendo entendida desde una perspectiva jurídico-normativa como la “unidad en la ejecución de un comportamiento típicamente relevante por medio del enlace directo entre los distintos actos realizados” (García, 2019, p. 865), conforme lo hemos delimitado líneas arriba. Sin embargo, podemos decir que el CP solamente hace alusión a uno de los escenarios donde se cumple este tipo de concurso (concurso ideal heterogéneo), ya que, también se podría configurar cuando a través de una misma acción, se vulnera una sola ley penal, pero repetidas veces (concurso ideal homogéneo); lo cual concluiría que, desde un ámbito subjetivo plural (varias personas), se podría entender como diversas vulneraciones de leyes penales, aunque en puridad se trate de una sola.

De este modo, Villavicencio Terreros (2006) expone que, por lo tanto, existen cuatro requisitos para que se pueda configurar el concurso de delito ideal o también llamado formal, siendo estos: a) Unidad de acción; b) Doble o múltiple desvalorización de la ley penal; c) sujeto activo único; y, d) unidad o pluralidad de sujetos pasivos (pp. 698-700).

Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011) sostienen que:

El concurso aparente de leyes y el concurso ideal tienen la unidad de acción como elemento común. Se diferencian en que, en el primero, la acción es comprendida plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables (tipicidad

única); mientras que en el segundo la acción única requiere la aplicación simultánea de varias disposiciones (tipicidad plural). (p. 208)

Esta percepción es asumida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, la cual en la Cas. N.º 1204-2019/Arequipa de fecha 7 de febrero de 2022, precisa:

Ambas figuras penales se asemejan, pero también se diferencian. Así, la semejanza más saltante radica en la unidad de acción. Esto es, en ambos casos se ha de exigir que el agente manifieste una misma acción que quebrante la norma penal. Con relación a lo que los diferencia, en el concurso aparente, la acción se engloba de manera plena en un solo tipo penal (tipicidad única). Sin embargo, en el concurso ideal, la acción debe comprender una variedad de preceptos penales (tipicidad plural). (f.j. 13, p. 13)

Respecto a las formas en cómo se pueden expresar o manifestar las relaciones de concurso, García Caveró comunica que puede haber tres tipos de identidades, como son: completa, parcial y por vinculación. En primer lugar, se dice que existe una *identidad completa* cuando con la realización de una sola acción, concurren *plenamente* diversos tipos penales en su fase ejecutiva; no obstante: “nunca puede hablarse de una plena identidad de las acciones típicas, sino solamente de la identidad de la acción mediante una apreciación más general” (García, 2019, p. 868). Así, siguiendo el ejemplo que este reconocido autor nacional esgrime, lo podemos graficar del siguiente modo:

Supuesto de hecho concretizado: X vende un bien mueble ajeno recibido para su distribución gratuita.

Supuesto de hecho abstracto de una de las modalidades del delito de estelionato (art. 197.4 del CP<sup>43</sup>): Vender como propios los bienes ajenos.

Supuesto de hecho abstracto del delito base de venta ilegal de mercaderías (primer párrafo del art. 237 del CP<sup>44</sup>): Poner en venta, de cualquier manera, bienes recibidos para su distribución gratuita.

En ese sentido, se tiene que claramente se trata de dos tipos penales distintos en el que cada supuesto de hecho abstracto es criminalizado sistemáticamente de manera separada (el estelionato es un delito contra el patrimonio y la venta ilegal de mercaderías es un delito contra el orden económico), amparando bienes jurídicos completamente distintos; sin embargo,

<sup>43</sup> Artículo 197.- La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

<sup>44</sup> Venta ilegal de mercaderías

Artículo 237.- El que pone en venta o negocia de cualquier manera bienes recibidos para su distribución gratuita, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.

“puede afirmarse una identidad de la acción en un nivel más abstracto, es decir, como venta de bienes” (García, 2019, p. 868), ejecutándose ambos con la venta efectiva de ese bien ajeno y para su distribución gratuita, por lo que al ejecución (venta) de ambos tipos penales, coincide en su totalidad.

En segundo lugar, también se puede dar un concurso ideal cuando al realizarse una sola acción, concurren diversas leyes penales en su fase ejecutiva, no de manera plena o total, sino *parcialmente*. Así: “la mera simultaneidad de las acciones ejecutivas no es suficiente para sostener la existencia de un concurso ideal de delitos. Es necesario que la acción ejecutiva de un delito coincida siquiera parcialmente con la acción ejecutiva del otro” (García, 2019, p. 869). Delimitamos seguidamente el ejemplo al que hace alusión el doctrinario peruano, al sostener la referencia; así:

Supuesto de hecho concretizado: X lesiona física y levemente a Y para ingresar ilegítimamente a su domicilio.

Supuesto de hecho abstracto del delito de violación de domicilio (art. 159 del CP<sup>45</sup>): Penetrar en morada ajena.

Supuesto de hecho abstracto del delito base de lesiones leves (primer párrafo del art. 122 del CP<sup>46</sup>): Causar a otro, lesiones en el cuerpo que requiera más de 10 y menos de 20 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

En ese entendimiento, la fase ejecutiva del delito de violación de domicilio, ha empezado en el momento que el sujeto X comienza a ingresar al domicilio de Y, sin agotarse; y, la fase ejecutiva del delito de lesiones leves ha completado su ejecución cuando se ha lesionado a Y, para finalmente ingresar al domicilio y culminar la ejecución que ya había comenzado. De este modo, en el momento en que se ha lesionado al sujeto pasivo, esta ejecución coincide parcialmente con la ejecución del delito de violación de morada.

Finalmente, existe un caso especial de identidad del concurso ideal de delitos, siendo esta, la identidad *por vinculación*, que según García Cavero se realiza cuando “dos acciones independientes [...] se vinculan mediante una tercera acción” (2019, p. 869), la cual resulta muy discutida doctrinariamente, en cuanto a si se trata de un concurso real de delitos o un

---

<sup>45</sup> Violación de domicilio

Artículo 159.- El que, sin derecho, penetra en morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado por otro o el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa.

<sup>46</sup> Artículo 122.- Lesiones leves

1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud física o mental que requiera más de diez y menos de veinte días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

concurso ideal de delitos, o incluso ambos. La posición que asume García Cavero es que, en estos casos “se presenta conjuntamente una situación de concurso real (de los delitos vinculados) y una situación de concurso ideal (del delito vinculante con cada uno de los delitos vinculados)” (2019, p. 870). En ese sentido, no estamos propiamente en un concurso ideal de delitos, sino que, siguiendo el ejemplo que refiere para aludir a este criterio de identidad, tenemos:

Supuesto de hecho abstracto de la segunda modalidad del delito de ejercicio ilegal de la profesión (art. 363 del CP<sup>47</sup>): Ejercer profesión con falso título.

