



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**El injusto administrativo y el injusto penal en los delitos  
contra la Administración Pública: alcances de su  
naturaleza jurídica**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Claudia Socorro Ipanaqué Atarama  
Esthefany Mariaclara Velazco Ramírez**

**Asesor:  
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán**

Piura, julio de 2025

### **Aprobación**

La tesis titulada “El injusto administrativo y el injusto penal en los delitos contra la Administración Pública: alcances de su naturaleza jurídica”, presentada por las bachilleras Claudia Socorro Ipanaqué Atarama y Esthefany Mariaclara Velazco Ramírez en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de tesis Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.



Director de tesis





### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Claudia Socorro Ipanaqué Atarama, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 72040184, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

**“El injusto administrativo y el injusto penal en los delitos contra la Administración Pública: alcances de su naturaleza jurídica”**

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Esthefany Mariaclara Velazco Ramírez, identificado con DNI: 72228394
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original 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 lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado 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.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Ronald Henry Vélchez Chinchayán, identificado con DNI: 44287102
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 30/05/2025.

  
.....  
Firma del autor<sup>1</sup>

  
.....  
Firma del asesor<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Esthefany Mariaclara Velazco Ramírez, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 72228394, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

**“El injusto administrativo y el injusto penal en los delitos contra la Administración Pública: alcances de su naturaleza jurídica”**

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Claudia Socorro Ipanaqué Atarama, identificado con DNI: 72040184
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original 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 lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado 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.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, identificado con DNI: 44287102
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 30/05/2025.



.....  
Firma del autor<sup>1</sup>



.....  
Firma del asesor<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

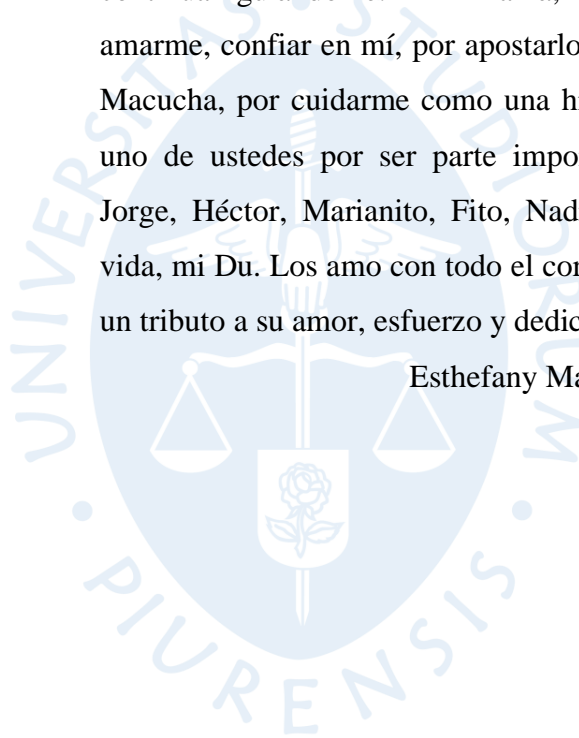
### **Dedicatoria**

A Dios, mis padres y hermana, su apoyo y amor, son la base de mis logros. Esta tesis, es tributo a la colaboración, paciencia y comprensión que me han brindado a lo largo de este viaje académico y laboral.

Claudia Socorro Ipanaqué Atarama

A Dios, por mantener mi fe inquebrantable en él. A ti Chayito, que antes de partir, anhelabas verme llegar hasta aquí. Tu ausencia se siente profundamente, pero tu amor y apoyo continúan guiándome. A mi mamá, mi más grande apoyo, por amarme, confiar en mí, por apostar todo y más. A mi abuela Macucha, por cuidarme como una hija y creer en mí. A cada uno de ustedes por ser parte importante en mi vida: Lore, Jorge, Héctor, Marianito, Fito, Nadia y a mi compañero de vida, mi Du. Los amo con todo el corazón, que este trabajo sea un tributo a su amor, esfuerzo y dedicación.

Esthefany Mariaclara Velazco Ramírez



## **Agradecimientos**

A la Universidad de Piura, por albergarnos durante nuestro recorrido universitario y ser testigo de algunos de los momentos más significativos de nuestras vidas. Sin duda, la mejor época.

A nuestros profesores de la Facultad de Derecho, por su dedicación y entrega al compartir sus conocimientos y valores, siendo un ejemplo de compromiso y vocación profesional.

A nuestras familias, por su amor incondicional, paciencia y apoyo constante en cada etapa de este proceso. Gracias por ser nuestra motivación y sostén en todo momento.

Con gratitud,

Claudia y Mariaclara.



## Resumen

El principal objetivo de la persona es la satisfacción de sus propias necesidades y, en función de ello, aspira a una estructura estatal que les permita organizarse y tener oportunidades para lograrlo. En tanto que el Estado es la estructura que la sociedad necesita para que se le proporcione directrices y normativas destinadas a regular las acciones pertinentes para lograr sus objetivos y el bienestar de la sociedad.

Para tal objetivo, el Estado funciona mediante el poder legislativo que tiene la potestad y función de dar leyes o normas de rango inferior a la Constitución; el poder ejecutivo, con potestad para conducir la política y la administración del Estado -administración pública conformada por funcionarios y servidores públicos, con deberes y derechos dirigidos al logro del bienestar social; y el poder jurisdiccional, que se encarga de resolver, conforme a derecho, los conflictos que requieren de solución jurídica y, de ser el caso, de imponer las sanciones correspondientes.

La administración pública también se encarga de resolver los problemas derivados del ejercicio de sus actividades -infracciones administrativas-, y lo hace a través de los procedimientos administrativos que pueden concluir con la imposición de sanciones. Así también, cuando el funcionario o servidor público altera el ordenamiento jurídico incurre en inconductas funcionales, atentando contra un bien jurídico tutelado y siendo merecedor de sanción administrativa.

Ante la inconducta funcional, se podrá iniciar el procedimiento administrativo o el proceso judicial que corresponda; y si fuera el caso concluir con la imposición de la sanción administrativa o penal correspondiente, teniendo en cuenta la afectación del bien tutelado, el perjuicio causado, y la estricta aplicación de los principios jurídicos, especialmente los principios de legalidad, tipicidad y debido procedimiento o proceso.

El problema surge cuando la inconducta está tipificada tanto como infracción administrativa y como ilícito penal, generándose una controversia que requiere de un debido análisis y determinación del procedimiento administrativo o del proceso judicial que corresponda, a fin de establecer objetivamente y responsablemente la sanción respectiva. Razón por la cual se ha efectuado la presente investigación de tipo básica, bajo una metodología de la teoría fundamentada, sin que necesariamente conlleve a brindar resultados que tengan un uso práctico inmediato. El objetivo principal es analizar las inconductas administrativas y/o penales que estén vinculadas a la función pública para procurar el logro de conocimientos teórico-jurídicos orientados a dilucidar el ámbito que corresponde a una infracción administrativa o a un ilícito penal.

## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo 1 Cuestiones preliminares.....</b>	<b>12</b>
1.1 Problemática de la funcionalidad del Estado mediante la acción de sus operadores administrativos.....	12
1.2 Tratamiento jurídico de las infracciones administrativas .....	13
1.2.1 Composición y características de las infracciones administrativas .....	15
1.2.2 Principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública.....	16
1.2.3 Clasificación de las infracciones administrativas .....	30
1.2.4 Alcances de la potestad sancionadora de la administración pública.....	31
1.3 Tratamiento jurídico de los delitos .....	34
1.3.1 ¿Por qué se penalizan determinadas conductas?.....	35
1.3.2 Principios .....	37
1.3.3 Clasificación de los delitos .....	44
1.3.4 Delitos de peligro .....	45
1.3.5 Delitos de resultado.....	47
<b>Capítulo 2 Un escenario por analizar los delitos contra la Administración Pública .....</b>	<b>49</b>
2.1 El bien jurídico protegido; especial referencia al correcto funcionamiento de la Administración Pública.....	50
2.2 Los sujetos: funcionarios y servidores públicos .....	52
2.3 La conducta típica en general y modalidades de ejecución .....	53
2.4 Autoría y participación .....	54
2.5 Una manifestación del Derecho Penal del enemigo .....	55
2.6 Diferencia con las infracciones administrativas; presentación de posiciones .....	57
<b>Capítulo 3 Los delitos contra la Administración Pública .....</b>	<b>61</b>
3.1 Introducción.....	61
3.2 Clasificación de los delitos contra la Administración Pública .....	62
3.2.1 Peculado.....	64
3.2.2 Cohecho .....	73
3.2.3 Abuso de autoridad .....	80
3.3 Jurisprudencia sobre los delitos contra la Administración Pública .....	85
3.3.1 Jurisprudencia nacional.....	85
3.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	85
3.3.3 Jurisprudencia comparada.....	85

<b>Capítulo 4 Principales criterios que distinguen la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas y los delitos .....</b>	<b>87</b>
4.1 El elemento de la significancia .....	87
4.2 La desvaloración jurídica de la conducta.....	91
4.3 La relevancia del perjuicio ocasionado al sujeto pasivo.....	93
<b>Conclusiones .....</b>	<b>96</b>
<b>Glosario de abreviaturas y siglas .....</b>	<b>98</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>99</b>
<b>Normas .....</b>	<b>104</b>



## Introducción

La presente investigación se ha realizado en vista del actual escenario nacional, plagado de irregularidades en el desarrollo de la función pública; es decir, un escenario caracterizado actualmente por actos que evidencian la comisión de faltas o delitos contra la administración pública. Es así como, bajo este panorama se realiza el estudio para analizar las inconductas administrativas y/o penales que estén vinculadas a la función pública. Inconductas que no son fácilmente ubicadas o consideradas como cuestión administrativa o penal y que, en algunas ocasiones, generan problema de dilucidación entra la aplicación de una sanción administrativa, previo procedimiento administrativo disciplinario o de una sanción penal, previo proceso penal. Para su esclarecimiento se debe partir de analizar los conocimientos teórico-jurídicos que permitan esclarecer el ámbito que corresponde a dichas irregularidades ya que podrían constituir infracción administrativa o ilícito penal; por lo tanto, se analiza posiciones doctrinarias, normativas y jurisprudenciales vinculadas a las inconductas funcionales en las que pudieran incurrir los funcionarios y los servidores públicos, o los mismos administrados en connivencia con un dichas autoridades, para procurar una diferencia objetiva entre una u otra conducta.

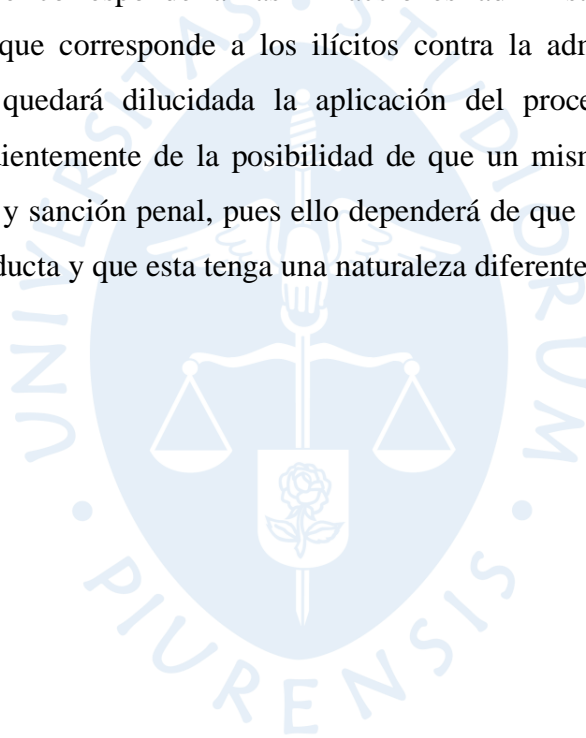
Es importante este esclarecimiento ya que existe una gran variedad de criterios sobre la interpretación de los hechos y de las normas que les podrían ser aplicables. La problemática, ha llegado a extremos de, inclusive, generar sanciones de ambas figuras jurídicas ante un mismo hecho y el planteamiento de impugnaciones por doble sanción considerando que se ha inaplicado el principio *Non Bis in Idem* o *Ne Bis in Idem*; según el cual existe la persona humana tiene la garantía constitucional de no ser juzgada o sancionado dos veces por la misma conducta, sea delito o falta penal, o infracción administrativa. También es importante pues con el debido esclarecimiento, será posible determinar cuáles son las condiciones jurídicas por las que se puede decidir entre aplicarse un procedimiento administrativo o un proceso penal y sus correspondientes sanciones.

Para el desarrollo de la investigación se parte del supuesto de la confusión existente en muchos casos respecto a la posible estimación de una conducta como infracción administrativa o como ilícito penal, al no haber criterios jurídicos uniformes; confusión que suele originar dobles procedimientos o procesos y hasta dobles sanciones por un mismo hecho.

Dilucidación que, pese a la objetividad que se procura en los análisis, no implicará un resultado final incontrovertible, dada la existencia de diversidad de criterios, tanto a nivel nacional como internacional, y a la dificultad que involucra la determinación de normas que

reflejen en forma exacta la subjetividad y la conducta humanas. Por tal razón, el resultado del presente trabajo no deja de tener una significación teórico-jurídica para generar nuevas investigaciones y mayores sustentos con miras a lograr el total esclarecimiento de la problemática estudiada.

En función a lo expuesto, el informe de la investigación presenta información preliminar sobre las infracciones administrativas y los delitos contra la administración pública, para luego presentar los análisis respecto a estos delitos habida cuenta su trascendencia respecto a las mayores consecuencias (sanciones penales) que estos pueden ocasionar a una persona que, inclusive, pueden llegar a considerables penas privativas de la libertad. Culmina el informe con la propuesta de algunos criterios que permitan distinguir la naturaleza jurídica que corresponde a las infracciones administrativas y a los delitos. Dilucidado el campo que corresponde a los ilícitos contra la administración pública, por contraste o descarte, quedará dilucidada la aplicación del procedimiento administrativo disciplinario; independientemente de la posibilidad de que un mismo hecho pueda merecer sanción administrativa y sanción penal, pues ello dependerá de que se trate del mismo sujeto de incurrió en la inconducta y que esta tenga una naturaleza diferente -administrativa o penal-.



## Capítulo 1

### Cuestiones preliminares

#### 1.1 Problemática de la funcionalidad del Estado mediante la acción de sus operadores administrativos

El estado peruano para la correcta administración de su organización tiene algunos principios fundamentales como ser el correspondiente a la distribución del poder, partiendo de la idea fundamental de que el poder emana del pueblo y quienes lo ejercen lo hace en su representación pero teniendo en cuenta que esta debe ejercerse con las limitaciones y responsabilidades que señala la ley de tal manera que su contravención origina una situación irregular que podría constituirse en una falta administrativa o en algunos casos en un ilícito penal, como ser un delito contra la administración pública; entendida esta como una organización estructural que ha sido diseñada para operativizar el desarrollo de la sociedad.

De conformidad con ello es que la operatividad del Estado se pone a cargo de personas a las que se le confía determinadas funciones, deberes y derechos será bajo el estatus de funcionarios o de servidores públicos en general. Estas personas deben actuar conforme a la normatividad establecida específicamente para un mejor desarrollo de las funciones y el cabal cumplimiento de los deberes u obligaciones que corresponden al cargo que se les asigna dentro de la organización.

No obstante, es posible que estas personas no cumplan sus funciones conforme a derecho y, por el contrario, su actuación podría tener características de irregularidad que, como se ha dicho, podrían constituir infracciones administrativas o delitos contra la misma institución o en general contra la administración, defraudando de esta manera las expectativas de la población.

El regular funcionamiento de la administración pública permitirá que se cumpla con un servicio adecuado a favor de la comunidad y de los gobernados y, si esto no es así, habría un incumplimiento total que obligaría a un análisis para verificar si se trata de un mero quebrantamiento de deberes profesionales, un incumplimiento atentatorio contra la pureza de la administración pública o que se haya llegado al extremo de una vulneración de las normas, en conductas que podrían encuadrarse en hechos u omisiones constitutivas de faltas administrativas o que pudieran estar tipificados como delitos.

La situación naturalmente no es sencilla, puesto que tales hechos u omisiones podrían darse bajo diversos contextos y trascendencias; por lo que no se puede distinguir en forma sencilla y celeridad, si una conducta irregular en la que podría haber incurrido un funcionario o un servidor público, constituye falta administrativa o delito contra la administración pública.

Situación que, lógicamente, genera un problema de discernimiento por la dificultad para verificar con objetividad si se trata de una u otra irregularidad y, en consecuencia, cuál sería la posible sanción que tendría que aplicarse; es decir, si tal conducta implicaría una sanción administrativa o habría que desplegar la acción punitiva del Estado frente a un ilícito penal. Es en función de esta problemática que se desarrolla esta investigación y los resultados que a continuación se presenta.

## **1.2 Tratamiento jurídico de las infracciones administrativas**

Los sistemas administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos de las entidades de la Administración Pública, promoviendo eficacia y eficiencia en su uso. Los sistemas funcionales tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de las políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado. (Hilario Melgarejo y Castillo Prochazka, 2019, p. 11)

La Administración Pública se encuentra orgánica, funcional y básicamente constituida en el Poder Ejecutivo, que establece los principios y las normas básicas de su organización; y diseña y establece las políticas nacionales y sectoriales, precisando las competencias y funciones que corresponden a sus entidades u organismos; comprende a los ministerios, los sectores (incluidos en ellos, Art. 22 de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo), los sistemas y las instituciones públicas. Además, la administración pública también comprende a la administración municipal, la administración de los poderes legislativo y judicial, y a las empresas del Estado

De esta forma, la administración pública cumple funciones ejecutivas y, amén de actuar en las labores precisadas, se encarga de regular las leyes y de la “resolución de problemas derivados del ejercicio de sus actividades a través de lo que se denomina procedimientos administrativos.” (Rubio Correa, 2009, p. 65)

El procedimiento administrativo es “la serie coordinada de medidas tendientes a la producción o ejecución de un acto administrativo.” (Cabrera y Quintana, s.f., p. 290)

Al ejercerse las funciones propias al cargo y aquellas que son inherentes al procedimiento administrativo, los servidores del Estado deben actuar con responsabilidad, estricto respeto a las normas legales y con intachable comportamiento ético. Responsabilidad entendida como fiel cumplimiento de obligaciones o funciones derivadas del cargo que se ocupa en la administración pública. Respeto a las normas legales, tanto para su regulación como para su cumplimiento en el ejercicio de la función y en el otorgamiento de los derechos de los administrados. Intachable comportamiento ético, en cuanto a no incurrir en irregularidades, como en el incumplimiento de sus funciones, en el cumplimiento tardío o

defectuoso de las mismas, o en actos que acarrean responsabilidad, entendida en este caso como el deber jurídico de aceptar las consecuencias de los incumplimientos o de la incurrancia en acciones pasibles de sanción administrativa (infracciones administrativas) o penal (delitos o faltas tipificadas e el Código Penal).