Supuesto de hecho abstracto del delito de falsificación de documentos en su modalidad de Uso de documento falso (segundo párrafo del art. 427 del CP<sup>48</sup>): Hacer uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio.

Supuesto de hecho abstracto de una de las modalidades del delito base de estafa (art. 196 del CP<sup>49</sup>): Procurar para sí un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño.

Se produce un concurso ideal entre el delito de ejercicio ilegal de la profesión (delito vinculante) con el delito de uso de documento falso vinculado, así como, con el delito vinculado de estafa que se produjo a los diversos clientes; compartiendo parcialmente su ejecución. Pero, del mismo modo, entre el delito de uso de documento falso y de estafa a los clientes, se presenta una pluralidad de acciones, propia del concurso real de delitos que estudiaremos más adelante.

Es preciso sostener que, la consecuencia jurídica aplicable en el concurso ideal de delitos, está delimitada en el art. 48 del CP del siguiente modo: “se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”, sobre la cual, en el presente trabajo es suficiente la referencia legal, ya que, conforme lo hemos esgrimido en la parte general del concurso de delitos, esta investigación no ahondará en la aplicación de la pena de cada uno de los criterios de los concursos delictuales.

---

<sup>47</sup> Artículo 363.- Ejercicio ilegal de profesión

El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

<sup>48</sup> Falsificación de documentos

Artículo 427.- El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

<sup>49</sup> Estafa

Artículo 196.- El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

**2.3.3.2.2 Concurso real de delitos.** También llamado “concurso material”, este tipo de concurso de delitos está legalmente establecido en el art. 50 del CP<sup>50</sup>, cuyo supuesto de aplicación se especifica del siguiente modo: “Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes”; es decir, a diferencia del concurso ideal en el que el presupuesto más importante era la unidad de acción, en el concurso real se da una pluralidad de acciones independientes -entendido el concepto de acción desde un ámbito jurídico-penal normativo- y, por ende, cada una de estas configura varias defraudaciones de uno o más tipos penales.

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en el marco del V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, emite el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre de 2009, en cuyo fundamento sexto, establecido como doctrina legal, estipula que los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos, son: a) pluralidad de acciones; b) pluralidad de delitos independientes, lo cual “marca la frontera con los supuestos de unidad de delito, es decir, de aquellos casos en los que, pese a existir una pluralidad de acciones, se configura un solo delito (por ejemplo: el delito continuado)” (García, 2019, p. 873); y, c) unidad de autor, es decir, un solo agente o sujeto activo a quien se le imputan diversas acciones normativas.

Por su parte, Villavicencio Terreros (2006) expone como requisitos, los siguientes: a) pluralidad de acciones; b) pluralidad de lesiones de la ley penal, que implica que el autor “puede afectar varias veces la misma disposición penal o disposiciones diferentes” (Villavicencio, 2006, p. 704); c) unidad de sujeto activo y unidad o pluralidad de sujetos pasivos; y, d) que sea juzgado en un mismo proceso penal, vinculándose, por ende, a reglas procesales penales “pues lo que regula finalmente es la posibilidad de un juicio conjunto por una pluralidad de acciones punibles” (García, 2019, p. 873).

Aunado a ello, es menester referirnos a que en el concurso real de delitos, también existe la distinción entre homogéneo y heterogéneo, como también se establece en el concurso ideal. Así, García Cavero (2019) enuncia enfáticamente que:

En el primer caso [homogéneo], el autor comete varias veces el mismo delito (por ejemplo: el delincuente serial comete varios homicidios de las mismas características en momentos distintos). En el concurso real heterogéneo se presenta, por su parte, cuando

---

<sup>50</sup> Artículo 50.- Concurso real de delitos  
Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

una persona comete en diversos momentos delitos distintos (por ejemplo: el maleante que primero asalta un banco, luego mata a su cómplice para quedarse con todo el dinero y luego procede a lavar el botín por medio de actos de conversión). Esta distinción es puramente conceptual, pues el tratamiento punitivo que le corresponde a ambas clases de concurso real es el mismo. (p. 874; el agregado en corchetes es nuestro)

Conforme se observa, no existe mayor complicación en el entendimiento del concurso real de delitos, al ser resumido en la expresión “varios hechos, varios delitos”, lo cual es una relación de causa-efecto predecible y precisa. Respecto a la consecuencia jurídica que se aplica para resolver los casos en los cuales se debe aplicar este criterio de concurso de delitos, el art. 50 precitado al comienzo de este apartado, precisa que procede la sumatoria de las penas privativas de libertad concretas (fijadas por el magistrado) para cada delito, hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, pero que en ningún caso puede exceder la consecuencia jurídica de pena máxima que es 35 años; siendo que, si por la configuración de uno de los delitos que comete el autor único, se le prevé una pena de cadena perpetua, solo se aplicará esta. Finalmente, otra vez es preciso recordar que, a efectos de la presente investigación, basta la referencia a la consecuencia jurídica de aplicación de la pena estipulada en el CP, ya que, no se ahonda en el tratamiento y supuestos en los cuales se aplica el concurso real de delitos, siendo este un proceso de subsunción a partir de un razonamiento inductivo.

#### ***2.3.4 Alternativas de aplicación de los concursos entre el delito de abuso de autoridad y homicidio***

Ya habiendo delimitado los fundamentos dogmáticos del concurso de leyes (o aparente de delitos) y concurso de delitos, así como las particularidades de cada uno de los principios que se aplican al primero (especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad) y los tipos de concursos de delitos (ideal y real); equivale ahora integrar estas concepciones para dar una serie de posibles alternativas de aplicación de concursos entre los delitos confrontados en la Cas. N.º 950-2018/Tumbes materia de la presente investigación, como son el delito contra la vida en la modalidad de homicidio simple (art. 106 del CP) y el delito contra la administración pública en la modalidad de abuso de autoridad (art. 376 del CP).

Ello, porque denotamos que en la aludida Casación que se analiza en este trabajo, se aplica el principio o criterio de alternatividad entre ambos delitos, para solucionar el sustento fáctico de intervención policial concreto, estableciendo un concurso de leyes; sin embargo, lo característico de este pronunciamiento supremo es que dicha solución es contraria a lo que las instancias inferiores han determinado, ya que estas concluyeron que entre los delitos confrontados, existe una relación de concurso real de delitos. Lo cual, nos hace preguntarnos

también por las otras alternativas de solución de concurso entre los injustos penales relacionados. Veamos:

**2.3.4.1 Aplicación del concurso de leyes – criterio de alternatividad.** El principio de alternatividad para resolver los casos de concurso de leyes, tiene sustento en la consecuencia jurídica o pena aplicable, dado que, conforme ya lo hemos esgrimido, la relación entre dos tipos penales se soluciona aplicando el que tiene pena más grave y, por tanto, desplazando al que tipifica una pena más leve. Esta es una alternativa de solución que conviene tener en cuenta, porque la Cas. N.º 950-2018/Tumbes aplica este principio de concurso de leyes, conforme se establece de los siguientes términos:

Que, en consecuencia, desde la perspectiva de BINDING, se está ante un concurso aparente de leyes o unidad de ley resuelta por el principio de alternatividad en función a la estructura lógica de subordinación, propia del principio de especialidad [HURTADO POZO, JOSÉ - PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Manual de Derecho Penal - Parte General*, Tomo II, Cuarta Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 234/235].

Así las cosas, el concurso aparente de leyes permite concluir que de dos o más tipos penales, es aplicable solo uno: en el presente caso, el tipo penal de homicidio simple. No hay delito de abuso de autoridad, por lo que no es posible aceptar una condena por tal delito como si se tratara de un concurso de delitos. (f.j. 5, p. 6)

Lo que, desde ya, equivale resaltar, es que el Tribunal Supremo cita la obra de los autores peruanos Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, quienes, a su vez, citan a Binding y la relación de subordinación que se aplicaría a este principio del concurso de leyes. No obstante, los mismos penalistas a los que se refiere, no están de acuerdo con este tipo de vinculación y, más que eso, no defienden el principio de alternatividad como un criterio válido para aplicar el concurso de leyes, sino que se trataría de errores legislativos, conforme se aprecia de lo referido en el apartado de alternatividad de la presente investigación.

Aunado a ello, ¿la estructura lógica del principio de alternatividad es la subordinación? De ser así, de los supuestos de hecho abstractos de los delitos de homicidio simple y abuso de autoridad, se debería formar una vinculación de inclusión de un subconjunto en un conjunto. Observemos:

Delito de homicidio: {matar}

Delito de abuso de autoridad: {sujeto activo funcionario público; abuso de atribuciones; cometer acto arbitrario; perjuicio a alguien}

De lo esgrimido, debemos enunciar que en una relación de subordinación, todos los elementos de un delito deberían estar en otro delito, el cual contendría la totalidad del primero y algunos adicionales, propios del segundo. Bajo esta perspectiva, observando los elementos del delito de homicidio y abuso de autoridad, concluiríamos que ante una subordinación, el elemento {matar} debería estar incluido en el delito de abuso de autoridad, el cual contendría este y más elementos que le dotan del carácter especial; no obstante, conforme se observa de la literalidad de elementos del conjunto de abuso de autoridad, este no cuenta con el presupuesto {matar}.

En ese sentido, tal parece que no se podría hablar de una relación de subordinación entre ambos injustos penales; máxime si, imaginando que el elemento {matar} forme parte del delito de abuso de autoridad, el cual contendría los demás presupuestos {sujeto activo funcionario público; abuso de atribuciones; cometer acto arbitrario; perjuicio a alguien}, sería este el delito subordinante y, por tanto, el que se debería aplicar en el caso concreto; sin embargo, en la Casación citada, se aplicó únicamente el delito de homicidio simple.

Lo que parece condensar el elemento {matar} es, más bien, el elemento {acto arbitrario} propio del delito de abuso de autoridad, que implica realizar un acto que “no está fundado en Derecho, no tiene cabida en el sistema penal” (Vílchez, 2021, p. 227). En ese sentido, está claro que la acción de matar, en una intervención policial, es una conducta que no tiene justificación en el sistema jurídico-penal, dadas las circunstancias del caso (la víctima se encontraba reducida y no existía peligro alguno para el agente); pero, esta subsunción de la acción de matar en el presupuesto configurativo de “acto arbitrario”, proviene de una abstracción que implica poner niveles de arbitrariedad del acto del efectivo policial, siendo el matar el nivel más alto de defraudación, pero que no estima *per se* un elemento del delito de abuso de autoridad.

Conforme ya se ha aludido anteriormente, el doctrinario peruano García Caveró precisa que, en el criterio de alternatividad, es posible una relación de interferencia, que es la propia del principio de subsidiariedad, siempre y cuando se trate de bienes jurídicos similares, ya que, si se trata de bienes jurídicos protegidos distintos, estaremos ante un concurso ideal de delitos y no un concurso de leyes.

En principio, debemos decir que los delitos de homicidio y abuso de autoridad, claramente vulneran bienes jurídicos distintos; en el primero, se menoscaba el bien jurídico “vida” que es el origen del reconocimiento de los demás bienes jurídicos; mientras que, en el delito funcional de abuso de autoridad, lo que se tutela es la desvinculación que realiza el funcionario público con los deberes positivos (de hacer) a los que está obligado a cumplir con la institución Estado. Ello se deriva, además, de lo distintos que son los injustos penales

confrontados, en cuanto el homicidio es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona, mientras que el abuso de autoridad es un delito especial limitado a determinadas personas que son las que tienen una relación funcional con el Estado. Entonces, al tratarse de bienes jurídicos diferentes, ¿se aplicará un concurso ideal?

Aun así, veamos nuevamente los componentes de los delitos, en una teoría de conjuntos, que se grafican del siguiente modo:

Delito de homicidio: {matar}

Delito de abuso de autoridad: {sujeto activo funcionario público; abuso de atribuciones; cometer acto arbitrario; perjuicio a alguien}

Como se observa, para que se establezca una relación de interferencia o intersección, deben existir elementos propios del delito de homicidio, elementos propios del delito de abuso de autoridad y elementos comunes de ambos delitos; no obstante, lo único que se observa es elementos propios de cada uno de los delitos, lo que, al parecer, hace concluir que estamos ante una relación de heterogeneidad, lo cual no da lugar, de ningún modo, a algún tipo de concurso de leyes.

En suma, la aplicación del principio de alternatividad, criticada por muchos autores como un criterio válido para resolver una relación entre dos tipos penales con un concurso de leyes penales, es cuanto menos cuestionable, tanto en la postura de Binding que asume una relación de subordinación (conforme lo establece la Cas. N.º 950-2018/Tumbes estudiada), como en la postura de García Caveró, al proteger bienes jurídicos distintos y no presentar una relación de interferencia o intersección, propia del principio de subsidiariedad.

**2.3.4.2 Aplicación del concurso de leyes – criterio distinto al de alternatividad.** Al erigirse el principio de alternatividad como una cláusula de cierre, implica que este criterio aplicado por la Casación materia de estudio, solo se debe emplear cuando no sea posible aplicar los demás principios por los cuales se puede resolver el concurso de leyes, esto es, el de especialidad, subsidiariedad y consunción; por lo que, equivale valorar si podría haber una alternativa que pueda calzar en la vinculación de los ilícitos regulados en los arts. 106 y 376 del CP.