Tan es así, que no siempre los funcionarios o servidores públicos ejecutarán las acciones pertinentes a sus cargos y a los sistemas funcionales con el cumplimiento debido de la normatividad que regula el buen funcionamiento de la administración pública y que, además, tutela los recursos con los que cuenta la entidad administrativa para el cumplimiento de sus fines. Es por ello que el Estado peruano ha establecido normas por las cuales se tipifica estas conductas como faltas o infracciones administrativas o como delitos contra la administración pública.

Las infracciones administrativas se presentan como una alteración al ordenamiento jurídico nacional que ha sido estatuido en beneficio de una sociedad fraterna, solidaria y orgánicamente constituida por los tres poderes del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que interactúan en los tres niveles de gobierno: Central, Regional y Local, con el apoyo de funcionarios y servidores que desarrollan su labor en diversas reparticiones u órganos estatales, ejecutando, supervisando y evaluando las actividades propias del estado; es así que, funcionarios y servidores forman parte de la administración pública, por lo que se encuentran inmersos en los alcances de los sistemas de la administración: administrativo y funcional; o en alguno de ellos.

Por lo expresado, es de entenderse que quien no cumple con actuar debidamente en el ejercicio de sus funciones, incurre en responsabilidad administrativa que se encuentra considerada como infracción administrativa (Infracción del Deber); entendida esta como una conducta en forma contraria a los que las normas jurídicas establecen y sancionan sin considerarla delito; por ende, resulta necesario establecer una diferencia sustancial entre este tipo de responsabilidad y la que corresponde al ámbito penal. En cuanto al ámbito administrativo, Pariona (2011) afirma:

Responsabilidad administrativa. Incurren en este tipo de responsabilidad los funcionarios y servidores públicos que incumplen con los deberes que les impone el cargo o servicio... 2) Responsabilidad penal. Se es responsable penalmente cuando se ha cumplido un acto tipificado y sancionado por la ley penal como delito. (Torres Vásquez, 2001, pp. 437-438)

Al respecto no hay consenso en la doctrina, para algunos autores el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública, para otros es el patrimonio

público pero el artículo 387 del Código Penal sanciona también al funcionario público que se apropia o utiliza bienes de particulares, como es el caso de los depositarios y otros autores optan por un sistema dual. (Pariona Arana, 2011, p. 8)

Por ende, se incurre en infracción administrativa cuando el funcionario o servidor de la administración pública, no cumple con el deber jurídico que le impone el cargo para el que ha sido nombrado, contratado o designado; tal incumplimiento puede concretarse en un acto o en una omisión contrario al ordenamiento jurídico administrativo; por lo que deberá aceptar o padecer las consecuencias respectivas, que bien podrían acarrear una multa o una sanción administrativa distinta, de conformidad con el *ius puniendi* del Estado y la potestad sancionadora de la administración pública.

### **1.2.1 Composición y características de las infracciones administrativas**

Conforme a lo antes expresado y la opinión de Huamán Ordóñez (2020), la infracción administrativa es una entidad abstracta que, para ser considerada como tal, debe constituirse por una conducta a la que le son aplicables los elementos constitutivos de tipicidad, reserva de la ley y culpabilidad. “Dicha conducta se concreta, en el plano de la realidad, de manera igualmente típica, antijurídica y culpable” (Obiol Anaya, 2018, p. 496). Elementos que también se deben tener en cuenta respecto a la facultad sancionadora, de la que está imbuida la entidad administrativa, y a la sanción administrativa; esta última se ubica en proximidad colindante a la significación de la pena, pero con la limitación del tipo de sanción aplicable al infractor, ya que esta no podría ser de privación de la libertad personal. Entre las sanciones permitidas, están las medidas de restablecimiento de la legalidad, la disposición administrativa para que cesen determinadas funciones o actividades, los apercibimientos, intimaciones y/o requerimientos; inclusive, hasta la suspensión o el despido laboral con la disposición de reintegro de los beneficios percibidos irregularmente o el resarcimiento de los perjuicios económicos causados a la administración; o, también, la caducidad de alguna concesión administrativa, la disposición de incautación de bienes, etc. Disposiciones o medidas que son cercanas a una sanción sin que lleguen a ser sanciones administrativas propiamente dichas. (Huamán Ordóñez, 2020, p. 187)

Entre las características que precisan la condición o existencia de una infracción administrativa se tiene, como bien se ha dicho, que se debe tratar de una acción (un incorrecto hacer) o una omisión (un no hacer lo que se debería hacer) en forma contraria a lo regulado en el ordenamiento jurídico administrativo.

Otras de las características de la infracción administrativa están dadas por algunos de los principios de la potestas sancionadora de la administración pública<sup>1</sup>; entre ellos se encuentran fundamentalmente la tipicidad entendiéndose que para la existencia de la infracción administrativa debe haber una norma jurídica con rango de ley, que expresamente precise el comportamiento merecedor de una sanción administrativa; es decir, la conducta debe ser típica.

Otra de las características está dada por la antijuridicidad, ya que para que la conducta sea reprochada administrativamente debe estar considerada como contraria al ordenamiento jurídico; es decir, debe ser antijurídica. Asimismo, para que se considere que existe una infracción administrativa, debe haber culpabilidad, un culpable, persona infractora o responsable de la incurrencia que ha actuado u omitido, intencional o negligentemente, con algún nivel de culpabilidad que implique o tenga un alcance administrativo, por el cual se activa la potestad sancionadora de la entidad administrativa competente; y, finalmente, caracteriza a la infracción administrativa el hecho de que la conducta ya enunciada, acarrea una sanción administrativa que, de ninguna manera poder ser privativa de la libertad.

Características que se complementan con lo expresado por Obiol que, respecto a la infracción administrativa, manifiesta

(...) en lo referente al principio de causalidad, el cual puede verse su presencia tanto en materia penal como en el derecho administrativo sancionador, este principio se base en el nexo o en la relación de causalidad que tiene la acción con la consecuencia, advirtiendo también que en virtud de la naturaleza integradora del derecho penal y el derecho administrativo sancionador se puede aplicar el principio de culpabilidad en uno y otro ámbito por igual” (Obiol Anaya, 2018, p. 496).

### **1.2.2 Principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública**

Los principios de la potestad sancionadora administrativa; más específicamente de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, se encuentran precisados en el Art. 248 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>2</sup>, aprobado por D.S. N° 004-2019 y deben ser considerados como principios relativos a las infracciones administrativas, dado que la existencia de estas solo pueden ser consideradas como tales bajo el marco de cumplimiento de los principios, establecidos en la norma acotada.

Los principios que regulan el proceder administrativo y, más aún si se trata de un procedimiento sancionador tienen una singular y trascendental importancia que obliga a su

---

<sup>1</sup> Principios que han de ser detallados en líneas posteriores.

<sup>2</sup> En adelante: TUO

debida y oportuna aplicación, dado que una norma legal (más aún si está destinada a tipificar una infracción de naturaleza administrativa, jamás podrá comprender todos los supuestos e implicancias que la compleja y variadísima realidad obliga, más aún en una realidad como la peruana, en la cual el ordenamiento jurídico obliga al Estado y a sus servidores a cumplir distintas funciones destinadas a tutelar los intereses de la sociedad.

El Tribunal Constitucional, ha teniendo en cuenta estos criterios, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00962-2021-PA/TC del 2 de febrero de 2023, ha expresado claramente que, en doctrina, se ha establecido una serie de estándares sustantivos que han sido incluidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que precisan los principios fundamentales que han de ser cumplidos para el reconocimiento de una infracción administrativa y la aplicación de una sanción; así ha precisado los siguientes principios:

- A. El principio de legalidad de la infracción, conforme al cual la ley es la única norma que puede precisar y diferenciar lo lícito y lo ilícito; para determinar objetivamente lo que se ha de considerar como infracción administrativa; principio concordante con el Art. 9 de la CADH.

Para considerar que hay infracción administrativa y las consecuencias que esta acarrea consigo, esta debe ser establecida mediante una norma con rango de ley que de ninguna forma habilite para que se aplique una sanción de privación de la libertad; principio que también se encuentra precisado en el Lit. d), Inc. 24 del Art. 2 de la Constitución Política del Perú y en el Inc. 1.1 del Art. IV del Título Preliminar del TUO; normas concordantes con el Art. 9 de la CADH y las sentencias emitidas por esta Corte: del Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, del 25-11-2005 y del Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, del 20-06-2005. También fue aplicado en Perú, como es de apreciarse en las sentencias 00010- 002-AI/TC y 02050-2002-AA/TC del Tribunal Constitucional, entre otras.

Inclusive, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima ha precisado aún más la aplicación de este principio especificando que no se le infringe (ni el de tipicidad) si la supuesta infracción administrativa que es materia de imputación se encuentra “tipificada en una norma que, si bien no tiene rango de ley, se emitió por mandato de una norma que sí tiene tal rango.” (Sentencia recaída en el Exp. N.º 2764-2020. F. CUARTO, 4.1.6.)<sup>3</sup>

Independientemente de la ratificación de estos criterios jurisprudenciales, hay que tener en cuenta lo precisado doctrinariamente, conforme a ello, este principio implica que tan

---

<sup>3</sup> No obstante, es de tenerse presente que la sentencia aludida ha sido impugnada con recurso de apelación que, al 28 de noviembre del 2023, ha sido derivado a la Corte Suprema para su dilucidación.

solo por norma legal (ley o con rango de ley) se puede conceder a la administración pública la potestad sancionadora y las respectivas sanciones que se prevén para los casos de infracción de dicha norma; no obstante, en ningún caso se habilitará una disposición de carácter administrativo disciplinario o sancionador que determine o disponga alguna pena privativa de la libertad, habida cuenta que la Constitución Política del Perú establece en el literal d, Inc. 24 del Art. 2 nadie puede ser sancionado por algún acto o por una omisión que no haya sido previamente establecido/a por ley.

Este principio, pues, se refiere a que no se puede sancionar a una persona sin la existencia de una ley, que debe ser escrita (*lex scripta*); que sea anterior a la conducta que se considera infracción administrativa (*lex previa*); y, “(...) que esta ley incluya preceptos jurídicos con suficiente grado de certeza (*lex certa*), de manera tal que sea posible prever la responsabilidad y la eventual sanción aplicable a un caso concreto.” (Chamorro Bernal, 2002, p. 108)

B. El principio de tipicidad: concordante con el anterior y precisando que, para que se pueda aplicar una sanción administrativa será necesario la existencia de la ilicitud de una conducta, conforme a lo determinado por la ley y a lo probado en el debido procedimiento.

Cabe precisar que para que se constituya una infracción administrativa, esta debe estar específicamente establecida por norma específica (subprincipio del principio de legalidad y concordante con literal d) del numeral 24) del Art. 2 de la Constitución); es decir, la conducta que es entendida como infracción administrativa, debe estar expresamente determinada en las leyes, teniéndose presente, en todo caso, el carácter atenuado de los principios de legalidad y de tipicidad de naturaleza penal.

Tan es así que el Ministerio de Justicia y Derecho Humano, en la Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador - Guía para asesores jurídicos del Estado-precisó que este principio se refiere al “grado de predeterminación normativa de los comportamientos típicos proscribiendo supuestos de interpretación extensiva o analógica, lo cual significa que solo cabe castigar un hecho cuando este se encuentre precisamente definido y se tenga claramente definida su penalidad.” (p. 20)

Conforme a este principio y a lo regulado por el TUO solo se podrá sancionar una conducta que haya estado prevista normativamente en una ley o con rango de ley, habiéndose proscrito la interpretación extensiva y la analogía; es más, la reglamentación de estas normas, solo pueden regularlas para una mayor especificación o graduación, pero no pueden generar nuevas conductas infractoras, salvo que la misma norma legal lo faculte. También está

prohibido el establecer normas que estén referidas los mismos hechos o fundamentos que constituyen una norma penal, sea delito o falta; o que ya han sido establecidas en otras normas administrativas también sancionadoras, aunque ello no impida el derecho de la entidad administrativa para precisar los alcances de la norma legal, mediante reglamentos, pero sin transgredirla, desnaturalizarla ni generar una nueva infracción.

El Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecido que este principio:

(...) las prohibiciones que definen sanciones sean éstas penales, administrativas o políticas, (deben ser) redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo. Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta; es decir, (...) la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio (...). (F. 9 del Exp. N° 156-2012-PHC/TC.

Criterio citado y ratificado por la Corte Suprema en la sentencia recaída en la CASACIÓN N° 1622-2023 LIMA, de fecha 24 de agosto del 2023, recientemente publicada en El Peruano el 31 de enero del 2024)

Finalmente, para el cumplimiento debido de este principio, se requiere que en el tipo administrativo o penal exista suficiente certeza en la descripción de la conducta materia de sanción que concreta y específicamente conlleve la determinación de responsabilidad administrativa; por ende, queda proscritas tanto la analogía como la interpretación y aplicación extensivas de supuestos precisados como ilícitos. Así lo ha reconocido, desde antaño, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres de España, al establecer la correlación entre el principio de tipicidad y el principio de legalidad; en este entender es que precisa sobre este último que implica:

(...) el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta según la legislación vigente, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, no toleran la aplicación analógica *in peius* de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta doctrina, que ahora procede reiterar, es sin duda aplicable a las infracciones y sanciones administrativas. (Sentencia 75/1984, F. 5)

C. El principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, conforme al cual las normas son aplicables en fecha posterior a la emisión de la norma que determinó la infracción administrativa.

Conforme a este principio, solo resultan sancionables las conductas producidas con posterioridad a la norma que determinó la infracción administrativa; salvo que se trate de normas emitidas posteriormente a los hechos u omisiones que constituyen conducta infractora, pero que sean más favorables al infractor (Retroactividad benigna); es decir, que el efecto retroactivo de la norma solo será aplicable si favorece al infractor. Esta benignidad, también es aplicable respecto a la tipificación como a la sanción, a los plazos prescriptorios e, inclusive, a las sanciones que se encuentren ya en ejecución al momento de entrar en vigor la nueva norma.

(...) las disposiciones sancionadoras sólo son válidas para tipificar y sancionar ilícitos cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al momento de la comisión de los hechos ilícitos y siempre que estén vigentes al momento de la imposición de la sanción por la autoridad. De este modo, las entidades no pueden sancionar por normas posteriores a los hechos cuando sean desfavorables a la situación del administrado, por ser una aplicación retroactiva de la norma. (Morón Urbina, Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana, 2005, pp. 25-26)

Al decir de Baca (2016), conforme a este principio está proscrita la aplicación retroactiva de toda norma que sea desfavorable a quien haya cometido una infracción; pero sí permite la retroactividad de las normas que le puedan ser favorables que, según la Constitución Política del Perú, es aplicable en materia penal, pero que, por aplicación analógica, también puede aplicarse para las infracciones administrativas, ya que en ambos casos se trata del *ius puniendi* del Estado. (p. 30)

En la actual Constitución Política del Perú se ha establecido la irretroactividad de las leyes penales estableciendo que “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo” (Art. 103).

En cuanto a esto último, la jurisprudencia es clara; así se tiene que la irretroactividad se diluye si una norma posterior contiene disposiciones más favorables al reo.

Ello, sin duda, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, que se fundamenta en la dignidad de la

persona humana (Exp.09810-2006-PHC/TC y reiterada en el Exp. 03274-2021-PHC/TC y en la Casación 1387-2022 del 29-08-2023).

Retornando al mandato de la irretroactividad de la ley, es de precisarse que también está determinado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” (Art. 9) Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que “[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional” (Art. 15.1)

D. El principio de legalidad de la sanción, que precisa que las sanciones también deben haber sido reguladas normativamente, en forma precisa, taxativa y previa tal cual lo especificado en el principio de legalidad.

Este principio tiene sustento tanto en el principio de legalidad como en el principio de tipicidad y, tan igual como estos, también tiene sustento en la Constitución Política del Perú de 1993 que, si bien es cierto, no recoge de forma expresa el contenido de las sanciones administrativas, sin embargo, sí abarca expresamente el contenido y la forma que debe revestir la potestad sancionadora del Estado. Así, el artículo 2, numeral 24, literal d) de nuestra Constitución recoge el ya mencionado principio de legalidad ya que no hay sanción si no ha sido estipulada expresamente en una norma legal; por ende, es en la norma que quedará establecida la sanción que pudiera corresponder ante una infracción administrativa y para su implantación deberá cumplirse con los requisitos que la misma norma señale. Esto en razón de qué una sanción puede implicar privación de derechos como ser por ejemplo imposición de suspensiones, obligaciones, indemnizaciones, interdicciones, inhabilitaciones, multas, ceses, destituciones y/o hasta despidos.

Por lo expuesto debe tenerse en cuenta que para la imposición de una sanción administrativa previamente debe haber sido tipificada una infracción administrativa mediante una norma legal específica.

E. El principio del debido procedimiento: “No se puede imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento.” (Hilario Melgarejo y Castillo Prochazka, 2019, p. 58). Estos autores también precisan que ello implica que debe procederes en un mínimo de dos etapas: la instructora y la sancionadora; las que deben ser ejecutadas en forma independiente y dirigidas por autoridades distintas y competentes.

El principio del debido procedimiento es inherente a la justicia administrativa, la cual implica no solo un criterio sustantivo sino también procesal y, entre ambos criterios, se considera que la actuación propia de la administración pública debe estar orientada y dirigida sustancialmente a la materialización y procura de la satisfacción de los intereses públicos, sean genéricos o concretos, respetando en forma integral los derechos e intereses públicos (Rojas Franco, 2011, p. 177).

Tiene un esencial correlato con el derecho al debido proceso y, según los criterios doctrinarios y la jurisprudenciales, tanto del Perú como de cualquier otra nación, está considerado como un derecho fundamental inherente a todo ser humano; por lo que es menester precisar lo que establece la Carta Magna peruana, en el Inc. 3 del Art. 239:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

### 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (Constitución Política del Perú, Art. 139, Inc. 3)

Norma constitucional que la doctrina la explica considerando su estructura e implicancia:

En el debido proceso se comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia. (Bustamante, 2001, p. 236)

Así, pues, el principio del debido procedimiento administrativo se condice con el principio constitucional del debido proceso y debe cumplirse conforme al mismo; así lo ha precisado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia:

(...) el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. [...] Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la

Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.) (STC N° 4289-2004-AA/TC, F. 2 y 3).

Criterio jurisprudencial que ha sido corroborado y mejor precisado en reciente Precedente Vinculante sobre el derecho al debido proceso:

(...) no tiene una concepción unívoca, sino que comprende un conjunto de garantías. Son dos los principales aspectos de este: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales; y el debido proceso adjetivo o formal, que implica las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales. (Sentencia en Casación N.º 16618-2023, F. Tercero, 3.1)

Es más, debe tenerse en cuenta lo prescrito en el Art. 36 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, aprobado por el Decreto Supremo N.º 011-2019-JUS, referido a la potestad de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema para establecer principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, que constituyen precedentes vinculantes. Y si ello no resultare convincente, es de tenerse presente lo precisado, desde muchos años atrás, por la Corte IDH en el caso Baena Ricardo y otros versus Panamá, sentencia del 02-02-2001, Serie C, N° 72, que, en su Fundamento 124 precisó:

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional. (Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia del 02-02-2001, Serie C, N° 72, F. 124)

Además de lo expresado, en cuanto al contexto específico de la imposición de sanciones, cabe precisar que, conforme al texto legal del TUO solo se puede imponer sanciones si se ha seguido el procedimiento que la ley establece, respetándose las garantías correspondientes al debido procedimiento administrativo que regulan la potestad sancionadora (órgano competente) y que implican la participación de dos autoridades diferentes (funcionario competente) y de dos etapas (fases): instructora y sancionadora. Norma que es concordante con los siguientes dispositivos: Numeral 1.2 del Art. IV del Título Preliminar del TUO; Incs. 3) y 4) del Art. 122 del Código Procesal Civil, sobre contenidos de las resoluciones y el Art. 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre motivación de las resoluciones, que también deben ser cumplidos.

Importante explicación jurisprudencial de este principio lo detalló recientemente la Corte Suprema de Justicia al precisar en la CASACIÓN N° 17154-2022 CUSCO, publicada en El Peruano el 14 de mayo del 2024:

Noveno. “Sobre el derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional”. 9.1. El derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional ha sido objeto de interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (vinculante para el Perú en atención a la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Estado). El cual ha establecido: [...] es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo la consideración judicial”. Asimismo, cabe precisar que las garantías procesales mínimas deben observarse en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar derechos de las partes; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”. [...], se garantiza el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las disposiciones vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas. (CASACIÓN N° 17154-2022 CUSCO. F. 9)

- F. El principio de proporcionalidad, referido a que la acción punitiva de la administración pública debe aplicarse para casos de máxima gravedad. Este principio implica una proscripción del exceso o de una pena desmedida; de allí que todo exceso de la acción punitiva estatal y del sistema de justicia está totalmente prohibido en el ordenamiento jurídico nacional; en consecuencia, se ha de considerar que una pena es razonable y justa si no constituye un exceso de punición y para su imposición se haya considerado las circunstancias agravantes y atenuantes del hecho considerado ilícito.
- G. El principio de razonabilidad, que también ha sido precisado en el numeral 1.4 del Art. IV del Título Preliminar del TUO y que, en lo concerniente a las infracciones y sanciones, refiere que estas deben establecerse conforme a los límites de las facultades que se ha concedido a la autoridad y teniendo en cuenta una debida proporcionalidad

entre lo determinado o aplicable y los fines públicos que se debe tutelar, sin que se rebase lo que es estrictamente necesario para tales fines.

Ahora bien, conforme a este principio, a autoridad administrativa competente, para investigar y sancionar deben partir de considerar si la conducta infractora merecerá una sanción que resulte más favorable para el supuesto infractor que el hecho de cumplir la norma que pudiera haber infringido; si esto no se da en un caso específico, entonces también se debe analizar la posible sanción a imponerse, para que esta no sea tan gravosa que resulte exagerada en relación al incumplimiento detectado; para ello, según este principio se debe considerar una graduación teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. (Inc. 3 del Art. 248 del TUO)

Es más, este principio está inmerso y se complementa con los criterios que sustenta el principio del debido proceso; así fue considerado por el Tribunal Constitucional en constantes sentencias desde años antes; por ejemplo, se tiene la del Exp. 00579-2013-PA/TC, expresó que lo establecido en el Art. 139 Inc. 3 de la Carta Magna que en todo proceso (o procedimiento administrativo como ya se ha detallado) se le debe observar como un derecho de todo justiciable y un principio de la función jurisdiccional; lo que implica su aplicación en sus dos dimensiones: la formal (cumplimiento de garantías y reglas que deben ser respetadas durante toda la secuela procesal o procedimental de cualquier índole) y la sustantiva o material que conlleva la exigencia de pronunciamientos o decisiones con razonabilidad. (F. 5.3.1)

Asimismo, dicho Tribunal ha precisado jurisprudencialmente que el principio de razonabilidad es “[...] un parámetro indispensable de constitucionalidad que permite determinar la legitimidad de la actuación de los poderes públicos, especialmente cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales [...]” Exp. N° 4532-2013-PA/TC14. Criterio citado y ratificado por la Corte Suprema en las sentencias recaídas, entre otras, en la

CASACIÓN 38004-2022 Lima, del 25-07-2023 y en la N° 1437-2019 Sullana, sobre Nulidad de Resolución Administrativa, del 31-01-2024, recientemente publicada este 19 de abril)

Finalmente, cabe precisar que el mencionado Tribunal ha dejado sentado que la entidad administrativa, para sancionar “debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.” (STC N° 0090-2004-AA/TC, F. 35), así como de verificar las pruebas en concordancia con el principio de verdad material.

H. El principio de concurso de infracciones que, en forma similar al que antecede, es semejante al establecido para el Derecho Penal y comprende a un mismo hecho (conducta infractora) en el que ha incurrido un administrado puede ser calificado por más de una infracción administrativa; ante lo cual, dicho hecho, puede ser subsumido en una de las normas que tipifican la infracción o en varias de ellas; pero la sanción que se aplicará ha de ser la de mayor gravedad, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieran establecerse conforme a la normatividad vigente.

Normativamente, este principio está regulado en el Inc. 6 del Art. 248 del TUO y así ha sido entendido en la doctrina; tal es el caso de Álvarez Pozo (2007) quien, siguiendo los criterios de los juristas italianos de la Edad Media, sostuvo que este principio está referido a una acumulación material de penas (o sanciones en el presente caso) como una solución jurídica cuando se considera la existencia de concurrencia delictiva, surgiendo la necesidad de una posible sustitución de normas para la aplicación de una única pena. (p. 17)

Nieto (como citó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017) considera que para aplicar una sanción, ante una infracción administrativa, puede optarse por algunos criterios técnicos: a) una sumatoria de las penas con las que diversas normas sancionan el hecho (acumulación material); b) por la absorción de la pena; es decir la aplicación de la pena más grave entre todas las que podrían aplicarse al hecho; o, c) por la exasperación que implica la aplicación de la sanción más grave elevada razonablemente, pero sin llegar al total de la suma de todas juntas (pp. 23-24). De ellas, la legislación peruana ha optado por la mencionada absorción de pena.

I. Principio de continuación de infracciones, aplicable si el infractor ha continuado incurriendo en nuevas infracciones, precisándose que, para la aplicación de una nueva sanción, será indispensable que hayan transcurrido por lo menos treinta días hábiles posteriores a la fecha en que se le impuso la última sanción y, además, que se le haya

solicitado al infractor que demuestre que, dentro de dicho plazo, cesó la infracción anterior.

Sin embargo y siempre conforme a este principio, no se podrá considerar que ha habido continuidad en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
  - b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
  - c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5. (Inc. 7 del Art. 248 del TUO)
- J. Principio de causalidad. Según este principio la responsabilidad debe recaer en la persona que realiza la conducta tipificada, sea en forma omisiva o activa incurriendo en infracción sancionable. Debe considerarse que este principio corresponde tanto al ámbito penal como al administrativo, dado que encuentra sustento “en el nexa o en la relación de causalidad que tiene la acción con la consecuencia, (...) en virtud a la naturaleza integradora del derecho penal y el derecho administrativo sancionador” (Obiol Anaya, 2018, p. 496); por lo que debe complementarse con los demás principios para poder determinar su naturaleza específicamente administrativa ya que este principio puede ser aplicado en cualquiera de estos dos ámbitos.

Precisión que es indispensable tener en cuenta, dado que este principio no debe ser aplicado en forma estricta, obligando a la administración a demostrar fehacientemente la relación de causalidad entre el origen del hecho investigado y las consecuencias de este. De allí que, teniendo como antecedente, entre otros la Sentencia de Casación N° 02743-2009, emitida por Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha dejado establecido que “el principio de causalidad no debe interpretarse en un sentido restrictivo, sino en sentido amplio dentro de los márgenes de la normalidad, razonabilidad y generalidad (Casación N° 23232-2023 Lima, El Peruano, 29 de abril del 2024, p. 180). Por lo tanto, no es de esperarse que la entidad administrativa exagere el cumplimiento de este principio exigiendo pruebas de un posible derecho del administrado para demostrar la causa que generó el supuesto derecho, o exigiéndose a sí misma la prueba

suficiente de su razonamiento para tomar la decisión, pues con ello se estaría excediendo los contenidos inherentes al principio de causalidad.

K. Principio de presunción de licitud. Es regla general en el procedimiento administrativo, y aplicable en los procedimientos sancionadores, que los usuarios o servidores de las entidades públicas o de aquellas entidades o empresas que se encuentran precisadas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, actúan de buena fe, cumpliendo las determinaciones normativas (con sujeción a la ley) de conformidad con sus propios deberes u obligaciones; en consecuencia, su actuación y los documentos que presentan a la entidad administrativa, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman o, respectivamente, de las aseveraciones que contienen; por lo tanto, la administración debe presumir que, en las actuaciones propias del procedimiento, los administrados actúan conforme a este criterio, salvo que cuente con evidencias que demuestren lo contrario o que se puedan ubicar más allá de la duda razonable y, más aún, si se trata de un procedimiento disciplinario en el cual se denote la existencia de una infracción y la culpabilidad del administrado.

Por ende, la ilicitud debe ser suficientemente probada, pero teniendo en consideración que, por ejemplo, “la sola existencia de una prueba en contra de lo afirmado en el (...) documento limita la operatividad plena de dicho instrumento, obligando a las autoridades administrativas a abandonar la referida presunción” (Santy, 2015, p. 247). Esto en razón de que “sobre la base de un ilícito no se puede obtener un derecho.” (Casación N° 45174-2022 Lima, El Peruano, 12 de abril del 2024, p. 35). Es así que, es totalmente válido que la entidad administrativa, conforme a sus propias facultades, proceda a realizar procedimientos de fiscalización en todo proceso o seleccionando algunos por muestreo o aquellos de los que haya tomado conocimiento de algún ilícito que podría afectar el procedimiento y la decisión.

L. Principio de culpabilidad que obliga a considerar que la responsabilidad administrativa es subjetiva, excepto cuando la norma legal dispone la responsabilidad administrativa objetiva. Esto tiene sustento en razón de que en el derecho administrativo disciplinario o sancionador no solo se debe tener en cuenta hechos ejecutados u omitidos en base a la imprudencia, pues estos no pueden ni deben ser sancionados con el mismo rigor cuando los hechos u omisiones han sido causados por conducta dolosa. (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2023)

Por otro lado, aparentemente este principio colisiona con el derecho a la presunción de inocencia que se sustenta en el principio del *indubio pro homine* conforme al cual, es inherente a toda persona humana la presunción de su inocencia, no admitiéndose su

culpabilidad en tanto que la autoridad competente no haya demostrado fehaciente y judicialmente su culpabilidad (de conformidad con lo estipulado en el Inc. 24-e del Art. 2 de la Constitución).

Pero es de tenerse en cuenta que esta presunción es válida en cuanto a la persona humana, pero tiene su salvedad en el caso de las empresas o de aspectos relativos a los procedimientos sancionadores de índole tributaria, como se aprecia de los fundamentos establecidos en ejecutorias emanadas de la Corte Suprema de Justicia del Perú. No obstante, ello no implica que se trate de una excepción a la aplicación de este principio, pues las empresas o las personas jurídicas tendrán que responder si han actuado en forma dolosa o culposa, dependiendo de los actos u omisiones en que hayan incurrido sus representantes, debido a que la responsabilidad atribuible a la persona jurídica recae en sus titulares.

Es más, debe considerarse que las infracciones y sanciones administrativas normativamente poseen precisiones de algunos principios que determinan algunas restricciones a la total efectividad de los derechos fundamentales, que no son absolutos, pues admiten especificaciones o tipificaciones que aparentemente estarían en colisión con el legítimo ejercicio de esos derechos; así reiteradamente lo ha dejado sentado el Tribunal Constitucional. Esto es así, por ejemplo, en el ámbito administrativo sancionador en el cual se puede encontrar manifestaciones jurídicas que en otros espacios o intervenciones administrativas serían inaceptables, pero que, en el ámbito sancionador o disciplinario se admiten con bastante frecuencia; lo que se conoce como la frontera del Derecho, colindante con la realidad que es necesario considerar y hasta afrontar.

Comentario aparte merece la aclaración respecto al ámbito tributario, dado que no interesa si el deudor tributario actuó en forma culpable o dolosa, pues lo que motiva el carácter sancionador es la prueba de haberse cometido un hecho previsto en la norma legal; es decir, que constituya infracción a la norma tributaria para que quede debidamente configurado la infracción administrativa y proceda la sanción, previo el desarrollo del debido procedimiento. Así ha sido estimado en la sentencia recaída en el EXP. N.º 3101-2003-AA/TC – ILO de fecha 06 de enero del 2004:

(...) el Código Tributario, norma que contiene los principios y normas que rigen el ordenamiento jurídico tributario, incorpora, en su artículo 165º, el principio de determinación objetiva de la infracción tributaria, lo que determina que, de verificarse alguna infracción tipificada en la norma, automáticamente le corresponde la sanción también establecida en la norma, sin que medie alguna otra argumentación que no sea la constatación del supuesto de hecho. (F. 3)

Criterio ratificado en la Casación N° 26830-2023 Lima, publicada en El Peruano, 12 de abril del 2024, precisando claramente que, si se ha incurrido en la infracción tributaria, ya no será necesario evaluar la intencionalidad de la conducta (F. Décimo Tercero)

M. Principio “*non bis in idem*” o “*ne bis in idem*”. Identificado con esta expresión latina que significa: «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos» Por lo tanto, no es aceptable jurídicamente que se imponga, sucesiva o simultáneamente una sanción (sea penal o administrativa) por el mismo hecho; siempre y cuando se haya demostrado la existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento. No obstante, este principio ha cedido en su rigidez, puesto que cuando había tratamiento penal y administrativo sobre los mismos hechos, podría, y de hecho así sucede, dejarse “sin protección a alguno de los bienes jurídicos en juego.” (Gómez Tomillo, 2020, p. 420)

Para mayor precisión, es de tenerse presente que la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el Art. 248 de su TUO, especifica como principios de la potestad sancionadora administrativa los siguientes: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y *non bis in idem*. Además, también son aplicables, según los casos concretos, los principios generales de autotutela, verdad material, buena fe, justicia e imparcialidad, presunción de inocencia y de legitimidad, jerarquía normativa, control judicial; eficacia, celeridad y economía procesal; debido procedimiento, simplicidad, informalismo, publicidad, impulso de oficio, gratuidad, transparencia, participación, proporcionalidad, interés público, sometimiento al Derecho y a la ley, entre otros. Los que pueden ser apreciados en el Art. 9 de la Constitución Española y en el artículo de Karlos Navarro publicado en la revista Derecho PUCP, N° 67, 2011.<sup>4</sup>

### **1.2.3 Clasificación de las infracciones administrativas**

En la normatividad española (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, Art. 27) “las infracciones administrativas se pueden clasificar en leves, graves y muy graves”.

Cualquiera de ellas se encuentra caracterizada si y solo si los administrados o los usuarios infringen o no cumplen las normas administrativas específicamente determinadas como infracciones (principio de tipicidad) en el ordenamiento jurídico.

En la literatura consultada no se ha encontrado una clasificación específica de las infracciones administrativas, lo que comprensible lógicamente pues existirían tantas clases de

---

<sup>4</sup> Mayor información sobre algunos de estos principios son materia de mayor explicación en la revista: Derecho PUCP, N° 67, 2011.

estas como las que se encuentran tipificadas en las diversas normas de los ordenamientos jurídicos nacionales; por ejemplo habrían infracciones por inadecuado uso de servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones o espacios públicos puestos a disposición de los ciudadanos por parte de las administraciones públicas; presentación fuera de plazo de cuentas; incumplimiento de obligaciones, inobservancia de normas de naturaleza contable; utilización de documentos falsos o fraudulentos; ocultamiento de datos; simulaciones, utilización de terceros como testaferros, irregularidades en el debido procedimiento administrativo; etc.

#### **1.2.4 Alcances de la potestad sancionadora de la administración pública**

En primer término, es de considerarse que la potestad sancionadora debe ejercerse teniendo en cuenta el Estado de Derecho al que se encuentra sometido la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico peruano; el cual, desde su esencia, está referido a las limitaciones que corresponden a los poderes del Estado como ser el respeto irrestricto a las normas legales ya que todo poder y actuación de las entidades estatales deben respetarlas, incluyendo la potestad sancionadora.