Conforme ya se ha enunciado en la alternativa de solución primigenia, de la apreciación de los delitos, según la teoría de conjuntos, no se puede hablar de una relación de subordinación ni de interferencia entre ambos tipos penales, lo que da lugar a concluir que no se puede aplicar los principios de especialidad ni de subsidiariedad. Pero, ¿y el principio de consunción? ¿Puede ser una alternativa para solucionar este concurso de leyes? Recordemos las características de los delitos confrontados:

Delito de homicidio: {matar}

Delito de abuso de autoridad: {sujeto activo funcionario público; abuso de atribuciones; cometer acto arbitrario; perjuicio a alguien}

Como ya se ha referido anteriormente, el criterio de consunción no esgrime una relación específica concursal, como sí lo hacen los principios de especialidad y subsidiariedad, que son las de subordinación e interferencia, respectivamente; es por ello que, Sánchez-Ostíz no considera el principio de consunción -así como el de alternatividad- como un criterio adecuado para el concurso de leyes, postura con la que concordamos; contrario sensu, se trataría, más bien, de un concurso de delitos, pero que por razones de política criminal se aplica un concurso de leyes.

Entender la relación entre el delito de homicidio y abuso de autoridad, propia del principio de consunción, implicaría que uno de esos injustos penales es acompañante o posterior copenado del otro, como el ejemplo que se utilizó entre el delito de administración fraudulenta de persona jurídica en la modalidad de fraude contable y el delito de uso de documento privado falso, que este último fue un delito acompañante del primero, calificado como delito central y que es el único que se debe aplicar al caso concreto.

Dicho esto, la vinculación que se da entre estos supuestos de hecho abstractos, está delimitada a que la acción de matar sería uno de los actos arbitrarios (contrarios a derecho) con un nivel de gravedad superlativo, que comete el funcionario público; teniendo en cuenta que este delito puede ser cometido por cualquier persona. Así, el delito de homicidio se podría entender como un delito acompañante del delito de abuso de autoridad, al erigirse como concomitante a la acción global de intervención abusiva que realiza el efectivo policial.

Parece ser un criterio mucho más razonable dentro del concurso de leyes, no obstante, se debe hacer dos apreciaciones importantes: La primera, referida a que el delito acompañante es el delito de homicidio, por ende, el delito central y -en consecuencia- el que debería ser aplicado, es el delito de abuso de autoridad, al contener todos los elementos coetáneos y condensar la intervención que de forma global consume la acción de matar a un tercero; sin embargo, el delito que se aplica en la Casación materia de estudio, es el delito de homicidio, no resultando coherente ello con este análisis del principio de consunción.

La segunda apreciación a tomar en cuenta, es la que esgrime el doctrinario García Cavero en el apartado referido a estudiar el principio de consunción, en cuanto manifiesta que si el hecho acompañante (matar a una persona) desborda lo necesario para asegurar los fines jurídico-penales del delito central (abuso de autoridad), se tendría que hablar, ya no de un concurso de leyes, sino que, ese exceso de defraudación, da pie a la configuración de un

concurso de delitos; y, como ya lo hemos delimitado, la acción de matar, al ser el escalón más grave y lesivo de la arbitrariedad del acto del funcionario público, desbordaría el sentido jurídico-penal del delito de abuso de autoridad y constituiría un concurso de delitos entre ambos tipos penales.

En consecuencia, si bien el principio de consunción del concurso de leyes, es aquel que se acercaría más a la realidad de los supuestos entre el delito común de homicidio y especial de abuso de autoridad; no es menos cierto que su aplicación presenta diversos matices que no terminan de convencer, como los que se ha enunciado líneas arriba. Pasemos a ver las alternativas de solución basadas ya no en un concurso de leyes o aparente de delitos, sino en un concurso de delitos propiamente dicho.

**2.3.4.3 Aplicación del concurso de delitos – concurso real.** Conforme a los fundamentos de hecho primero y segundo esgrimidos en la Cas. N.º 950-2018/Tumbes *sub estudio*, se tiene que el *iter* procesal resolutorio del caso, concluye con una sentencia de primera instancia emitida por el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes, condenando a *Jeyri Kevin Julca Dávila* como autor del delito de homicidio simple, en agravio de Manuel Enrique Benites Jiménez, a 9 años de pena privativa de libertad efectiva y del delito base de abuso de autoridad, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior, a 1 año de pena privativa de libertad; y, sumando ambas penas, se establece un total de 10 años de pena privativa de libertad. Posteriormente, el sentenciado interpuso recurso de apelación que fue resuelto por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, confirmando y revocando extremos de la sentencia apelada y, en consecuencia, condenando a *Jeyri Kevin Julca Dávila* como autor del delito de homicidio simple, en agravio de Manuel Enrique Benites Jiménez, a 8 años de pena privativa de libertad efectiva y del delito base de abuso de autoridad, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior, a 8 meses de pena privativa de libertad; por lo que, la sumatoria resulta un total de 8 años y 8 meses de pena privativa de libertad. Finalmente, contra la sentencia de segunda instancia, el encausado *Julca Dávila* interpone recurso de casación, que es el que resuelve la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la sentencia de Cas. N.º 950-2018/Tumbes materia de análisis.

Conforme se observa, la consecuencia jurídica penal que se impuso en las instancias inferiores a la suprema, está constituida por determinados años de pena privativa de libertad para cada uno de los delitos imputados, sumando estas globalmente para atribuirles a una persona específica, en este caso, del condenado *Julca Dávila*. En ese sentido, se abstrae del

mecanismo de aplicación de la pena, que en las instancias previas a la suprema, se aplicó el concurso real de delitos estipulado en el art. 50 del CP, ya que este contempla que: “se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años”.

Con dicha conclusión, se infiere que en primera y segunda instancia, se entendieron estos supuestos como una pluralidad de acciones (específicamente 2) y no como una unidad de acción o de ley. ¿Cuáles serían estas acciones plenamente diferenciadas, que llevaron a tener una pena por separado? Abstraemos:

La Casación *sub lite*, esgrime en su fundamento cuarto, lo siguiente:

Que es claro que la conducta abusiva contra el ciudadano Benites Jiménez consistió no solo en la forma como fue intervenido por el imputado sino también en el hecho de que, acto seguido, disparó contra él y le ocasionó la muerte. Se trata de un hecho histórico, no de dos. El contexto del hecho, sin duda, fue una actuación de intervención claramente errónea y abusiva, pero la conducta y el resultado final de la conducta del imputado fue disparar contra el agraviado y matarlo. Se trata de un todo unitario –unidad de acciones naturales– mediante un accionar progresivo en un estrecho contexto físico y temporal. (f.j. 4; p. 5)

Se puede aludir de lo citado que, la Corte Suprema entiende a la intervención global y el acto de disparar que ocasiona la muerte, como una sola acción conjunta y no dos acciones como lo entendían las instancias anteriores; de este modo, en un razonamiento *a contrario sensu*, se puede deducir que se le había condenado a *Julca Dávila* conforme a la comisión de dos acciones entendidas como totalmente independientes: la primera que está referida a la intervención y la segunda (otra acción distinta en tiempo y modo) que está contenida en el disparo que ocasiona la muerte a Manuel Benites Jiménez.