Esta potestad solo puede ser ejercida por los funcionarios competentes; por lo que no puede ser ejercida por cualquier funcionario o trabajador que no haya sido tenido específicamente la función predeterminada por la norma legal para ejercerla. Es así que uno de los elementos del debido procedimiento es el ejercicio de esta potestad por el órgano competente; tan es así que, en el contenido del principio del debido procedimiento, especificado en el TUO de la LPAG estableciendo que los administrados deben gozar de todos los derechos y garantías que corresponden a estos procedimientos y, entre ellos, se precisa que tienen derecho a que se les otorgue una “(...) decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente (...)” (Numeral 1.2 del Art. IV del Título Preliminar del TUO de la LPGA). Precepto normativo que también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, al precisar que la potestad de sanción de la que gozan las entidades de la administración pública debe conducirse cumpliendo los principios del orden penal, entre los cuales se encuentra el derecho a la competencia.

Otro de los alcances de la potestad sancionadora es la obligación que tienen los funcionarios competentes para imponer sanciones; competencia sí, pero esta debe ejercerse bajo parámetros sustantivos: el respeto de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones; es decir, no se debe imponer sanciones que excedan los criterios sustanciales de estos dos principios. (Vanossi, 1976, p. 117)

El primero de dichos principios está referido a que no haya una disimilitud significativa entre las implicancias de la infracción por la que se pretende sancionar al

administrado, y la sanción; por ejemplo, no se puede admitir una sanción de destitución por el solo hecho de haber concurrido a laborar con aliento indicador de consumo de alcohol, sin que haya existido una conducta perjudicial para el desarrollo de la función.

De similar forma, cabe mencionar que el segundo principio de los citados está referido al contenido expresado en el tantas veces mencionado TUO de la LPAG que precisa claramente que las sanciones deben imponerse dentro de los límites de la facultad que se le ha concedido al funcionario competente relativos a la “debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.” (Numeral 1.u “*in fine*” del Art. IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG)

Es así como la Corte Suprema de la República, con relación a los estándares de razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales precisa que con estos principios:

(...) se garantiza el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las disposiciones vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas. (Casación N° 16163, publicada en El Peruano el 06 de mayo del 2024)

Otro de los alcances y límites de la potestad sancionadora de la administración está en el principio de legalidad y jerarquía de las normas, principio concordante con el de tipicidad; ambos amparados constitucionalmente ya que la Carta Magna establece: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (literal d, del Inc. 24 del Art. 2 de la Constitución).

La base de este principio radica en que los ciudadanos tienen derecho a conocer de forma adecuada y suficiente las posibles consecuencias que se podrían derivar de sus actos constitutivos de infracción administrativa; razón por la cual, las sanciones no deben ser impuestas bajo la normativa general y abstracta; por el contrario, la norma que sustenta la decisión sancionatoria, debe ser concreta y precisa sobre la conducta fáctica u omisiva que podría constituir infracción sancionable; de lo contrario, se originaría una posible interpretación antojadiza de la norma y la decisión podría devenir en arbitraria. Comentario que se basa en lo precisado por la Corte Suprema y que lo complementa al especificar:

(...) y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos para sancionar, pues,

aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo (...) (Exp. N° 01873-2009-PA/TC, F. 12, b).

Sin embargo, es de reconocerse que la potestad administrativa sí puede tipificar una infracción mediante la reglamentación de la ley, pero ello no implica que pueda sustituirla ni crear otra infracción; tampoco puede transgredir o modificar la norma conforme a su libre albedrío o discrecionalidad.

El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que la administración pública pueda regular alguna norma por remisión, pero ello debe estar determinando en la misma ley que es materia de reglamentación y no se permite excederla en sus contenidos ni alcances precisados en ella; lo que sí puede es integrarlas sin dejar de atender la coherencia que debe existir con la norma. Más aún si se trata de establecer infracciones sancionables, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la Casación N° 1089-2022 Lima, publicada en El Peruano el 06 de mayo del 2024, se precisa que: “la remisión de la ley al reglamento debe especificar las características esenciales de la conducta antijurídica ya que bajo ninguna circunstancia debe ser una remisión en blanco.” (F. Cuarto)

Además del ya comentado principio de legalidad (norma con rango legal) y la prohibición de establecer penas de privación de libertad para quienes incurran en infracciones administrativas; también debe considerarse que en el procedimiento disciplinario o sancionador debe respetarse los derechos de defensa reconocidos jurídicamente para la imposición de sanciones y el derecho de los administrados a la doble instancia y a acudir a los órganos judiciales en procura de tutela jurisdiccional efectiva como un control posterior a lo determinado por la administración pública; esto último es porque su potestad sancionadora se encuentra subordinada a la autoridad judicial, mediante la acción contencioso administrativa, así como la preferente intervención judicial del ámbito penal para el enjuiciamiento de los hechos que tienen estricta connotación penal.

Finalmente, también ha de considerarse que la potestad sancionadora no solo comprende la posibilidad de establecer sanciones, sino que también puede imponer medidas correctivas; las que también deben responder al principio de legalidad. “Un aspecto importante es que la obligación cuyo cumplimiento se exige a través de una medida correctiva debe razonablemente surgir de la norma que en teoría la establece; algo contrario puede llevar a arbitrariedades por parte de la administración.” (Carreras, 2011, p. 508)

### 1.3 Tratamiento jurídico de los delitos

Para esclarecer el modo en que se debe entender el tratamiento jurídico del delito es conveniente partir de considerar que en el Perú se ha organizado en base la teoría de la división de poderes, aunque en la realidad no se aplica correctamente por las desavenencias e intromisiones entre uno y otro de los tres poderes del Estado Peruano que han obligado, en reiteradas oportunidades a la intervención del Tribunal Constitucional por los conflictos competenciales que se interpone para su dilucidación.

Lo dicho no obsta para el tratamiento jurídico de los delitos, habida cuenta de que estos deben ser establecidos en las leyes, por aplicación de los principios de legalidad y de tipicidad; siguiendo lo comentado por Rubio Correa es de aclararse que el término leyes no es considerado en sentido estricto, porque también se comprende a los reglamentos, las resoluciones y los decretos siempre que no desnaturalicen a las leyes. Para ello hay que tener en cuenta que las leyes emanan del Congreso de la República y son promulgadas por el Poder Ejecutivo y no se concibe la existencia de delitos inherentes a una región específica pues deben ser de alcance nacional.

Es más, promulgada la norma y entrada en vigencia, no debe ser aplicada en forma literal, pues para ello es indispensable una debida interpretación y una aplicación objetiva al caso concreto que se encuentra comprendido en la norma. Esto es así, dado que “(puede querer decir algo distinto o complementario a lo que realmente dice” (Rubio Correa, 2009, p. 217). La norma no siempre es exacta en su contenido y ello origina la necesidad de su interpretación para comprender realmente su alcance y el sentido de lo que precisa como la conducta a seguir o a ser interpretada como un hecho contrario a la ley (delito); interpretación que no solo debe basarse en lo enunciado por la misma ley, sino que tiene que ser analizada sistemáticamente, en concordancia con otras normas del ordenamiento jurídico nacional.

Zafaroni precisa que las normas penales se deben aplicar con una previa interpretación establecida para

(...) poder resolver los casos particulares sin contradicciones con los textos legales ni internas del propio sistema. Para eso se usa el método dogmático. Que descompone los elementos de las leyes manifiestas y los recoge como dogmas intocables, que son los ladrillos con que se construye el sistema. La construcción dogmática es un proyecto de jurisprudencia que se dirige a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores) proponiendo un sistema de solución coherente para aplicarlo a los casos particulares (Zaffaroni, Estructura básica del derecho penal, 2009, p. 18).

No obstante, la interpretación suele ser manejada subjetivamente de acuerdo a los intereses de quienes procuran la aplicación o la inaplicación de la norma; es por ello que, en el ordenamiento jurídico procesal peruano, se ha establecido el recurso de casación como un medio de garantizar la correcta interpretación de las normas, consideradas como derecho objetivo, independientemente de si la ley estuvo correctamente redactada y si su contenido guarda o no la unidad y coherencia que debe tener con todo el ordenamiento jurídico nacional e, inclusive, con el ordenamiento internacional derivado de los convenios, acuerdos o tratados suscritos por el Perú

Respecto a la debida interpretación y aplicación en el caso de los delitos, el recurso de casación estará encaminado a determinar si en las decisiones jurisdiccionales sobre el tratamiento jurídico de estos se ha cumplido o se ha infringido la norma que establece el hecho o la omisión de una conducta considerada como delito y que genere el ejercicio del derecho punitivo del Estado; teniendo como mira -también objetiva- la garantía del debido proceso y el respeto a los derechos fundamentales de las personas, por más que sean consideradas como delincuentes.

Es justamente mediante este recurso que los magistrados supremos tienen la oportunidad y la obligación de verificar si la norma ha sido interpretada y aplicada debidamente en un determinado caso, atendiendo a su viabilidad social y jurídica para la aplicación del tipo penal, así como para la salvaguarda de los bienes jurídicos tutelados.

Tan es así que, Vázquez-Portomeñe (2003), siguiendo los criterios de Carrara, manifiesta que, en el caso de los delitos contra la administración pública es necesaria una interpretación basada en el entendimiento dogmático de la norma; es decir, plantea el funcionario sancionador no debe interpretar y menos aplicar la norma de conformidad con su estructura meramente exegética, literal o expositiva, habida cuenta que es necesario que tenga en consideración la denominada teoría general sobre la que se ha sustentado la normatividad penal, así como los presupuestos conceptuales jurídico-administrativos o jurídico-constitucionales que orientan la expedición de las normas, pero sin dejar de analizar la estructura típica de la infracción administrativa. (p. 55)

### **1.3.1 *¿Por qué se penalizan determinadas conductas?***

La respuesta a esta interrogante obliga a considerar la obligación del Estado de proteger determinados bienes jurídicos que se encuentran tutelados en función del bien común y de la paz social; bienes que tienen connotación altamente significativa para los valores sociales y los intereses personales y sociales jurídicamente reconocidos (no todas las normas ético-sociales tienen connotación penal -por ejemplo algunos actos considerados como

inmoralidades que no constituyen delito- por lo que escapan al ordenamiento jurídico penal). No obstante, “El derecho penal es un ordenamiento de protección y de preservación de la paz que se basa en el sistema de valores ético-sociales de la Constitución” (Wessels et al., 2018, p. 3). Es decir, se procura asegurar la vigencia del ejercicio de los valores fundamentales más trascendentes para la vida social, y la imposición del derecho punitivo del Estado en el caso en que se produzca una colisión entre el orden social y el injusto que lo agravia. Sin embargo, cabe acotar que, según Zaffaroni (2009) solo existe el poder punitivo si la coacción es estatal y no civil o administrativa; pues considera que se manifiesta si se habilita en leyes penales expresas; por ende, para este autor, en infracciones administrativas cabría hablar de potestad sancionadora y no punitiva (pp. 16-17). Sin embargo, en el derecho penal se concibe un aspecto civil que, por lo general, se integra a la sanción penal: la reparación civil. Así es de verse en el ordenamiento jurídico penal peruano y en el concepto de derecho penal que brinda Rodríguez Devesa (1981) que lo define como “el conjunto de normas estatales referentes a los delitos y a las penas y otras medidas preventorias o *reparatorias que son su consecuencia.*” (p. 10)

Es así como este autor precisa que ante el injusto que agravia el orden social, surge la intervención estatal regulando la conducta bajo la figura de un ilícito penal que no solo contiene la estructura del hecho considerado lesivo al orden social, sino también la sanción, acorde con el poder punitivo del Estado. Poder que puede ser manifiesto o latente; es manifiesto si se encuentra habilitado por leyes penales expresas; en tanto que será latente si su habitación se debe a cualquier otro fundamento como ser por ejemplo la tutela de los menores de edad o la internación psiquiátrica, etcétera. (Zaffaroni, Estructura básica del derecho penal, 2009)

Ahora bien, las leyes penales, en su estructura, contienen la pena o sanción punitiva que recae sobre quien es responsable directa o indirectamente del hecho criminoso; surge, entonces, la tradicional discusión sobre la función de la pena que, hasta ahora, no tiene una concepción universalmente aceptada, de las cuales se hace referencia a las más difundidas; según unos la finalidad de la pena tiene un sentido retributivo (implica que se castiga por el delito cometido -Kant y Hegel- y en el castigo se agota el ejercicio del derecho penal pues con él se produce la “realización de la justicia” -Roxin-. Teoría que no es aceptada por el Tribunal Constitucional que, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0019-2005-AI-TC expresa: “Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de nuestra Constitución

Política” (F. 30); y es que esta norma constitucional establece: “La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.” (Art. 1)

Otros sostienen el carácter preventivo de la pena afirmando que la concepción retributiva no ha tenido repercusión significativa en la ciencia penal ni en las legislaciones “(...) que casi siempre han atribuido a la pena fines sociales de prevención trascendentes a la sola función de realización de la justicia en sí misma” (Mir Puig, 2003, p. 51)

Finalmente, hay una teoría que se sustenta en los criterios de ambas corrientes; es la denominada teoría mixta o teoría de la unión. Sobre esta última, el Tribunal Constitucional en la sentencia acotada precisa: “las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.” (F. 33)

### **1.3.2 Principios**

En páginas anteriores se desarrolló el tema relativo a los principios que limitan la potestad sancionadora de la administración pública, los cuales tienen conexión directa con los que corresponden al ámbito penal; es decir, están referidos a una serie de contenidos abstractos y genéricos que orientan los actos, conductas, procedimientos o procesos de la actividad humana y se convierten en la parte sustancial orientadora de un determinado sistema, como ser el del procedimiento sancionador administrativo o del procedimiento penal, concediéndoles fundamentación de conformidad con el valor justicia válido para la sociedad en general y, para algunas comunidades en particular, prevaleciendo en un determinado momento histórico o permaneciendo en todo momento y circunstancia social; conforme a ellos, la comunidad se organiza y genera sus normas legales conforme a las cuales se estructura, organiza y funciona un Estado y su ordenamiento jurídico.

Sin embargo, para determinar que una conducta u omisión tienen connotación penal, es indispensable tener presente que las normas penales constituyen una forma de efectuar el control social, con miras a procurar una adecuada convivencia social procurando medidas que estén dirigidas a evitar determinados hechos que pudieran atentar gravemente contra dicha convivencia. Es de recordarse que doctrinariamente se han producido y sostenido teorías sobre la finalidad de las penas que se establecen en las normas que tipifican ilícitos penales; así se tiene la teoría de la prevención, según la cual, la norma tipifica delitos para otorgar una garantía de protección de los elementos más importantes (bienes jurídicos) para contribuir y preservar la convivencia social; es decir, para que los ciudadanos se abstengan de atacar a los bienes jurídicos.

Conforme a ello, orientan y limitan el poder del Estado y sus posibilidades de accionar y de decidir, especialmente en lo concerniente a las sanciones administrativas o penales; en este último caso, con miras al establecimiento de un sistema penal mínimo y garantista en el que el poder esté limitado para permitir y adecuar el desarrollo de relaciones sociales armoniosas que permitan el desenvolvimiento de las personas en procura de su propio desarrollo.

En esta oportunidad se centra atención en el poder punitivo del Estado que, gracias a los principios que regulan su poder punitivo, no es absoluto, dado que se debe ejercer conforme a los límites que el ordenamiento jurídico nacional le ha impuesto mediante los principios que, no solo lo limitan, sino que, al mismo tiempo, lo legitiman.

Los principios legitimadores del poder sancionador del Estado son tanto constitucionales como jurídico-penales. Su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y de los tratados internacionales. Su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, p. 33)

a) Principio de Legalidad. Encuentra su antecedente en el derecho romano que bajo la premisa: “*nullum crimen, nulla poena sine lege penali, praevia, stricta et scripta*” (Ningún delito, ninguna pena sin ley penal previa, estricta y escrita) y actualmente, en Perú, se determina en el literal d) del Inc. 24 del Art. 2 de la Constitución Política del Perú, conforme al cual, nadie debe ser procesado ni menos condenado por algún acto u omisión que al momento de su comisión no haya sido previamente (*lege penali, praevia*) tipificado (*lege penali stricta*) en la ley de manera taxativa e inequívoca (*lege penali scripta*) como una infracción punible.

Se trata de un principio constitucional que tiene como eje principal garantizar que la función jurisdiccional se eficiente y sujeta a la norma legal; es decir, conforma a la ley y al derecho; tan es así, que las autoridades jurisdiccionales deben actuar con estricto respeto a los mandatos de la Constitución, de la Ley y del Derecho, así como de conformidad con las facultades que le hayan sido atribuidas.

En la jurisprudencia nacional se tiene que la Corte Suprema de la República en su Casación N° 17154-2022 Cusco, publicada el 14 de mayo del 2024, ha precisado:

(...) se concluye que se ha infringido el subprincipio de tipicidad o taxatividad que prescribe que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, (...) pues si bien la administración imputa a la parte actora que sostuvo

una conducta negligente durante los procesos de selección, al otorgar beneficios indebidos a los postores a quienes se les adjudicó la buena pro los cuales transgredieron disposiciones normativas, empero dicha conducta no se subsume en la tipificada en el literal b) del artículo 46° de la Ley N° 29622, modificatoria de la Ley N° 27785. Casación N° 17154-2022 Cusco, F. 4)

- b) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Según este principio es de concepción jurídica mundialmente aceptada el concebir al delito como un ataque a un bien jurídico considerado como bien tutelado en la estructura del ilícito penal; pero debe considerarse necesariamente que el mencionado ataque no se justifique en alguna necesidad de salvaguardar algún otro bien jurídico que sea considerado de característica o naturaleza prevalente.

Esta protección se basa en la necesidad de preservar los bienes jurídicos en pro de una adecuada convivencia social, aunque para ello se tenga que restringir algunos derechos fundamentales de la persona humana, como ser su derecho a la libertad; pero su imposición debe sustentarse en normas de superior jerarquía y de respecto a derechos humanos prevalentes; no debe ser regulada por mera conveniencia y menos por intereses políticos; por el contrario, debe estarlo debidamente fundamentada; “la decisión de intervenir penalmente no puede ser adoptada por el legislador sin una base jurídica y empírica que la fundamente, ni de forma irracional”. (Rodríguez Fernández, 2017, p. 157)

Es así como este principio obliga a concebir el delito como un ataque a un bien jurídico penal, cuando dicho ataque no esté justificado por la necesidad de salvaguarda de otro bien jurídico prevalente. Al respecto Mir Puig expresa:

Si el Estado de Derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad y en el Estado social dicha potestad sólo se legitima si sirve de eficaz y necesaria protección de la sociedad, un Estado que además pretenda ser democrático tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social.

Pueden así fundamentarse ciertos principios político-criminales generalmente aceptados en el presente, los cuales pueden y deben aún profundizarse si se quiere ahondar en el camino de un Derecho penal realmente democrático —no sólo de garantías formales, sin duda imprescindibles, sino también al servicio efectivo de todos los ciudadanos—. (Mir Puig, 2011, p. 122)

c) Principio de mínima intervención; que ha sido reiteradamente aplicado en el derecho penal peruano, tanto por el poder judicial como por el Tribunal Constitucional y se refiere a acudir a la sanción penal solo cuando no haya otra forma menos gravosa de sancionar un ilícito; en otras palabras, la sanción penal debe ser subsidiaria (principio de subsidiariedad) o de *última ratio*, y que solo debe aplicarse a falta de otras sanciones menos lesivas de los derechos de la persona humana; por lo que, para la protección de los intereses sociales, especialmente el de la convivencia social, el poder punitivo del Estado no se debe aplicar en tanto no se haya agotado todos los medios posibles que sean menos lesivos (por ejemplo: impugnaciones, nulidades, privación de concesiones, sanciones disciplinarias, inhabilitaciones, suspensiones, destituciones, multas, reparación de daños y perjuicios, etc.); y de ser posible, aquellos que son carentes de sanción; y es que no debe perseguirse cualquier conducta ilícita si el conflicto social puede ser materia de dilucidación y pronunciamiento en vía administrativa, civil o cualquier otra ajena a la vía penal.

Solo si esto no fuera posible, entonces, sí resulta válido y pertinente el acudir al sistema penal. Tan es así que la doctrina es reiterada la concepción de este principio: “El Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general” (Silva Sánchez, 2010, p. 393).

De similar forma lo expresa la Corte Suprema en variadas ejecutorias supremas ha aplicado este principio; así es de apreciarse en las siguientes ejecutorias: Recurso de Nulidad N° 2411-2017 del 28 de junio del 2018 “El derecho penal se caracteriza por el principio de mínima intervención; la tutela penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.” (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, R.N. 2411-2017, F. Noveno); Principio de intervención mínima en el delito de peculado de uso [R.N. 1883-2012, Junín]

(...) los principios rectores del derecho penal exigen intervención se produzca estrictamente cuando el ilícito ocasionado tenga una alta trascendencia que altere el desarrollo normal de la sociedad, se tiene que la normativa penal no puede intervenir en ilícitos menores que puedan ser resueltos por otros mecanismos legales de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, pese a que los hechos atribuidos a la investigada puedan configurar el tipo penal imputado, no obstante, en aplicación del principio de mínima intervención, el derecho penal no podrá acudir a sancionar dicha conducta. (Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Primera Sala Penal Liquidadora Exp. 1551-2014F. 7)

- d) Principio de humanidad, que implica el pleno respeto de los tres pilares de los derechos fundamentales: Dignidad, libertad y justicia; por lo tanto el sistema penal debe delimitarse en función del respeto irrestricto de estos derechos y, por ello, no debe incluir en su sistema penal, procedimientos y/o sanciones que atenten contra estos derechos, salvo que haya razones suficientes que avalen la aplicación de un disvalor gravemente atentatorio contra la persona humana o contra el ordenamiento social.

Conforme a este principio, el derecho penal no debe estar dirigido a una simple proscripción de los tratos inhumanos, sea por su crueldad o por su carácter degradantes que, es cierto, están prohibidos tanto por la normatividad internacional como en la de algunas naciones; por ejemplo (Constitución Española, Art. 15), sino que debe comprender un postulado básico de humanidad y de solidaridad con los infractores (procurando su resocialización) y con las víctimas (procurando la restitución de sus derechos y la reparación que corresponda), sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que deba ser aplicable por los ilícitos cometidos; todo ello, dentro de los parámetros conceptuales de lo que implica la palabra “humanidad”

El principio de humanidad deriva directamente de la dignidad de la persona, por lo que sustenta la aplicación de otros principios y características en casos extremos o excepcionales no regulados expresamente o regulados de modo limitado o deficiente; ello debido a la necesidad de justicia. En suma, posibilita rebajar la pena privativa de libertad más allá de lo legalmente permitido. (Cupe Calcina, 2021, p. 15)

- e) Principio de culpabilidad. El poder punitivo del Estado no solo debe tener taxatividad en sus normas, sino también debe caracterizarse por su legitimidad, que, como ya se ha expresado, debe ejercerlo respetando una serie de principios o de axiomas fundamentales como ser los ya explicados de legalidad, humanidad, mínima intervención, etc. Entre ellos se encuentra el principio de culpabilidad (distinto del principio de imputación subjetiva, incluyendo la exigencia de verificación del tipo doloso o imprudente de la acción u omisión delictivas, para la admisión de la responsabilidad penal); la interdicción de toda responsabilidad por el resultado y la responsabilidad personal o imputación individual.

Normativamente se encuentra estipulado en la Convención Americana de Derecho Humanos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.” (Convención Americana de Derecho Humanos, Inc. 2 del Art. 8). Es más, “cuando reste incertidumbre en la apreciación de las pruebas inculporias aportadas al proceso, debe dictarse sentencia absolutoria; cualquier duda

acerca de la culpabilidad del acusado debe interpretarse a su favor (STEDH Telfner vs. Austria, de 20 de marzo de 2001).

En tanto que, en la Constitución Política del Perú, se encuentra comprendido en el literal e) del Inc. 24 del Art. 2: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, en concordancia con su Art. 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

Según el criterio del Tribunal Constitucional, el Principio de culpabilidad establece; (...) que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos). (Exp. N.º 01873-2009-PA/TC, F. 12, c)

El Poder Judicial peruano también ha emitido su criterio a través de la participación de los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, siguiendo los criterios de Mir Puig, precisaron que en virtud de este principio:

(...) se incorporan varios subprincipios que le otorgan consistencia: personalidad de las penas, que prohíbe castigar a alguien por un hecho ajeno; responsabilidad por el hecho, que exige un “Derecho penal de hecho” que proscribiera castigar a una persona por el carácter o el modo de ser; responsabilidad subjetiva, que requiere que la responsabilidad se funda en que el autor actúe con dolo o imprudencia; y, culpabilidad en sentido estricto, que impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida: normal motivabilidad (sic). Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433. F. 11)

- f) Principio de jurisdiccionalidad. Tiene categoría constitucional porque el Art. 232 y los incisos 1, 2, 9, 14 y 18 del Art. 233 de la Carta Magna peruana están referidos básicamente a este principio; normas que se complementan con los Arts. 1, 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y el Art. V del Título Preliminar del Código Penal (las sentencias no pueden ser dictadas más que por Juez competente)

Constitucionalmente en Perú y las normas acotadas, con este principio se determina la exclusividad del Poder Judicial para conocer de los procesos judiciales y de la competencia para condenar e imponer cualquier otro tipo de sanciones a los autores o partícipes de un hecho delictivo; no obstante, esta prerrogativa no es absoluta pues está sometida al cumplimiento de garantías como la del debido proceso, de la doble instancia, del derecho al juez natural, entre otras.

Esto implica que ninguna otra autoridad puede avocarse al conocimiento de los casos penales y menos a sancionar penalmente posibles conductas ilícitas, por más que estas se encuentren tipificadas debidamente y se hayan producido en agravio de alguna institución de alto nivel del Estado.

g) Principio de proporcionalidad. Siguiendo lo expuesto preliminarmente en este mismo trabajo y en concordancia con los criterios de Zaffaroni (2000) se podría afirmar que en los ordenamientos jurídico penales se fijan límites mínimos teniendo en cuenta la máxima utilitarista concretada en el criterio de que las ventajas que un sujeto puede obtener de la ejecución del delito no deben superar la desventaja de la pena, bajo el razonamiento de que la calidad y cantidad de la pena cumpliría una función disuasoria; razonamiento que encuentra sustento en el supuesto de que el ser humano actúa con criterio racional para la planificación y ejecución de un delito.

Y si bien es cierto que este principio no se encuentra taxativamente especificado en la legislación, ello no implica que deje de ser aplicado en los procesos penales; tan es así como, en numerosa jurisprudencia nacional, es materia de fundamentación para la toma de decisiones jurisdiccionales en los procesos penales; es más, sí tiene respaldo jurídico en el Art. 4 de la Constitución Política del Perú, así como en los Arts. 50 (Concurso real de delitos) y 51 (Concurso real retrospectivo) del Código Penal.

Bajo estos criterios y normas se denota la orientación basada en la teoría retribucionista, ya que, conforme a ella, la sanción debe estar en relación con el daño causado y con el bien jurídico tutelado; sin dejar de lado la obligación de los juzgadores de tener presentes los límites establecidos para su actuación y para la el establecimiento de la pena; límites estos que deben ser claros y tolerables conforme a al tipo de pena que se imponga; por consiguiente, de este principio se desprende la proscripción del uso desmedido de las penas, tanto en el nivel cualitativo (tipo de pena) como del cuantitativo (cantidad de tiempo de duración de la pena o de las medidas de seguridad impuestas); en otras palabras, la restricción de derechos o la privación de los mismos, no debe ser impuesta de forma abusiva o desmedida. “Nuestro sistema punitivo ha demostrado en los últimos 50 años una vocación

draconiana y de simbolismo preventivo-general. La pena, pues, ha sido fundamentalmente un medio emocional de apaciguamiento y de terror sociales” (Prado Saldarriaga, 1990, p. 277).

La proporcionalidad no solo se refiere a los niveles de exageración en la cuantía de la pena, sino en la aplicación debida de la dosimetría de esta (dosimetría punitiva: rangos mínimos y máximos de penalidad conminada), pues tampoco es de recibo el aceptar penas de nivel inferior a la que realmente corresponde, bajo un falso prurito de humanidad o de reproche social. Al respecto, los jueces supremos en lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, reunidos en Pleno Jurisdiccional, sobre este principio, exponen:

(...) En tal sentido, seguir transitando por prácticas que so pretexto de proporcionalidad lo que hacen es aminorar exageradamente la pena, incluso por debajo de los límites legales o convencionalmente establecidos sin justificación legal o, peor, utilizando una aparente motivación, desacredita la tarea judicial de imponer una pena concreta justa. (Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112, del 28 de noviembre del 2023, F. 11)

### **1.3.3 Clasificación de los delitos**

Desde el siglo XVIII, Francia ya tenía una clasificación de la acción punitiva del Estado: crímenes, delitos y contravenciones; los cuales no son materia de este trabajo, sin embargo, vale la pena tenerlos presente, pues actualmente en el sistema penal peruano se tiene una clasificación tripartita: delitos, faltas y, en el caso de acciones u omisiones que atentan contra el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes señalados en la ley, se comprende a las contravenciones.

Para Roxin los tipos de delito son: delitos de resultado y de actividad; delitos permanentes y de estado; delitos cualificados por el resultado; delitos de lesión y delitos de peligro, delitos de emprendimiento; delitos simples y compuestos; delitos de un acto y de varios actos; delitos comunes y delitos especiales; y delitos base, derivaciones típicas y delitos autónomos.<sup>5</sup>

Entre los delitos el Código Penal, en su parte Especial precisa los siguientes tipos de delitos: Delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud (Arts. 106 al 129); Delitos Contra el Honor (Arts. 130 al 138); Delitos Contra la Familia (Arts. 139 al 150) Delitos Contra la Libertad (Arts. 151 al 184); Delitos Contra el Patrimonio (Arts. 185 al 208); Delitos Contra la

<sup>5</sup> VER: Roxin, C. (1997). Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. CIVITAS

Confianza y la Buena Fe en los negocios (Arts. 209 al 215); Delitos Contra los Derechos Intelectuales (Arts. 216 al 225); Delitos Contra el Patrimonio Cultural (Arts. 226 al 231); Delitos Contra el Orden Económico (Arts. 232 al 243); Delitos Contra el Orden Financiero y Monetario (Arts. 244 al 261); y Delitos Tributarios (Arts. 262 al 272); Delitos Contra la Seguridad Pública (Arts. 273 al 303-A); Delitos Ambientales (Arts. 304 al 314-D); Delitos Contra la Tranquilidad Pública (Arts. 315 al 318); Delitos Contra la Humanidad (Arts. 319 al 324); Delitos Contra el Estado y la Defensa Nacional (Arts. 325 al 345); Delitos Contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional (Arts. 346 al 353); Delitos Contra la Voluntad Popular (Arts. 354 al 360); y Delitos contra el derecho de sufragio (Arts. 354 al 360).

#### **1.3.4 Delitos de peligro**

Siguiendo los criterios de Vilchez Chinchayán (2011), es cierto que las relaciones de los seres humanos no siempre tienen un carácter positivo, pues algunas conductas de estos han generado situaciones peligrosas, por lo que se considera que en toda sociedad hay riesgos, generados por la propia humanidad y que han acuñado el término “sociedad de riesgos” debido a las actividades riesgosas que suelen realizar muchas personas y que concluyen lesionando o exponiendo al peligro determinados bienes tutelados por el ordenamiento legal.

Ante ello, el Derecho Penal se constituye como instrumento que funciona con la finalidad de garantizar y asegurar el respeto de los valores limitantes de las acciones riesgosas; a tal punto que sean socialmente tolerados los que se encuentran dentro de los márgenes de dichos límites; caso contrario se activará la potestad punitiva del Estado, sancionando dichas conductas por el hecho de ser consideradas como potencialmente lesivas.

Es así como, dentro del ordenamiento jurídico administrativo y penal (coexistencia de dos potestades sancionadoras y penal), se ha tipificado una serie de acciones de este tipo que son consideradas como hechos ilícitos pasibles de sanción por el peligro que conlleva su proceder, aunque no hayan causado lesión alguna; penalmente se consideran los denominados delitos de peligro, que pueden ser de naturaleza concreta o abstracta, y administrativamente son consideradas como infracciones administrativas. En ambos casos, las normas pertinentes están dirigidas a prevenir la comisión de hechos que deben ser sancionados si no son cumplidos.

No se puede negar, entonces, que existe identidad ontológica entre el delito de peligro y la infracción administrativa que pone en peligro una norma también administrativa. Pero no se puede aceptar una aseveración como la que profiere Montoya Vivanco (2015) al expresar: “siempre que el funcionario público deje de cumplir con sus deberes funcionariales y esto produzca una lesión o puesta en peligro del bien jurídico estaremos ante un caso de

responsabilidad penal, sea de forma comisiva u omisiva (p. 58), puesto que si bien es cierto existe tal identidad ontológica, es menester distinguir una conducta peligrosa reprochable y sancionable administrativamente, de otra que implique responsabilidad penal por constituir delito de peligro. En este acápite se tratará de explicar los criterios que podrían diferenciar las conductas que pueden ser consideradas como delitos de peligro diferenciándolas de las que constituyen infracciones administrativas.

En cuanto al derecho penal debe tenerse presente que sí ejerce como una última ratio cuando ya se superan los límites tolerables y razonables que la sociedad pudiera tolerar; pero si se supera esos límites y se genera la posibilidad de un peligro que podría ocasionar un severo perjuicio en la persona o la entidad que pudiera ser afectada, sí es totalmente dable y justificable que se ejerza la acción punitiva del Estado, en procura de sancionar al causante de acciones o conductas que ponen en peligro los bienes tutelados; es decir, que pongan en peligro a los bienes jurídicamente protegidos por el Estado, incluyendo a los bienes que pertenecen a una entidad pública. En este caso “será posible sancionar de manera objetiva (..) una puesta en peligro de hechos hipotéticos, es decir cuando se vulneren las normas administrativas de prevención general.” (Obiol Anaya, 2018, p. 496)

Existe, pues, cierto problema de diferenciación entre lo que constituye un delito de peligro, conforme al cual se pone en riesgo de afectación pero no se produce el resultado concreto de la acción; por ejemplo, realizar una acción tendiente a lesionar pero no lesiona; por ejemplo, producen riesgo para la vida o la salud de una determinada persona, pero no la lesionan, pues si se produce la ejecución o el resultado ya no se estaría considerando la existencia de un delito de peligro; la confusión puede darse entre la tentativa y el delito de peligro abstracto, pues en cuanto a la primera en el Derecho Penal, necesariamente debe haber intencionalidad (voluntad dañina).

Por ende, debe producirse una conducta dolosa tendiente a la comisión de un hecho delictivo; mientras que para el delito de peligro, para la generación de un hecho que constituye delito, no necesariamente debe existir dolo, puesto que también se incluye la culpabilidad, imprudencia o falta de diligencia (negligencia), que no contiene intencionalidad como se da en el caso de tentativa delictual, pero que debe analizarse para procurar la individualización de la responsabilidad del infractor, considerando los factores o características específicas de la infracción. Por ejemplo, en el caso de un chofer que, en estado de ebriedad conduce un vehículo; no causa lesión alguna (delito de peligro), aunque no haya generado una lesión efectiva a ningún bien jurídico tutelado, pero su conducta es realmente idónea para la posibilidad de producirla.

La culpabilidad debe ser analizada objetivamente en el caso de las infracciones administrativas, dado que “rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa.” (Sentencia 76/1990, del Pleno del Tribunal Constitucional Español de 26 de abril de 1990 - BOE N°. 129, de 30 de mayo de 1990)

Ahora bien, en similar ejemplo, si el chofer conduce en estado de ebriedad un vehículo que pertenece a una entidad de la administración pública, es de entenderse que se activaría el derecho administrativo disciplinario. Pero no solo es el caso de considerar que por el vehículo solo podría activarse la potestad sancionadora del órgano administrativo, porque también podría ser materia del Derecho Penal. Entonces, lo que cabe analizar es la magnitud de la posibilidad de lesionar mediante la conducta idónea para hacerlo (cognoscibilidad o previsibilidad del peligro), la culpabilidad o reprochabilidad y la misma sanción. En todo caso, habida cuenta de la dificultad para definir si interviene el ente administrativo o el poder judicial, habrá de considerarse la doctrina, jurisprudencia e interpretar y aplicar la norma y el procedimiento o proceso, según cada caso concreto y a los lineamientos o regulaciones específicas del Derecho Administrativo.