De este modo, se cumpliría el presupuesto básico del concurso real de delitos esgrimido el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116, referido a la pluralidad de acciones; asimismo, completa la configuración de los requisitos exigidos, la pluralidad de delitos independientes, como son el delito de homicidio simple y el delito de abuso de autoridad, y la unidad de autor o sujeto activo, compuesta por el sentenciado *Jeyri Kevin Julca Dávila*. Por su parte, se trataría de un concurso real heterogéneo, ya que *Julca Dávila* habría cometido dos delitos distintos en diferentes momentos, cada uno con su contexto fáctico concreto propio, que se adecúa al supuesto de hecho abstracto de cada injusto penal.

Podríamos decir que entender el presente caso como un supuesto de aplicación de un concurso real de delitos, implicaría concluir que la acción de intervención arbitraria y la acción

de matar a una persona, de ningún modo se pueden unir por un enlace directo. Así, equivale referir que la intervención policial acabó con los disparos previos (se entiende, al aire) y el acercamiento del efectivo policial condenado hacia el auto donde se encontraba Manuel Benites Jiménez junto a la Sra. Torres Conde y su menor hija, produciéndose un altercado con su referida esposa; y, la segunda acción posterior o hecho independiente al primero, con su propia tipificación, está contenida en el último disparo que impactó en el parabrisas posterior del auto y se insertó en la cabeza de Benites Jiménez, ocasionándole la muerte.

Sin embargo, equivale preguntarnos: ¿en realidad entre estas dos acciones no existe ningún enlace directo? El último disparo que ocasiona la muerte, ¿forma parte de la misma intervención global o conjuntamente arbitraria? Porque, de ser afirmativa la respuesta a la última pregunta formulada, ya no se hablaría de dos acciones, sino de una sola, lo que conlleva a concluir también que no nos encontraríamos en un supuesto de concurso real, sino de concurso ideal de delitos; distinto sería el caso de que la arbitrariedad se agote en el momento previo al disparo, pero en ese escenario nos preguntaríamos: ¿Dónde está la arbitrariedad? ¿En los disparos disuasivos y la discusión y posterior altercado que se generó? Son preguntas que nos hacen abrir el siguiente escenario de solución entre el delito de abuso de autoridad y homicidio simple.

**2.3.4.4 Aplicación del concurso de delitos – concurso ideal.** En contrapartida al concurso real, pero dentro del concurso de delitos, encontramos al criterio de concurso ideal, el cual se erige como la última alternativa de solución como tipo de relación entre los delitos de homicidio y abuso de autoridad, condensados en la Cas. N.º 950-2018/Tumbes. Conforme recordamos de lo expresado en el apartado donde analizamos la naturaleza del concurso ideal, tenemos que el presupuesto básico y elemental de este criterio es la *unidad de acción*, entendida desde una perspectiva jurídica como la “unidad en la ejecución de un comportamiento típicamente relevante por medio del enlace directo entre los distintos actos realizados” (García, 2019, p. 865).

Recordemos que los hechos de la Casación materia de estudio, que se consideran probados, están contenidos en la persecución policial que el sentenciado *Julca Dávila*, suboficial de Tercera PNP, hizo a un vehículo conocido como “Lucho”, en el cual iban dos sujetos de sexo masculino quienes transportaban combustible de procedencia extranjera, finalizando está en el cruce formado por las avenidas 24 de julio y Navarrete, cuando intempestivamente se acoplaron dos vehículos más, lo que impidió su intervención; en ese entonces, dicho encausado bajó de la unidad policial e intervino el vehículo de placa de rodaje N.º FO-3272 que se interpuso, conducido por el occiso Manuel Benites Jiménez y en el que iba

su esposa Viviana Torres Conde y su menor hija. Diríamos que aquí empieza la intervención, relatándose posteriormente lo siguiente:

Es del caso que el encausado Julca Dávila efectuó disparos y se acercó al vehículo, produciéndose una discusión con la señora Torres Conde y un ulterior altercado. En esas circunstancias efectuó un último disparo que impactó en el parabrisas posterior del coche que terminó impactando en la cabeza de la víctima Benites Jiménez y le ocasionó la muerte, pese a que la detención de este último ya se había producido. (f.f. 3-B; p. 3)

Conforme se observa, el *iter* fáctico completo que realizó el condenado *Julca Dávila* estuvo configurado por los siguientes actos: a) efectuar disparos (se entiende al aire, de tal modo que son disuasivos); b) se acerca al vehículo; c) discute con la Sra. Torres Conde (esposa del conductor); y, d) efectúa un disparo que impacta en el parabrisas posterior del coche y finalmente en la cabeza del conductor Benites Jiménez, ocasionándole la muerte.

Como ya lo habíamos referido en el apartado anterior del concurso real de delitos como alternativa de solución, la Cas. N.º 950-2018/Tumbes establece una unidad de acción en el caso de autos, con la siguiente afirmación: “la conducta abusiva contra el ciudadano Benites Jiménez consistió no solo en la forma como fue intervenido por el imputado sino también en el hecho de que, acto seguido, disparó contra él y le ocasionó la muerte” (f.j. 4; p. 5), pero aplica concurso de leyes y no concurso ideal de delitos. De ello, podemos enunciar dos conclusiones:

La primera, la referida a que según la Corte Suprema, a diferencia de los que manifiestan que en un concurso de leyes existe unidad de ley y en un concurso ideal de delitos existe unidad de acción; brinda una conclusión en concordancia con lo que manifiesta Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011), en el sentido de que la unidad de acción es entendida como un elemento común tanto del concurso de leyes como ideal de delitos, diferenciándose en que en el primero se habla de una tipicidad única y en el segundo, de una tipicidad plural [véase apartado de concurso ideal de delitos]. La segunda, implica concluir que se ha ejecutado un único comportamiento que va desde la detención de la marcha del vehículo que conducía Benites Jiménez, pasando por disparos disuasivos al aire, acercamiento al auto, discusión y altercado con la esposa del conductor, hasta finalizar con el último disparo que acabó con la vida de Benites Jiménez, cuando ya estaba reducido.

Aunado a ello, se trata, pues, de un concurso ideal heterogéneo, ya que con dicha acción única (hecho único) se vulnera una pluralidad de leyes penales, en el presente caso dos de ellas, como son el tipo penal común de homicidio simple estipulado en el art. 106 del CP y el especial de abuso de autoridad regulado en el art. 376 del CP, siendo estas, leyes penales con bienes

jurídicos totalmente distintos, conforme se denota además de su ubicación sistemática dentro del Código adjetivo.