### **1.3.5 Delitos de resultado**

Los delitos de resultado se caracterizan por ser determinados en función de la consecuencia (sea material o ideal) de la conducta; distinta de la misma acción u omisión; que se produce, por lo general, posteriormente a dicha conducta (consumación del tipo penal); aunque a veces se presenta en forma simultánea a ella, por lo que también es concebible que se considere tanto a la tentativa inacabada como a la tentativa acabada o frustración de la acción ilícita. Su característica específica se tiene en el efecto generado por la conducta activa u omisiva y que, en esencia, se presenta separado de la conducta desplegada en el tiempo o en el espacio.

Para una mejor comprensión es conveniente tener presente que se entiende por resultado al efecto o producto de la conducta humana; pero no todo hecho, acto u omisión puede ser considerado como resultado, pues para que este se produzca, necesariamente debe provenir de un hecho anterior, al cual se encuentra conectado bajo la relación causa-efecto; relación que puede ser directa o indirecta.

En cuanto a los delitos contra la administración pública existe una marcada diferencia con lo relativo a los delitos comunes dado que, para aquellos existe una tendencia a la serenidad, a la proporcionalidad y a la humanidad lo que suele generar la posibilidad de

exceptuar de pena al agente o infractor penal si es que el delito en que haya incurrido está previsto con una pena privativa de la libertad no mayor de 2 años (Art. 68 del Código Penal) o sancionar con penas menores como la limitación de derechos y la multa aplicables cuando se trata de responsabilidad penal mínima; ya que, por lo general, los funcionarios que representan al Estado, se tratan a sí mismos en forma blanda, fijando otros medios de control mediante procedimientos administrativos o procesos civiles y políticos.



## Capítulo 2

### Un escenario por analizar los delitos contra la Administración Pública

En primer lugar se debe tener en cuenta que el derecho penal forma parte del ordenamiento jurídico de cualquier nación y más concretamente, en este caso, del Perú; y está vinculado directamente a las infracciones jurídicas de cualquier ámbito del derecho que han tenido lugar en un determinado momento y que constituyen ilícito penal debidamente determinados como desvalores ético-sociales y tipificados como delitos en el Código Penal, a efectos de proteger el bien jurídico y establecer la responsabilidad culposa o dolosa que le pudiera corresponder al autor.

Se denomina bienes jurídicos a aquellos bienes vitales, valores sociales e intereses jurídicamente reconocidos del individuo o de la comunidad, que gozan de protección jurídica debido a su especial relevancia para la sociedad (...) son bienes jurídicos de la colectividad, por ejemplo, la existencia y la estructura democrático-liberal del Estado, la conservación de secretos del Estado, la administración de justicia, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos (...). (Wessels et al., 2018, p. 49)

Dicha responsabilidad debe ser determinada en un proceso judicial mediante la debida actuación de quienes representan el poder jurisdicciones del Estado, ya que la persecución penal le corresponde justamente a este, en su función soberana y por la relación de jerarquía y subordinación que se produce entre el Estado y el ciudadano.

En cuanto al caso concreto de la esfera administrativa, también hay que considerar que existen delitos específicos contra la administración pública y que merecen la protección del derecho penal y la protección de los bienes jurídicos que están vinculados directa o indirectamente con la administración pública bajo el marco del bien común y de la salvaguarda de la paz ciudadana.

Esto es así, porque es al derecho penal al que le corresponde la función de asegurar la paz social, protegiendo los bienes jurídicos que, en este están dirigidos a prever o sancionar las conductas ciudadanas que impiden o perturban la relación armoniosa que debe existir entre las entidades pertenecientes a la administración pública y los ciudadanos, sea en calidad de administrados o de usuarios, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos, que son objeto de la acción penal, son valores sociales basados en concepciones éticas y sociales consideradas como fundamentales en la relación social y la armónica y pacífica convivencia.

En el Código Penal peruano los delitos contra la administración pública están precisados en el Título XVIII, en el cual se detallan los que han sido cometidos por funcionarios o por los particulares, afectando o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado:

administración pública; es así que contiene la tipificación, como delitos, los actos u omisiones que transgreden o pongan en peligro la existencia y el cabal desarrollo del Estado peruano en su relación jurídica con la sociedad, destinataria de las funciones y de los servicios de aquel.

Es por eso, entonces, que con el derecho penal el estado pretende proteger a la administración ejercida por funcionarios públicos en contravención de sus funciones y obligaciones, así como también contra los particulares que hayan lesionado o hayan puesto en peligro cualquiera de los valores propios de la administración pública.

No obstante, considerando que la acción penal es sancionatoria y, en muchos casos, limitativa y hasta privativa de derechos fundamentales, en el derecho penal relativo a los delitos administrativos también se tiene que considerar su naturaleza fragmentaria puesto que su función y acción es un drástico medio con el que está premunido el Estado; por ende, dicho accionar debe ser la *última ratio*; es decir, que solamente debe actuarse solo si el comportamiento del ciudadano ha causado efectos realmente dañosos para la comunidad y para la convivencia social.

## **2.1 El bien jurídico protegido; especial referencia al correcto funcionamiento de la Administración Pública**

Entendido ya lo que es el bien jurídico tutelado, como se ha visto en la introducción de este capítulo, se comprende que le compete un rol esencial en el desenvolvimiento social por lo cual se le ha considerado objeto de protección. La razón de esta protección está dada por la función que le corresponde al Estado, de conformidad con el sistema de funciones que le asignan la Constitución y las leyes, al interior de todo un conjunto de instituciones procedimientos servicios que los encarga a los funcionarios y servidores de la administración pública; este encargo implica una delegación que efectúa el Estado a favor de dichos servidores, para que lo representen y actúen con la necesaria autoridad que les es especificada en competencias y facultades otorgadas, y que deben ser ejercidas o cumplidas en concordancia cómo los valores y con los deberes que les corresponde al brindar los servicios inherentes a la Función Pública que desempeñan, constituyendo de esta forma la estructura que se denomina administración pública.

Ahora bien, sí los actos o las omisiones de estos funcionarios o servidores se realizan de manera inadecuada o contraria al ejercicio debido y congruente con las facultades que se les ha delegado, entonces se generan actos u omisiones que podrían estar consideradas como delitos contra la administración pública, si es que se encuentran debidamente tipificados y con específica sanción en el Código Penal.

Por lo expuesto y siguiendo los criterios de Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011), es de entenderse que los funcionarios y servidores deben actuar en estricto respeto del bien jurídico tutelado que caracteriza a la administración pública, al interior de los órganos competentes y de conformidad con las funciones y facultades específicas que les hayan sido atribuidas y que deben ser cumplidas en estricto respeto de los principios, valores y deberes, siguiendo los protocolos estatuidos y las normas éticas establecidas en el Código de Ética de la Función Pública (promulgado mediante ley 27815). Todo ello, con sujeción a las respectivas limitaciones y prohibiciones que deben observar en el ejercicio de dichas funciones y facultades, en todo el ámbito de su competencia y en todos los niveles instancias y procedimientos que correspondan a su actuación.

La lesión o colocación en situación de peligro del bien jurídico genérico Administración Pública supone la vulneración de los dos últimos componentes ya citados y un trastocamiento del primero al alterarse el sentido y el contenido prestacional de las funciones y servicios públicos. Los delitos contra la Administración pública son la negación de los deberes fundamentales asumidos por los sujetos públicos al acceder a la función o servicio, con prescindencia de la fuente o el título. Con ellos se ejecutan y consuman comportamientos contrarios a los deberes de función. (Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública (Tomo I), 2021, p. 131)

Karlos Navarro (2011) precisa que, en Nicaragua, la regulación de los procedimientos y derechos de los administrados, se encuentran establecidos en norma específica y, con lo cual se pone las normas y procedimientos en conocimiento de la comunidad para que cualquier ciudadano o usuario de los servicios de la administración pública puedan hacer conocer sus peticiones requerimientos. Así se procura desarrollar una administración pública coherente y cumplidora de los derechos de los administrados con miras a lograr una coherente acción administrativa, respetuosa de los derechos de los administrados. Agrega que con ello se democratizó las funciones que desempeñan las diversas instituciones públicas que tienen capacidad y facultad de dirección o de mando sobre los ciudadanos respecto a las decisiones que a estos puedan interesar o sean de su necesidad. Es conforme a estas regulaciones que se sabe cuáles son los bienes jurídicos tutelados.

En Perú, se tiene ejemplos de algunos bienes jurídicos tutelados relativos a la Administración Pública:

(...) por ejemplo, la jurisprudencia nacional señala como bien jurídico: *la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública; la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso; (...) y el*

*carácter público de la función, el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa.* (Torres Pachas, 2012, p. 14)

## **2.2 Los sujetos: funcionarios y servidores públicos**

Con la denominada Ley SERVIR, Ley N° 30057 han quedado precisados los sujetos comprendidos como trabajadores de la administración pública; estos han sido especificados en los Arts. 2 y 3; en este último se ha establecido la definición de cada uno de ellos:

- a) Funcionario público. Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.
- b) Directivo público. Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial.
- c) Servidor civil de carrera. Es el servidor civil que realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.
- d) Servidor de actividades complementarias. Es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.
- e) Servidor de confianza. Es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa. (Ley N° 30057, Ley SERVIR, Arts. 2 y 3)

No obstante, considerando que la situación actual de la administración pública se encuentra en un estado de transición por las innovaciones legislativas contenidas en la Ley SERVIR, en lo concerniente a sus trabajadores, cabe agregar que aún subsisten trabajadores de la actividad privada, sujetos a las regulaciones establecidas en el D. Leg. N° 728 y que, pese a laborar en alguna entidad de la administración pública, pertenecen a dicho régimen laboral privado.

También se tiene a trabajadores que están comprendidos en el régimen laboral público y cuya normatividad se encuentra establecida en el D. Leg. N° 276, así como los trabajadores que tienen el amparo de la ley 24041 pues han estado trabajando para la administración pública, en acciones propias de la administración, por más de un año interrumpido de servicios, y que fueron contratados por otras modalidades como ser, por ejemplo, contrato a plazo fijo o por locación de servicios.

Asimismo, pertenecen a la administración pública los trabajadores que han sido contratados para una determinada prestación de servicio bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) de conformidad con lo establecido en el D. Leg. N° 1057.

### **2.3 La conducta típica en general y modalidades de ejecución**

Como ya se ha explicado anteriormente, los servidores y funcionarios públicos están en la obligación de cumplir sus funciones y desarrollar sus actividades con integridad y respeto a las normas legales y éticas; esto implica que no deben realizar acciones ni hacer uso de sus funciones en procura de sus intereses privados, y menos con la utilización de los recursos públicos, de actuar en forma contraria a estos preceptos podrán ser denunciados y procesados de conformidad con el ordenamiento jurídico disciplinario (en el ámbito administrativo) y/o penal (en el ámbito judicial) y del estricto respeto y acatamiento de los principios de legalidad y tipicidad, gozando de todas las garantías inherentes al debido procedimiento o al debido proceso, respectivamente; pero teniendo siempre presente que si se trata de una acción penal, esta exige que la conducta sea típica, antijurídica y culpable; criterios también aceptados y aplicables para la conducta típica en el ámbito administrativo.

La conducta (hecho u omisión) desplegada por el servidor público (en su sentido más amplio y comprensivo) puede ser típica o atípica; la primera comprende a la conducta que está específicamente expresada como ilícito penal o infracción administrativa en el ordenamiento jurídico; y será atípica si hay ausencia del tipo que describa taxativamente la conducta supuestamente reprochable o habiéndolo (el tipo penal existe en el ordenamiento jurídico), no se ajusta estrictamente a lo especificado en el tipo; es decir, que los hechos denunciados no se adecúan a él.

Es así que ante esta situación la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha precisado que este principio de tipicidad debe analizarse desde diferentes ángulos, dependiendo de la situación específica que se presente; por ejemplo, manifiesta que si es que el hecho o la conducta que se considera pasible de sanción administrativa o penal, pero que no está determinada específicamente en una norma legal entonces no es reprochable y se debe absolver al administrado o al imputado; en tanto si esa conducta constituye otra

infracción u otro delito que sí se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico peruano, debería hacerse una recalificación de la falta o de la imputación penal, en el procedimiento o el proceso respectivamente, para el ejercicio de la acción disciplinaria o penal, según corresponda, y siempre y cuando aún se esté en el tiempo predeterminado por la norma legal; esto es, que no haya prescrito. (Sentencia en Casación No 1438-2018-La Libertad de fecha 30-10-2019, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República)

Es de precisarse que las modalidades de ejecución están dadas por la posible implicación de las personas en la conducta considerada ilícita, sea administrativa (infracción administrativa) o penal; conforme se ha de apreciar en el subtítulo siguiente.

#### **2.4 Autoría y participación**

Para la comprensión mejor de este subtítulo se tiene en cuenta los criterios John Caro (2010) quien analiza lo correspondiente a la participación de las personas en una conducta que se considera delictiva; y precisa que para dilucidar sobre este punto, hay reglas que permiten determinar objetivamente el nivel de participación o de implicancia que el supuesto autor de la conducta considerada delictiva haya podido tener; pues puede que, con la investigación del caso, se pueda determinar si tal persona tuvo, o no, participación y sobre la forma en que se dio dicha participación; es decir, si lo hizo en calidad de autor o como participante sin autoría en dicha conducta; si es este último caso, tendría que analizarse cuál fue el aporte que brindó para la comisión del hecho considerado ilícito; dado que en el ordenamiento jurídico peruano se ha considerado el denominado sistema diferenciador, que establece la autoría y la participación en calidad de cómplice.

En este sistema diferenciador nuestro Código Penal reconoce las formas de participación: el artículo 23 regula la autoría -directa mediata y coautoría- y las formas de participación están reguladas en el artículo 24 -la instigación- y el artículo 25- la complicidad primaria y secundaria-; en este sentido, en lo que respecta a la complicidad. el decreto legislativo 1351, publicado en 7 de enero de 2017, incorpora un tercer párrafo al art. 25 del CP “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.” Con ello, ha consolidado en el derecho penal peruano la llamada teoría de la unidad del título de imputación. Por tanto, nuestra legislación penal acepta que en los delitos de infracción del deber es posible afirmar la responsabilidad penal de los *extraneus* como cómplices. (Villavicencio Terreros, Derecho Penal Básico, 2019, pp. 102-103)

Así, pues, en cuanto a la autoría, el ordenamiento jurídico peruano distingue entre el autor directo, el autor mediato y el coautor; en tanto que, en la participación, se comprende a la complicidad primaria, la complicidad secundaria e, incluso, se acepta la participación de terceros, especialmente en el caso de la administración pública, ya que en la conducta considerada como ilícita puede darse la participación de personas que, sin pertenecer a la entidad administrativa, a quienes se les denomina como *extraneus*.

Como autores solo pueden ser considerados quienes incurrieron en la conducta que se estima ilegal, puesto que, si no están dentro de la misma, no pueden ser considerados como autores mucho más si se trata de delitos especiales en los cuales sí se requiere que el autor tenga responsabilidad directa y objetiva en el ilícito de allí que como expresa Mezger (1958) la autoría solo se establece si la persona está incluida en las condiciones naturales o jurídicas establecidas normativamente como constitutivas de un ilícito; caso concreto se tiene en el ámbito administrativo cuando se trata de delitos cometidos por los funcionarios públicos, en cuyo caso se puede identificar la autoría y considerar la participación de *intraneus* y *extraneus*, según se trate de funcionarios públicos o de personas que no tienen esa calidad.

## **2.5 Una manifestación del Derecho Penal del enemigo**

Esta expresión surgió del pensamiento de Günter Jacobs en 1985 ya que, en Alemania, consideró que si no se producía la afectación de las normas referidas a la protección o tutela de un bien jurídico específico, sí debería sancionarse al autor de la conducta que se considerara peligrosa; es decir, se refería a normas establecidas en el Código Penal alemán que sancionaban penalmente a aquellas conductas que se habían producido y que se consideraban como peligrosas, aunque no hubieran afectado el bien jurídico y que, ni siquiera, constituían el inicio de la ejecución de un ilícito penal; en otras palabras, se trataba de un castigo solo por considerarse la comisión de una conducta peligrosa, ya que, según Jacobs, esas personas que incurrían en estos hechos peligrosos debían ser consideradas como enemigas de la sociedad o del Estado y, por lo tanto, no debían tener las protecciones que se concedían a otras personas en los procesos penales; así, este autor diferenciaba el derecho penal del ciudadano que mantenía una conducta tipificada directamente en la norma y el derecho penal para los enemigos, orientado a combatir las conductas peligrosas, sin respetar las leyes y el ordenamiento legal o que pretenda su destrucción.

Consideraba que estas personas deberían perder todos sus derechos como ciudadano, inclusive, como ser humano, por lo que el Estado debe estar autorizado para utilizar cualquier medio disponible para sancionar a estas personas, considerándolas como enemigas de la sociedad y no mereedoras de ningún derecho; por atentar contra los derechos de los demás

ciudadanos, quienes deben tener un mínimo de seguridad para convivir en paz social. Tan es así que, según esta concepción, en los procesos penales deben suprimirse, reducirse o limitarse las garantías y los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal.

Similar criterio se tiene en el ordenamiento jurídico mexicano puesto que consideran el derecho penal del enemigo bajo las premisas siguientes:

- 1) la distinción de las personas de las consideradas “no personas”, según dicho ordenamiento; es decir de las personas naturales consideradas en forma individual; en tanto que bajo la denominación de “no personas” se incluye a los grupos de 2 o más integrantes que se reúnen y actúan de mutuo acuerdo para la comisión de delitos, como es el caso de los grupos terroristas; lo que es de manifiesto en el mismo momento en que se generan las normas legales que las diferencian. 2) la anticipación al peligro con miras a emitir castigo a las “no personas” que incurren en conductas que pudieran ocasionar peligro para la sociedad y el bien común; y 3) la aplicación de penas más severas a dichas “no personas” quienes son consideradas como enemigas de la sociedad y del Estado. En estos casos, la regulación penal supera o deja de lado algunos de los límites establecidos para el ejercicio de la acción punitiva del Estado que, incluso en determinados casos, están referidos a derechos fundamentales; todo ello con el fin de salvaguardar la seguridad ciudadana y la paz social en procura del bien común

Criterio jurídico que no es aceptado jurisdiccionalmente en el Perú ya que sigue prevaleciendo el principio *Nemo tenetur edere contra se o nemo tenetur se ipsum accusare* (Nadie está obligado a declarar contra sí mismo); y así ha sido considerado por la Corte Suprema, conforme es de apreciarse en los siguientes criterios jurisdiccionales:

6.1. El desarrollo del proceso penal tiene como premisa la consagración de la presunción de inocencia del imputado y la garantía de sus derechos fundamentales frente al poder punitivo del Estado, y el tema que más trasciende por su particularidad es, sin duda, el de las prohibiciones probatorias. Entre dichas prohibiciones surgió, en contraposición al proceso penal de carácter inquisitivo, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, conforme al cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo o aportar pruebas que lo incriminen. De este principio se deducen derechos fundamentales del procesado, como el derecho a guardar silencio, a no estar obligado a declarar o incluso a declarar falsamente, a la asistencia desde el primer momento de su detención de un abogado que lo asesore y, en definitiva, a que no se le obligue de un modo directo, mediante coacción, o indirecto, mediante engaño, a declararse

culpable o suministrar datos que puedan facilitar la investigación de un delito en el que presuntamente puede haber participado.

6.2. La versión del propio imputado no puede ser el medio empleado en su perjuicio, en virtud del principio de no autoincriminación, siempre que no obren medios probatorios que corroboren la imputación fiscal. De la misma manera, mediante el Recurso de Nulidad número 3126-2014, fundamento jurídico cuarto, se determinó que el derecho a la no autoincriminación no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución Política del Perú; sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. (Recurso de Nulidad N.º 27-2021 Lima Norte, 23-08-2021)

## **2.6 Diferencia con las infracciones administrativas; presentación de posiciones**

Los sistemas administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos de las entidades de la administración pública, promoviendo eficacia y eficiencia en su uso. Los sistemas funcionales tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de política pública que requieren la participación de todas de varias entidades del Estado. (Hilario Melgarejo y Castillo Prochazka, 2019, p. 11)

Teniendo en cuenta esta afirmación de Hilario Melgarejo y Castillo Prochazka (2019), se precisa que el enfoque para el tema relativo a las infracciones administrativas se desarrolla bajo la primera de las concepciones indicadas; es decir, de los sistemas de la administración pública, ya que comprenden también al subsistema: Recursos Humanos y al subproceso: Procedimiento disciplinario.

En el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General no se regula el procedimiento disciplinario en sí, pues contiene normas relativas al procedimiento sancionador, que está dirigido hacia las faltas en que incurren personas o entidades que se relacionan con la administración pública en cuanto a los servicios públicos; estas personas son conocidas como usuarios, aunque el mencionado tuvo las refiere como administrados; en tanto que el procedimiento disciplinario está regulado básicamente para los trabajadores de la administración pública por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones o de sus deberes u obligaciones y que, actualmente están reguladas por las normas establecidas en la Ley SERVIR, Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, habida cuenta que, de acuerdo a lo normado en dicha ley, a partir de su entrada en vigencia, sus normas relativas a las sanciones y al procedimiento del régimen disciplinario son aplicables a las faltas e infracciones contempladas en la presente Ley; concordante con en el numeral 229.3 del artículo 229 del

mencionado TUO: “la potestad sancionadora disciplinaria se rige por las disposiciones de la materia” esto es por la Ley SERVIR mencionada.

Ahora bien, en cuanto a la diferencia entre la infracción administrativa y el delito, tiene que esclarecerse debidamente si el fundamento o el núcleo duro de la falta administrativa es diferente del fundamento relativo al existencia de un delito, puesto que si se trata de la misma conducta, sea por una cuestión fáctica o de omisión, en la que ha incurrido una misma persona, esta no puede ser sancionada en lo administrativo y también en lo penal porque se estaría incurriendo en contradicción con el principio *NE BIS IN IDEM*; por lo tanto es indispensable el verificar debidamente sin la conducta a sancionarse administrativamente es diferente a la conducta que es considerada hecho punible dentro de las tipificación de un determinado delito precisado en el Código Penal; para no incurrir en doble sanción por un mismo hecho. Esto es así, porque un mismo hecho no puede ser sancionado por la vía administrativa y la vía penal. Este presupuesto comporta que no cabe sancionar por un mismo hecho cuando su punición se fundamenta en un mismo contenido ilícito.

Cup en este entender hay que considerar que las infracciones inminente nativas implica un atentado directo contra las obligaciones normativamente señaladas para el trabajador de la administración pública por tanto por su calidad como tal así como por ser miembro del grupo social en tanto que la conducta delictiva siendo también con misiva u comisiva constituyen delitos dolosos o culposos según se hayan hecho en forma intencional o negligente mientras que los ilícitos administrativos son conductas con carácter culposo es decir conductas imprudentes y negligentes siempre y cuando no estén consideradas como los delitos denominados culposos.

En consecuencia, si se quiere determinar objetivamente si la conducta corresponde a una infracción administrativa y no a un delito, es necesario tener en cuenta el texto normativo que determina o tipifica a la infracción materia de análisis, para verificar si se enmarca o no en el ámbito del derecho penal; para esto es necesario que haya una adecuada técnica jurídica que debe ser empleada por las autoridades administrativas y penales; asimismo, también hay que tener en cuenta la naturaleza de la infracción; es decir, el fundamento al que se ha hecho referencia en párrafo precedente, y la gravedad de la sanción a imponerse teniendo en cuenta que el derecho penal es de *última ratio*.

(...) para Silva Forné la distinción entre ambos tipos de infracciones es meramente formal” pues dependerá del legislador la inclusión de la conducta ilícita en la ley penal o en una administrativo-sancionadora. Es decir, “la legislación refleja en alguna medida la valoración social de los bienes dignos de protección jurídica”, por lo que tal

vez “deba recurrirse a la última ratio y reconocer en él dos ámbitos: en primer lugar, que la respuesta punitiva estatal es el último mecanismo al que se puede recurrir para afrontar un conflicto que lesiona o pone en peligro bienes dignos de tutela jurídica; en segundo lugar, y ya dentro de los respuestas punitivas, que la tutela penal deba reservarse para las hipótesis más dañosas o peligrosas respecto a esos bienes jurídicos” (Citado por la Corte Suprema de Justicia del Perú en el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 emitido en fecha 10-09-2019: XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, F. 10)

A su vez, Rando Casermeiro (2010) señala que lo primero que debe hacerse es analizar los niveles de racionalidad de la conducta, supuestamente ilícita, esto es verificar el nivel de gravedad de la conducta, desde el punto de vista ético, de la finalidad que se perseguía con el hecho considerado ilícito, así como los antecedentes pragmáticos (teniendo en cuenta la celeridad en que debe emitirse la sanción) y jurisdiccionales sido pronunciamiento materia de pronunciamientos anteriores.

Por lo tanto, en los delitos contra la administración pública, las normas están referidas a la protección de la sociedad vinculada a dicha administración; y se constituyen como instrumento destinado al control social y al servicio del Estado, bajo el marco de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, derechos que puedan ser individuales (como el derecho a la vida) o colectivos (como el derecho a la tranquilidad pública y a la paz social), pero siempre destinados a garantizar la convivencia social con miras al bien común.

En los delitos contra la administración pública, esta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y dinámico pues, de lo contrario, se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El *Ius puniendi*, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la administración pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos. (Sentencia recaída en Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de fecha 25 de febrero de 2003)

En consecuencia y siguiendo los criterios precisados por Arismendiz (2018), es de entenderse que, en los delitos contra la administración pública, existen dos dimensiones que se debe tener en cuenta respecto a la protección del bien jurídico tutelado desde el punto de

vista penal; la primera de ellas está vinculada a la expectativa de la sociedad, estructuralmente organizada, en cuanto a un normal y adecuado funcionamiento de las entidades consideradas integrantes de la administración pública; las cuales están obligadas a brindar un servicio público y una adecuada atención a los ciudadanos, de conformidad con lo que la sociedad, en general, espera de estas entidades y de sus servidores; en tanto que la segunda dimensión se refiere a la expectativa de los ciudadanos respecto al cumplimiento de los deberes y obligaciones que deben cumplir los funcionarios o servidores públicos y el debido ejercicio de sus facultades o atribuciones que la ley les concede; esto es, realizar su actividad funcional respetando la expectativa social y sin incurrir en conductas consideradas ilícitas con contenido penal.



## Capítulo 3

### Los delitos contra la Administración Pública

#### 3.1 Introducción

Para ingresar al campo de los delitos contra la administración pública hay que partir de que todo éxito del aparato organizativo de la sociedad constituida como un Estado se debe fundamentalmente a la forma en que este se organiza. Lo hace en base a dos elementos constitutivos básicos: la estructura del Estado, en la cual debe establecerse con precisión los niveles de la organización y las funciones que corresponde a cada uno de ellos, de conformidad con el ordenamiento jurídico administrativo; y, por otro lado, están las personas que van a dirigir y operar esa estructura; es decir a las personas que van a desarrollar sus funciones y sus competencias, también dentro del marco del ordenamiento jurídico pertinente.

Dichas personas no solamente cuentan con competencias y funciones generales, sino que también tienen deberes y derechos específicos; por ende, pueden incurrir en los delitos contra la administración pública; los cuales habrían de surgir de esas personas que incumplen sus funciones o los cumplen incurriendo en hechos contrarios al ordenamiento legal. Es así que estas personas, como ya se ha dicho anteriormente, son los funcionarios y los servidores públicos en general, quienes asumen un *status* especial dentro de la sociedad en general, y del Estado en particular; si actúan de conformidad con sus funciones y competencias entonces estarán desarrollando una función positiva pero si lo hacen en contrario, es decir, abusan de su poder y defraudan la confianza depositada en ellos, entonces podrían estar incurriendo en infracciones administrativas o, peor aún, en delitos contra la administración pública.

En los delitos contra la administración pública, esta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y dinámico, pues de lo contrario se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El *Ius puniendi*, por su naturaleza extrema no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la administración pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos. (Corte Suprema de Justicia de

Colombia sala de casación penal: Exp. 17871-2003, sentencia del 25 de febrero del 2003<sup>6</sup>)

### **3.2 Clasificación de los delitos contra la Administración Pública**

Previamente al análisis de los delitos tipificados en el Código Penal peruano (CP) se presenta la propuesta de reclasificación del doctor Ronald Vilchez (2021) y la que actualmente contiene el CP para proceder al análisis de los delitos conforme a lo regulado en este código. En la mencionada propuesta se incluye tres clases genéricas de delitos contra la Administración Pública: Los que incluyen a las conductas de abuso, los que implican conductas de gestión y los que conciernen a las conductas de aprovechamiento o de oportunidad.

En cuanto a las primeras se incluye a las conductas que tienen como característica a un funcionario público que intimida a los particulares, usuarios o administrados, imponiendo su propia voluntad; en las conductas de gestión, el funcionario público tiene competencias específicas e interviene en el control de operaciones y en la administración de bienes y servicios en función de su cargo y sacando provecho del mismo; en tanto que, los delitos englobados en las conductas de aprovechamiento se incluye a las conductas del funcionario público que saca provecho de su cargo o función sin necesidad de ejercer violencia o abuso y tan solo por el hecho de ser un funcionario público (p. 182).

A mayor abundamiento, el mencionado autor precisa que en los delitos de abuso la inconducta funcional implica el uso de intimidación o amenaza, violencia y engaño cuál contra el particular generándole temor e imponiéndole su voluntad. Cita para esta clase de delitos a los de concusión, abuso de autoridad y exacciones legales; aunque reconoce que todos los delitos contra la administración pública están revestidos de un abuso por parte del funcionario público; pero indica que su propuesta para esta clase de delitos, implica que, para estos tipos penales, el funcionario público debe hacer prevalecer su voluntad utilizando indebidamente las competencias y facultades que le han sido conferidas, violentando, hola amenazando o engañando, e incluso, viciando el consentimiento del sujeto pasivo, por lo que se le estaría causando perjuicio personal o patrimonial, y, en cambio el funcionario estaría obteniendo algún beneficio derivado del acto administrativo arbitrario.

Incluye al delito de concusión (Art. 382 CP) precisando que, en la conducta de abuso, el funcionario -en uso de sus facultades o competencias- exige arbitrariamente algo indebido

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal E. N° 17871 de 2003. Red Jurista. Véase en: [https://www.redjurista.com/Documents/corte\\_suprema\\_de\\_justicia\\_sala\\_de\\_casacion\\_penal\\_e\\_no\\_17871\\_de\\_2003.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no_17871_de_2003.aspx#/)

al administrado o al usuario (presión coactiva) para que este prometa o dé aquello que no debe y que acepta por temor a lo que aquel pueda hacer en contra suya.

También la propuesta de esta clasificación incluye al delito de cobro indebido (Art. 383 CP) considerando que el funcionario o el servidor público sí está facultado para cobrar al administrado o usuario lo que este tiene obligación de pagar por servicios, pero cobra en demasía, por lo que estaría realizando un acto arbitrario pasible de sanción penal.

En cuanto a las conductas de gestión que se considera en la mencionada propuesta, se comprende a los delitos que están relacionados con las competencias del funcionario para la contratación pública: negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (Art. 399 CP) y colusión (Art. 384 CP); el primero de estos se materializa mediante actos unilaterales en los que el funcionario privilegia su interés particular o de terceros, o mediante actos bilaterales (acuerdos con terceros); en ambos casos con prescindencia o contravención de las normas legales. También comprende a los delitos que están relacionados con las competencias del funcionario para la administración de recursos públicos, como ser el delito de peculado (Arts. 387 y 388) y el de malversación (Art. 389), de los que se profundizará en líneas posteriores.

En la propuesta también se establece una tercera agrupación de delitos contra la administración pública; estos son aquellos que se concretan por conductas de aprovechamiento. El autor mencionado propone que en este grupo se incluya los delitos de aprovechamiento o de oportunidad; así considera que el funcionario hace uso de su cargo y de sus potestades para obtener un provecho sin tener que recurrir a la amenaza pero sí puede hacerlo mediante el disimulo o el ocultamiento de aquello que interesa para el logro de sus malsanos propósitos; figura que se agrava si no hay justificación alguna para que inicie comunicación o trato alguno con los administrados, con respecto a los bienes o a los recursos públicos. Esta figura delictiva surge básicamente cuando los administrados o cualquier particular solicita al funcionario su apoyo al considerar que ese se encuentra en posición de concedérselo pese a que no tenga función directa o competencia alguna con lo que se le pide, bastando tan solo que el particular considere que tiene alguna competencia genérica o alguna posibilidad de influir para el logro de lo solicitado. La figura más característica de este tipo de delitos se encuentra en el cohecho pasivo impropio; ya que el funcionario no va a actuar dentro de una función específica que le corresponde por lo que va a realizar su acción u omisión sí incurrir en falta respecto a sus propias obligaciones pero sí lo hace aprovechándose cuna de su posición para obtener un beneficio patrimonial o de cualquier índole que acepta de quien le solicita su intervención; Es por ello que en estas inconductas no se vislumbra

inmediatamente una ilegalidad ni se verifica claramente qué haya habido algún cobro o recepción de dinero.

Independientemente de esta propuesta de clasificación el Código Penal establece algunas figuras delictivas que están comprendidas como delitos contra la administración pública y que se desarrolla a continuación

### **3.2.1 Peculado**

El delito de peculado es uno de los delitos tipificados como corrupción funcional y que son materia de tipificación del Derecho Penal. En general los delitos especificados contra la administración pública funcionan como instrumento de control formal destinado a la garantía de la convivencia social y al adecuado funcionamiento y estabilidad del Estado, ya que con ellos se regula la sanción imponible a conductas que se producen al margen del ordenamiento jurídico nacional y que atentan fundamentalmente contra dichos elementos del Estado, su funcionamiento y su estabilidad. Normatividad necesaria, dado que en las entidades públicas la corrupción implica la indebida utilización de las funciones y de los recursos por parte de los funcionarios públicos, en provecho económico o de cualquier otra índole, sea a su propio favor o a favor de terceras personas. El Código Penal tipifica el delito de peculado bajo la Descripción Típica comprendida en el Título XVIII: Delitos Contra La Administración Pública; Capítulo II, Delitos Cometidos Por Funcionarios Públicos, Sección III: Art. 387 del Código Penal

#### Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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 libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho 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.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince 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. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.

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.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

La mayor cantidad de denuncias por este delito son por lo general las que se derivan de la ejecución de obras o servicios luego la de uso de los bienes de la institución para la cual labora el servidor público y la concerniente a la rendición de cuentas por lo que se puede concluir que el peculado se da con mayor frecuencia en el rubro de contrataciones y adquisiciones públicas. Ahora bien, no es del caso el análisis de la cantidad o calidad de las denuncias, ni un análisis exhaustivo de este delito, pues para ello se requeriría un desarrollo especial y abundante que escapa a la naturaleza del presente trabajo, en el cual no se trata de desarrollar las figuras penales una por una y, menos, en toda su extensión, sino de los de mayor trascendencia y frecuencia, según los criterios más importantes adoptados desde la doctrina y la jurisprudencia.

El peculado es básicamente un delito de infracción de deber por parte de un funcionario o servidor público (solo estos ser autores, independientemente de la diferenciación fenomenológica de autor directo, autor mediato o de coautor) y para cuya ejecución debe tener dominio del hecho, que dependerá de la relación funcional que le compete dentro de la organización administrativa a la cual pertenece; por tanto, debe tener la facultad o la función de administrar, custodiar o recaudar los fondos públicos que ingresan a su control o manejo; pues si en un ilícito de esta naturaleza participan funcionarios que no tienen dicha función o relación funcional u otro (tercero o *extraneus*, según Pariona Arana (2011), que no está vinculado al deber especial como servidor público y, por lo tanto, no puede lesionarlo ni ponerlo en peligro), asumirán responsabilidad, no como autores, sino como cómplices, aunque tengan el dominio del hecho.