En cuanto a la relación específica del concurso ideal de estos delitos de homicidio y abuso de autoridad, conforme ya se ha visto, se pueden presentar 3 tipos: completa, parcial o por vinculación, en su fase ejecutiva. Esta última queda descartada de plano, puesto que, para su configuración, es necesario que exista dos acciones vinculadas y una tercera acción vinculante, en cuyo sustento fáctico dicho supuesto no se presenta de ningún modo. Entonces, para establecer si se da una concurrencia total o parcial de las fases ejecutivas de los tipos penales confrontados, tenemos:

**Tabla 6**

*Acción conjunta del delito de abuso de autoridad y homicidio simple, en los hechos de la Cas. N.º 950-2018/Tumbes*

<b>Abuso de autoridad</b>	Detener la marcha del vehículo.	Disparos disuasivos al aire.	Acercarse al vehículo intervenido.	al	Discusión y altercado con la esposa del conductor.	Disparo al conductor cuando ya estaba reducido.	Muerte del conductor producto del disparo.
	<b>Homicidio simple</b>						Disparo al conductor cuando ya estaba reducido.

De lo graficado, se puede concluir que las fases ejecutivas de los injustos penales, concurren no de manera plena, sino *parcialmente*, puesto que la ejecución del delito de abuso de autoridad ha comenzado con la intervención y ha culminado con el último disparo que le quitó la vida al conductor Benites Jiménez; y, por su parte, la ejecución del delito de homicidio comenzó y culminó con ese último disparo, cuando ya estaba reducido; siendo que, cada uno de esos actos se unen mediante un enlace directo.

A nuestro parecer, este tipo de concurso de delitos, condensa de mejor manera la relación que existe entre los tipos penales especificados en los arts. 106 y 376 del CP, ya que se cumple en su totalidad sus requisitos, como son: unidad de acción, múltiples leyes penales desvaloradas, unidad de autor condensada en *Jeyri Jevin Julca Dávila* y unidad de sujeto pasivo de la acción, como es el occiso Manuel Enrique Benites Jiménez. Asumimos esta postura ya que nos parece la más adecuada para estudiar esta vinculación, conforme a los argumentos que se han referido anteladamente.

## Conclusiones

### **En cuanto al perjuicio como elemento configurador del tipo penal de abuso de autoridad**

**Primera.-** El perjuicio es entendido como el daño, lesión, menoscabo o detrimento que se produce a los bienes jurídicos –entendidos, según Sánchez-Ostíz (2020), como ámbitos de desarrollo personal– de una determinada persona (sujeto pasivo del delito o de la acción), cuando el agente cumple los presupuestos de un delito tipificado en el CP peruano. En el delito de abuso de autoridad, se debe causar un perjuicio al bien jurídico del Estado, al ser el sujeto pasivo del delito; pero, además, a la persona concreta que soporta la conducta o acción típica (acto arbitrario).

**Segunda.-** El delito de abuso de autoridad es un delito de resultado: de peligro concreto en la comisión del verbo rector “ordena” y de lesión en la comisión del verbo rector “comete”. Ello, debido a que el tipo penal no se agota con la realización del acto arbitrario, sino que, para su consumación se requiere el perjuicio a los bienes jurídicos de una determinada persona, que –en correspondencia con las formas de intervención aludidas– será potencial en la modalidad de “ordenar” y efectivo en la modalidad de “cometer”.

**Tercera.-** El principio de mínima intervención del derecho penal o *última ratio*, está compuesto por dos subprincipios: el de *subsidiariedad*, que conforme lo expresa García Cavero (2019) en su versión cualitativa implica que el derecho penal interviene ante la vulneración de los bienes jurídicos más importantes y en su versión cuantitativa informa que el derecho penal interviene cuando las conductas no se pueden resolver aplicando los medios jurídicos extrapenales menos lesivos; y, el de *fragmentariedad*, que esgrime la intervención del derecho penal cuando se lesiona necesariamente de manera grave esos bienes jurídicos más importantes. Este principio macro se verifica por parte del legislador, para tipificar político-criminalmente las conductas como delitos y para subsumir en cada caso concreto la conducta abstracta del injusto penal incriminado. En el delito de abuso de autoridad, se debe valorar la verificación de estos subprincipios en el acto arbitrario (conducta típica) que comete el agente especial; y, además, en el perjuicio hacia los bienes jurídicos de la persona agraviada de la acción.

**Cuarta.-** Pablo Sánchez-Ostíz (2020) establece una clasificación de los bienes jurídicos según la aproximación más cercana o lejana al desarrollo personal-social de la persona humana. Son *esenciales o primarios*, los que están directamente vinculados con el desarrollo personal, se identifican con la persona como entidad psicofísica y son una plasmación inmediata de la persona, coincidiendo con el ámbito de los derechos fundamentales; por ejemplo, la vida, la integridad, la libertad, entre otros. Son *secundarios* aquellos que no son una plasmación

inmediata de la persona y, por ende, no están vinculados directamente con el desarrollo personal, pero lo posibilitan o facilitan, actuando como medios; por ejemplo, el patrimonio, el honor, las relaciones familiares, entre otros. Finalmente, son *funcionales* aquellos que sirven para la protección, aseguramiento o fomento de los bienes jurídicos primarios o secundarios; por ejemplo, la administración pública, la administración de justicia, el orden socioeconómico, entre otros.

**Quinta.-** El contenido propio del perjuicio como elemento típico del delito de abuso de autoridad, implica lesionar los bienes jurídicos funcionales o de tercera clase, dado que ellos aseguran las realidades vinculadas tanto directa como indirectamente con el desarrollo personal; así como, la vulneración “no grave” de los bienes jurídicos primarios o secundarios, puesto que, de tener la conducta típica la entidad suficiente para menoscabar los bienes de primer o segundo orden, rebasa el contenido esencial del perjuicio del delito de abuso de autoridad y da pie a un concurso (ideal o real) de delitos; siendo esta postura coherente, además, con la consecuencia jurídica leve que se establece en el art. 376 del CP (2 días a 3 años de pena privativa de libertad).

**Sexta.-** En la Cas. N.º 950-2018/Tumbes, el acto arbitrario que el S3 PNP Jeyri Kevin Julca Dávila realizó (intervención policial extralimitada en su ejercicio) trajo como consecuencia un perjuicio grave al bien jurídico vida de la persona Manuel Enrique Benites Jiménez, falleciendo producto del disparo que emitió el referido efectivo policial; por consiguiente, al vulnerarse de manera grave un bien jurídico primario o esencial, desborda el contenido propio o esencial del delito de abuso de autoridad, dando lugar a un concurso de delitos entre dicho ilícito y el delito de homicidio simple.

#### **Respecto al carácter subsidiario del delito de abuso de autoridad**

**Séptima.-** El abuso de autoridad es un tipo penal subsidiario en relación con otros tipos penales; esta subsidiariedad es entendida como residualidad, esto es, que se aplicará siempre y cuando exista una valorización de que el “acto arbitrario” realizado por el sujeto activo especial, al ser un concepto jurídico genérico, no calza dentro de otros tipos penales más específicos. Esta característica no tiene que ver, necesariamente, con la subsidiariedad como criterio del concurso de leyes, puesto que, de serlo, se limitaría injustificadamente la aplicación de los demás criterios de dicho tipo de concurso (especialidad, consunción y alternatividad), los cuales se pueden aplicar indistintamente entre cualquier tipo penal, no teniendo relación absoluta con el carácter subsidiario o no de dichos tipos.

**Octava.-** La clasificación de los delitos contra la administración pública, recogida en el Título XVIII del CP peruano, está configurada por los siguientes capítulos: I. Delitos cometidos por particulares; II. Delitos cometidos por funcionarios públicos; III. Delitos contra la

administración de justicia; IV. Disposiciones comunes. Esta distribución no tiene un criterio propio definido, pues al parecer es según la condición del sujeto activo (particular o funcionario público), pero los capítulos tercero y cuarto no se condicen con dicho criterio. Por su parte, ya ubicándonos dentro de esta agrupación, existe incoherencia sistemática, puesto que en el capítulo de delitos cometidos por particulares, se encuentra, por ejemplo, el delito de usurpación de función pública, en el que existe el supuesto “El que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene” donde el agente no es, de ningún modo, un particular, sino un funcionario o servidor público; asimismo, en el capítulo de delitos cometidos por funcionarios públicos, se encuentra el delito de cohecho activo genérico, cuyos supuestos de hecho criminalizan a la persona que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público, actos propios del cargo sin faltar a sus obligaciones o actos en violación de sus obligaciones, en los cuales el sujeto activo necesariamente es un particular y no una persona que tenga relación funcional.

**Novena.-** Ronald Vílchez Chinchayán (2021) establece una clasificación propia e innovadora del Capítulo II “Delitos cometidos por funcionarios públicos”, según las peculiaridades en la ejecución de la conducta típica, del siguiente modo: 1) Conductas de prevalimiento, donde el funcionario actúa como si fuera un particular, infundiendo miedo en los demás, configurando el grupo de los delitos “de abuso” como son el abuso de autoridad, concusión o cobro indebido; 2) Conductas de desobediencia por infracción de deberes positivos, donde el funcionario obtiene un provecho ilegal por faltar a sus obligaciones específicas que se le han encomendado, configurando el grupo de los delitos “de gestión” como son el peculado, colusión o negociación incompatible; y, 3) Conductas de desobediencia por aprovechamiento de la posición, donde el funcionario oculta su actuación injustificada respecto al acercamiento con los particulares o el contacto con bienes o recursos públicos, configurando el grupo de los delitos “de oportunidad”, como son el tráfico de influencias, cohecho pasivo impropio o enriquecimiento ilícito .

**Décima.-** El delito de abuso de autoridad es un delito “de abuso” según la propuesta de clasificación del Dr. Vílchez Chinchayán, en el cual el sujeto activo funcional hace prevaler su uniforme, infundiendo miedo al administrado, siendo estas las delimitaciones que llenan de contenido la conducta típica de “acto arbitrario”. Por lo tanto, es lógico concluir que este delito será subsidiario o residual -lejos de tomar en cuenta la cuestionada clasificación del CP peruano- solamente de los delitos denominados “de abuso”, dada la estructura típica propia de dichos ilícitos, ya que no cualquier supuesto de los ilícitos penales más específicos se entenderá

como acción arbitraria, sino que, estos deben tener un eje común que está circunscrito a una conducta de prevalimiento de su calidad de funcionario público.

**Sobre el concurso de leyes o delitos entre el delito de abuso de autoridad y otros tipos penales**

**Décimo primera.-** El fundamento para la aplicación del concurso de leyes o aparente de delitos tiene relación con la finalidad del derecho penal; por ende, se encuentra en el nivel de defraudación de la norma (mensaje prescriptivo o proscriptivo de la ley o disposición penal) que ha perdido vigencia en el caso concreto, debiendo existir esta relación entre normas iguales o abarcentes, de tal modo que la ley penal que abarque más y mejor la defraudación jurídico-penal normativa, será la aplicable en ese supuesto fáctico específico. Los principios por los cuales se rige este tipo de concursos son: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.

**Décimo segunda.-** Los criterios lógicos a partir de los cuales se puede establecer relaciones entre dos o más disposiciones, son: *heterogeneidad*, donde ningún elemento de un conjunto es elemento del otro conjunto; *identidad*, donde los elementos de los conjuntos son los mismos; *subordinación*, donde los elementos de un conjunto pueden ser subconjunto del otro; e, *interferencia*, donde hay elementos que pertenecen enteramente a un conjunto, elementos que pertenecen enteramente al otro y elementos que pertenecen, a la vez, a uno y otro.

**Décimo tercera.-** En el principio de *especialidad*, nos encontramos en una relación de subordinación o -en una teoría de conjuntos- inclusión, puesto que los elementos que contiene la ley especial, tiene todos los elementos de la ley general y, adicionalmente, otros más específicos que pueden provenir de la condición del sujeto activo, pasivo, los medios comisivos de violencia o amenaza o, en puridad, circunstancias que se adicionan a la conducta completa de la ley general cuya aplicación se desplaza. Por su parte, en el principio de *subsidiariedad* se da una relación de interferencia o -en una teoría de conjuntos- intersección, ya que entre dos tipos penales, existen elementos propios de uno y de otro, así como comunes, aplicándose la norma prioritaria frente a la otra que resulta desplazada en su aplicación.

**Décimo cuarta.-** Si se habla de cuatro tipos de relaciones entre dos o más disposiciones, se tiene que en la identidad y heterogeneidad no se puede hablar de concurso, dada su naturaleza jurídica incompatible; y, que la subordinación e interferencia son las propias de los principios de especialidad y subsidiariedad, respectivamente; diríamos que los principios de consunción y alternatividad no encuentran tipo de relación alguno y, por ende, no constituyen propiamente supuestos de concurso de leyes.

**Décimo quinta.-** El principio de *consunción* se aplica cuando una ley penal engloba el supuesto de hecho de otra ley penal, bajo la lógica de un suceso conjunto, correspondiendo aplicar dentro de la pena del delito central, la que le correspondería a los hechos concomitantes o posteriores, pero, conforme lo expresa García Caveró (2019), si estos hechos acompañantes o consiguientes desbordan lo necesario para asegurar el fin del delito central, podría surgir un concurso de delitos; por su parte, el principio de *alternatividad* esgrime que ante la concurrencia de dos o más leyes penales, se aplicará el supuesto de hecho abstracto que contiene la pena más grave, siendo que, García Caveró (2019) limita este supuesto cuando se trate de bienes jurídicos idénticos, ya que, si las disposiciones amparan bienes jurídicos disímiles, se dará pie a un concurso ideal de delitos.

**Décimo sexta.-** El fundamento del concurso de delitos se establece a partir de la defraudación de diversas normas -por lo que, no equivale establecer graduaciones de mayor o menor defraudación-, las cuales van a ser aplicadas al mismo tiempo; siendo la principal diferencia entre este tipo de concurso y el concurso de leyes, la denominada unidad o pluralidad de acción. La unidad de acción no se sustenta en criterios fisiológicos o de resultado, sino en criterios jurídico-penales normativos, entendida por García Caveró (2019) como la unidad en la ejecución de un determinado comportamiento por medio del enlace directo que vincula los distintos actos realizados.

**Décimo séptima.-** El concurso *ideal* de delitos regulado en el art. 48 del CP se da cuando a través de una sola acción se vulneran diversas disposiciones legales (heterogéneo) o una misma disposición repetidas veces (homogéneo); la identidad de los tipos penales a través de una misma acción, puede ser, según García Caveró (2019), *completa* cuando los tipos concurren plenamente en su fase ejecutiva; *parcial* cuando no concurren de manera plena; y, *por vinculación*, cuando dos acciones independientes se vinculan mediante una tercera acción. El concurso *real* de delitos se regula en el art. 50 del CP, mediante el cual existe una pluralidad de acciones que da lugar a una pluralidad de delitos independientes (heterogéneo) o el mismo delito cometido varias veces (homogéneo).

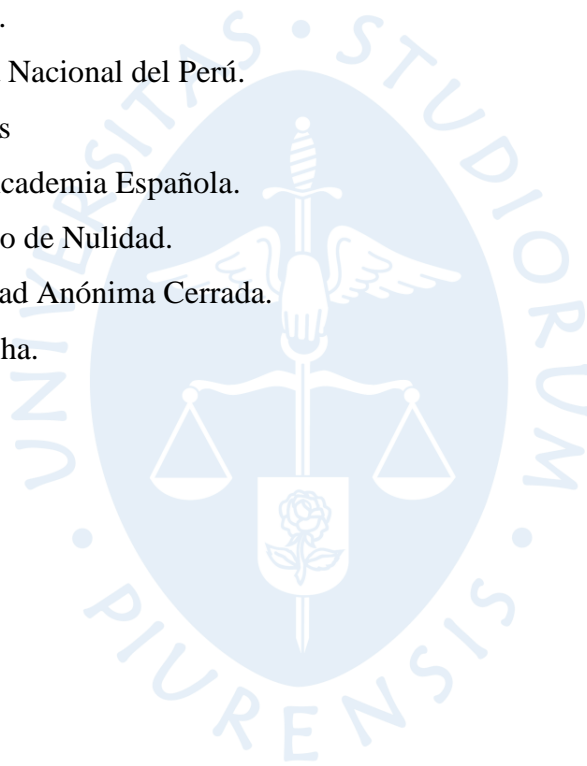
**Décimo octava.-** Entre el delito de homicidio y abuso de autoridad, tomando como referencia la Cas. N.º 950-2018/Tumbes, pueden existir alternativas concursales. En la referida sentencia suprema, se aplicó el criterio de *alternatividad* del concurso de leyes, que es cuestionado por no condensar un tipo de relación válido de las disposiciones penales, máxime si ambos delitos protegen bienes jurídicos distintos; por su parte, dentro del concurso de leyes, el principio de *consunción* parece ser el que más se acerca a la realidad de los hechos, pero presenta incongruencias relacionadas a que el delito acompañante es el delito de homicidio y el

delito central sería el abuso de autoridad, por lo que este último debería aplicarse y no el primero, así como, ese delito acompañante desborda lo necesario para asegurar los fines jurídico-penales del delito de abuso de autoridad, lo que daría lugar a un concurso de delitos. En cuanto al concurso de delitos, asumir un concurso *real* conforme lo sostuvieron las instancias precedentes a la suprema, implicaría concluir que la acción de intervención arbitraria y la acción de matar, son distintas y de ningún modo se pueden unir por medio de un enlace directo; por lo que, sostenemos, contrariamente, una unidad de acción conjunta del S3 PNP Jeyri Julca Dávila, que va desde detener la marcha del vehículo intervenido hasta disparar al conductor Manuel Benites Jiménez cuando ya estaba reducido, ocasionándole la muerte, tratándose, por ende, de un concurso *ideal* heterogéneo (leyes penales distintas) de delitos, concurriendo parcialmente las fases ejecutivas del delito de abuso de autoridad y homicidio.



## Lista de abreviaturas

art.	:	Artículo.
arts.	:	Artículos.
Cas.	:	Casación.
CP	:	Código Penal.
Dr.	:	Doctor.
etc.	:	Etcétera.
f.f.	:	Fundamento fáctico.
f.j.	:	Fundamento jurídico.
N.º	:	Número.
p.	:	Página.
PNP	:	Policía Nacional del Perú.
pp.	:	Páginas
RAE	:	Real Academia Española.
RN	:	Recurso de Nulidad.
S.A.C.	:	Sociedad Anónima Cerrada.
s.f.	:	Sin fecha.



## Lista de referencias

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores S.R.L.
- Arisméndiz Amaya, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Castillo Córdova, L. (2007). Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del derecho. Foro jurídico. *Revista de Derecho*.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Hugo Álvarez, J., & Huarcaya Ramos, B. (2018). Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. *Gaceta Jurídica S.A.*
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Idemsa.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2016). *Delitos contra la administración pública*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Real Academia Española. (7 de abril de 2023). *Perjuicio*. Obtenido de Diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/perjuicio>
- Real Academia Española. (20 de marzo de 2023). *Perjuicio*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/perjuicio?m=form>
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la Administración pública*. Iustitia S.A.C.
- Sánchez-Ostíz Gutiérrez, P. (2020). A vueltas con la parte especial. (*Estudios de Derecho penal*). Atelier.
- Vílchez Chinchayán, R. (2021). *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro E.I.R.L.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

## Documentos legales y jurisprudenciales

### Legislación

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635 de 1991. 3 de abril de 1911 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Ley 29703 de 2011. Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública. 9 de junio de 2011.

### Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria. Apelación 24-2015/Santa, M.P. Prado Saldarriaga; 19 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. Casación 1204-2019/Arequipa, M.P. Altabás Kajatt; 07 de febrero de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. Casación 950-2018/Tumbes, M.P. San Martín Castro; 27 de noviembre de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 1728-2010/Piura, M.P. Villa Stein; 21 de julio de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 3839-2013/Lima, M.P. Pariona Pastrana; 12 de agosto de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 889-2015/Loreto, M.P. Hinostroza Pariachi; 24 de noviembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria. Casación 214-2020/Áncash, M.P. Castañeda Otsu; 1 de julio de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad 2-2009/Junín, M.P. Barrios Alvarado; 7 de abril de 2010.

### Dictámenes

Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley Nro. 4287/2010-PJ que propone modificar los artículos 376°, 384°, 387°, 388°, 389°, 400° y 401° del Código Penal, reforma de los delitos contra la administración pública [Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República]. marzo de 2011.