(...) el *intraeus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás

es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor. (Caro, 2010, p. 87)

A lo que se ha de sumar el hecho de que en tal relación el hecho delictivo recaiga sobre cualquier bien estatal sea que esté también bajo dicha relación funcional o, en todo caso, que simplemente esté bajo su posesión; por lo tanto, para la comisión de este delito, no es indispensable que el autor tenga una relación directa de un bien confiado a su cargo, pues lo que realmente importa es si dicho bien se encuentra o no en la posibilidad de disposición que pudiera tener el servidor respecto a este. De allí que, por lo general, este delito se ejecuta cuando los bienes o el dinero se encuentran cerca del accionar del funcionario público o que están bajo su administración; a lo que se suma la escasez o la ineficacia de las acciones de control. Es por esta última razón que se considera que la comisión de este delito no suele presentarse en situaciones de complicidad, sino de ejecución individual.

(...) el delito de peculado tutela tanto el patrimonio público cuanto, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado. Uno de los elementos del tipo objetivo es que el funcionario público, respecto de los bienes públicos objeto de apropiación los tenga a su cargo. Es decir, que con ocasión de sus funciones el funcionario concernido ostente su custodia material o la capacidad de disposición e inversión sobre ellos, de suerte que no puedan salir de la institución sin su decisión. (Casación 1004-2017-Moquegua, sentencia del 26 de julio de 2018, SUMARIO, 2)<sup>7</sup>

La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndose solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional (Recurso de Nulidad N° 615-2015- Lima, de 16-08-2016, F. 2.1.1.1)

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia del Perú, estableció un precedente vinculante desde el 2005 que precisa mejor este alcance jurídico.

Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116.- Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le hayan confiado por razón de su cargo, el agente ejerza una tenencia material directa. Basta con que este tenga la disponibilidad

---

<sup>7</sup> Cfr. Recurso de Nulidad N° 1780-2015-Tacna y Acuerdo Plenario 04-2005

jurídica; es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la Ley tiene el funcionario o servidor público.

En este delito se considera la existencia de AGRAVANTES que se pueden presentar si los bienes caudales o efectos que son materia del ilícito penal hayan estado destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o de inclusión social si se presentara esta agravante alguna de estas agravantes entonces la pena se incrementa ya que no podrá ser menor de 8 ni mayor de 12 años y suele estar acompañada de inhabilitación y/o multa

En tanto que, si el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, permite o propicia que el bien o el dinero materia de sustracción se ejecute por tercera persona *extraneus* u otro funcionario que no tiene dominio del hecho, que no tiene la función, o que no ejerce la posesión del bien o del dinero, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas, con la misma salvedad que la agravante ya comentada (fines asistenciales o programas de apoyo o inclusión social); en cuyo caso la pena privativa de la libertad será no menor de 3 ni mayor de 5 años y con 150 a 230 días-multa. 03793-2021phc tc-

Es de relevancia especial tener en cuenta que, internacionalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (suscrita por el Perú) en su Art. 17 precisa que los estados partes deberán adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar este delito; siempre que haya sido cometido en forma intencional; que sea ejecutado por un funcionario de la administración pública; que sea en su propio beneficio o en beneficio de terceros o de otras entidades; y que el hecho estén en relación a bienes, fondos o títulos, sean públicos o privados, o de cualquier otro bien de valor que se le haya confiado al funcionario en virtud del cargo que ostente.

Similar posición es adoptada por la Convención Interamericana contra la Corrupción, precisando que el actor sea una persona que ejerza función pública y que use o haga aprovechamiento indebido de bienes que pertenezcan a instituciones o empresas en las que tal funcionario tenga parte o haya tenido acceso en razón o con ocasión de la función que se le ha confiado.

En cuanto al elemento subjetivo implica necesariamente, como en cualquier delito, la direccionalidad de la voluntad o de la conducta del autor del hecho criminoso; es decir, se refiere al proceso psicológico que ha precedido (*a priori*) o ha coexistido en el momento mismo de la comisión del delito.

Independientemente de la relación subjetiva en la que se encuentra el autor respecto a la realización del tipo legal, especialmente si él ha producido el resultado de forma

consciente y querida, o si solo se le puede reprochar una realización no querida debido a la inobservancia contraria al deber del debido cuidado, puede distinguirse entre delitos dolosos y delitos imprudentes.

Esta distinción es significativa, entre otras cosas, para la punibilidad de la tentativa (...) que solo es posible para delitos dolosos, así como para la punibilidad de los partícipes. (Wessels et al., 2018, p. 21)

Entonces, este proceso psicológico puede determinar que el hecho ilícito sea considerado como delito doloso o delito culposo; ahora bien, también debe considerarse las posibilidades de error, como ser el error de tipo, que no es materia de este trabajo; pero lo que sí se debe tener en cuenta es que el peculado admite las dos formas del elemento subjetivo; es decir; puede ser peculado doloso o peculado culposo. Será doloso, si existe una concordancia entre lo que el sujeto realiza y lo que realmente quería realizar; lo cual es un indicador claro de que se trata de una conducta activa y no omisiva; aunque actualmente existe la tendencia a no establecer mayores diferencias entre una y otra.

En cuanto a la imputación respecto a los delitos dolosos para imputar el hecho delictivo o de infracción administrativa, es necesario tener en cuenta tanto el hecho como el resultado. El primero de ellos es considerado como un desvalor de la acción, teniendo en cuenta el modo, la forma, o el grado de ejecutar la conducta, sea esta por dolo o por alguno de los elementos subjetivos del injusto, sí es que existiera este o si de incurriera en infracción de los deberes jurídicos en caso se tratara de este tipo de delito. En cuanto al resultado, queda representado por la lesión del bien jurídico o por la puesta en peligro de este; pero debe aclararse que ambos elementos están directamente vinculados entre sí puesto que para la acción punitiva del Estado tiene que respetarse ambos elementos como una doble garantía a favor de la persona a la cual se le acusa de una determinada inconducta merecedora de sanción penal o de sanción administrativa según corresponda.

Previamente es de tenerse en cuenta que, para un análisis jurídico penal del tipo doloso o culposo del delito, debe analizarse lo correspondiente al sujeto o persona que podría considerarse como actor del ilícito penal; puesto que este solo puede imputarse a un determinado sujeto de derecho, dado que la tipología penal está orientada al comportamiento o a la conducta de una persona en específico y en relación a la posible comisión del acto ilícito; diferente a las prohibiciones y mandatos que tienen carácter extrapenal y que podrían ser considerados dentro del ámbito administrativo y, más concretamente, de un procedimiento administrativo disciplinario; por ende, es necesario tener en cuenta que, para que se considere la existencia de un delito necesariamente tiene que establecerse la relación funcional relativa a

tres elementos primordiales: tipicidad (imputabilidad del actor), antijuridicidad (reprochabilidad de la conformación) y culpabilidad (manifestación de voluntad).

En el delito de peculado solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal; es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración, las cosas (caudales o efectos). (Rojas Vargas, 2007, p. 488)

En cuanto al principio de culpabilidad en lo concerniente al Derecho Administrativo, además de lo expresado, es preciso tener en consideración la correlación existente entre el principio de presunción de veracidad, que implica una presunción a favor del administrado y que, en Uruguay se denomina «presunción de licitud»; con el derecho del administrado sobre la presunción de su inocencia, el respeto a su honor, a su honra y a su dignidad; ello es así puesto que la inocencia no solo del administrado, sino de todo ciudadano, es que se le considere inocente hasta que se compruebe su culpabilidad en una infracción administrativa o en la comisión de un delito. Así es de interpretarse en base a lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Art. 248.9 del TUO) por lo que se considera que los administrados, incluyendo a los funcionarios y servidores públicos han desempeñado sus funciones de conformidad con las normas legales, salvo que se demuestre su culpabilidad con las evidencias necesarias para la imputación.

Y no solo se trata de la presunción de inocencia, sino que al administrado debe dársele la oportunidad de defenderse, de tal manera que, como dice Gómez tornillo (2012) el administrado tiene pleno derecho a ser informado respecto a la acusación de la infracción administrativa la cual se le acusa.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, cabe establecer que uno de los elementos de la responsabilidad penal está en la relación entre la acción y el resultado (especialmente en cuanto a los delitos de resultado); es decir, se concretiza el injusto penal solo si es que existe dicha relación, la cual es puesta de manifiesto si el resultado concreto ha sido provocado y producido por el supuesto autor. Esta relación está sometida a dos requisitos el primero es el nexo de causalidad entre la relación y el resultado y el segundo es el criterio normativo de la imputación; es decir, el esclarecimiento sobre la responsabilidad del autor; por lo tanto, la relación causal no es suficiente para considerar la existencia del delito puesto que será necesario determinar la denominada imputación objetiva (*conditio sine qua non*), mas no en cualquier nivel de imputación, pues bastará con que haya un *mínimum* de imputación necesario.

Un resultado puede ser imputado objetivamente cuando, mediante el comportamiento del autor:

- (1) cuál ha sido creado un peligro justamente relevante y;
- (2) precisamente ese peligro se ha realizado en el resultado típico. (Wessels et al., 2018, p. 105)

Ahora bien, en lo concerniente a la responsabilidad administrativa,

Otro de los aspectos a tenerse en cuenta respecto a la persona que podría ser considerada autora de una infracción administrativa, se tiene el caso de las posibilidades de incluirse como posible autora a una persona jurídica; lo cual, ya en el contexto penal sí se ha establecido responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo que se puede apreciar de la Resolución N° 03, recaída en el expediente número 026-18-19-5201-JR-PE-01 del 03 de junio del 2019, en la cual se incorpora al proceso penal a una persona jurídica como tercero civilmente responsable, para que responda por el pago de reparación civil al haber actuado de manera indirecta en la producción de daños patrimoniales en beneficio indebido a la empresa y de daños extrapatrimoniales referidos a la aplicación al bien jurídico protegido en el delito de corrupción de funcionarios y a la afectación al correcto y regular funcionamiento de la administración pública.

Además, el artículo 105 del Código Penal establece como sanciones en la persona jurídica autora de un ilícito penal, sea porque ha incurrido en este en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecer o encubrir el hecho criminoso, la clausura temporal o definitiva de su local o establecimiento; la disolución y liquidación de la entidad; la suspensión de sus actividades, la prohibición de realizarla a futuro.

En el caso de un procedimiento administrativo sancionador, la situación todavía se encuentra en plena discusión; más aún si el tema es analizado teniendo en cuenta la trilogía de elementos que se consideran para el Derecho Penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). En consecuencia, para el Derecho Administrativo sancionador tendría que analizarse bien la figura de la culpabilidad cuando se trata de personas jurídicas; lo cual no es un tema nuevo, pese a la actual discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre este. No obstante, de conformidad con la normatividad actual del procedimiento administrativo sí se tiene un procedimiento sancionador, conforme al cual se puede imponer sanciones a los funcionarios o servidores que, hayan incurrido en alguna falta específicamente tipificada (infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin

admitir interpretación extensiva o analogía<sup>8</sup>); lo hará ejerciendo su facultad correctiva y disciplinaria interna; habida cuenta que en el Art. 61 del TUO, se establece que la persona jurídica se encuentra comprendida como uno de los sujetos del procedimiento, cualquiera que sea su calificación o situación procedimental, si participa en el procedimiento administrativo, por ende, se habrá de someter a las normas que disciplinan este procedimiento, en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados. Para ello, la entidad se deberá ajustar a lo establecido en el Art. 247 y siguientes del TUO (Procedimiento sancionador).

En la legislación comparada sí se ha considerado que las personas jurídicas pueden incurrir en infracción administrativa y ser pasibles de sanción; lo cual no implica que se haya dejado de lado el elemento subjetivo de culpa solo que debe aplicarse en forma distinta (ficción jurídica que podría entenderse como capacidad infractora, a falta del elemento volitivo, tal cual se entiende para las personas naturales); bajo este razonamiento, el Tribunal Constitucional español manifiesta que, de no ser así, se estaría dejando sin sanción y en desprotección a la entidad administrativa, dejando de lado la reprochabilidad jurídica en caso de producirse una infracción atentatoria contra el bien jurídico protegido administrativamente.

Entonces, se plantea que, en un posible juicio de culpabilidad de la persona jurídica, se podría partir de considerar la existencia de algún defecto organizativo, que por más que haya un buen desenvolvimiento de las personas físicas, la entidad podría incurrir en atentado contra algún bien jurídico administrativo tutelado y, en consecuencia, ser merecedora de sanción administrativa, salvo que la entidad haya implantado programas de cumplimiento, *compliance programs*, que pudieran tener operatividad en el marco del derecho administrativo sancionador como elemento de exclusión o de atenuación de la posible culpabilidad de la entidad.

Para un mejor esclarecimiento de este delito y, más concretamente, de una de las modalidades más frecuentes vale comentar la siguiente ejecutoria sobre peculado de uso: Recurso de Nulidad N° 3763-2011/HUANCAVELICA:

---

<sup>8</sup> (...) la conducta no debe agotarse (...) con el simple y llano ejercicio de comparación entre el texto de la Norma y la conducta penalmente reprochada (sea dictar, ejecutar o hacer ejecutar), pues a no dudarlo, ésta, vista aisladamente puede ser objeto de diversas interpretaciones no necesariamente acertadas, por cuanto, (...) una simple inconducta reprimible administrativamente, como tampoco podría absorber actos que en propiedad sean delitos independientes a ese mismo delito; sino, la labor de subsunción deberá ser entendida y extendida a los fines que la norma contrariada cumple dentro del ordenamiento jurídico en la que está inscrita; es decir, como parte de un sistema y como instrumento a través del cual se realizan ciertos principios o valores por cuya protección propende. Auto Supremo N° 2064/2023-RRC Sucre, (2023, 22 de diciembre). Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia (Dr. Olvis Egüez OlivaI) <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2024/05/Sentencia-2064-2023-RRC.pdf>

El proceso versó sobre un delito contra la administración pública en la modalidad de peculado de uso y tuvo como principal fundamento, para la absolución de los imputados, el principio de intervención mínima del proceso penal; conforme al cual, la intervención del derecho penal se debe reducir solo a aquello que realmente sea necesario en términos de utilidad social general; es decir, que realmente se lesione un interés socialmente relevante. Por ende, no será necesaria la aplicación del derecho penal si existe la posibilidad de aplicar algún otro mecanismo de sanción, como ser las correspondientes al Derecho Administrativo o al Derecho Civil puesto que, si con la aplicación de las sanciones de cualquiera de estas dos ramas del derecho se podría solucionar el conflicto sancionando suficientemente al infractor sin necesidad de recurrir a la sanción penal que debe ser entendida, como ya se ha explicado, como *última ratio*.

En un estado social el Derecho Penal se legitima solo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho. Solo la extrema necesidad podría, bajo las circunstancias señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en general. Villavicencio Terreros (2006, p. 92)

Entonces, los alcances del principio de subsidiariedad implicará que solo se deberá recurrir al derecho penal cuando se hayan agotado todos los otros medios posibles de control y de sanción social esto es que el derecho penal debe ser lo último que debe utilizar el estado cuando ya no le sea posible encontrar otra posibilidad de sancionar y teniendo en consideración la gravedad que pudiera revestir la conducta infractora y merecedora de la sanción penal en otras palabras los ataques o las afecciones leves a los bienes jurídicos tutelados deben ser materia de atención por otras formas de control social puedan también garantizar la pervivencia social.

En lo concerniente a la fragmentariedad es de aclararse que el Derecho Penal no puede ser, ni debe ser, utilizado para prohibir o para sancionar cualquier tipo de conducta que lesione algún bien jurídico; solamente debe ser aplicado para las conductas que realmente lesionen bienes jurídicos trascendentes. Criterio que debe tener en cuenta el legislador para no generar tipos penales cuya sanción se establezca para lesiones de intensidad poco significativa frente al interés social; esto es, el tipo penal solo debe ser estatuido para defender el bien jurídico tutelado que pudiera sufrir ataques que realmente significativos o de gravedad

considerable de conformidad con determinadas circunstancias e intencionalidades que merezcan una sanción penal.

En esta misma sentencia se hace referencia al principio de intervención mínima; lo precisa especificando que ha sido admitido en forma unánime en la doctrina penal y, citando a Silva Sánchez (2010) refiere que la intervención penal debe ejecutarse solo en aquello que sea estrictamente necesario, en términos de utilidad social general; por lo tanto, considera que el derecho penal no debe intervenir si es que puede aplicarse otro mecanismo de sanción para los hechos de menor intensidad, a los que llama el “mal menor”; considera, para estos casos, la intervención del Derecho Administrativo o del Derecho Civil procurando una solución satisfactoria para el actor imputado y para la sociedad, otorgando solución al conflicto; en consecuencia unifica este principio con el carácter subsidiario del derecho penal que también implica la *última ratio* de su aplicación para solucionar un conflicto de naturaleza delictiva.

También es de considerarse el criterio de insignificancia; el cual se encuentra explicado y justificado en los considerandos tomados en cuenta en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011/HUANCAVELICA, pues se consideró como conducta ilícita el hecho de que el abogado de la oficina de asesoría legal de una Universidad pública haya utilizado cuatro hojas de papel Bond con sello de agua de la Universidad para utilizarlo en un recurso de apelación; y que, como está claramente establecido en dicho recurso, sí se trata de una conducta reprobada y reprochable jurídicamente, porque no es de recibo ni justificable que un funcionario utilice un bien de la institución para la cual labora, destinándolo para asuntos personales como se ha dado en el caso referido.

Pero este hecho bien podría haber sido materia de un procedimiento administrativo disciplinario, que pudiera haber generado una sanción administrativa suficiente en razón del tipo de infracción en que incurrió el procesado, dado que la lesión al bien jurídico era realmente insignificante en cuanto a magnitud del daño en contra de la institución. Es cierto que no se justifica la conducta del procesado, pero tampoco se puede justificar la fuerza punitiva del Estado mediante un proceso penal conducente a una sanción, también penal (pena privativa de la libertad) por mínima que esta sea; puesto que si la lesión al bien jurídico tutelado no ha sido significativa entonces es de aplicación el criterio de insignificancia y, en consecuencia, de abstención de la acción penal como bien se estableció en el recurso antedicho.

### **3.2.2 Cohecho**

Carrara (como se citó en Bernal Pinzón, 1965) define el delito de cohecho como “(...) un contrato que se celebra entre un particular y un funcionario; la corrupción del magistrado –

dice- es la venta celebrada entre un particular y un funcionario público de un acto que pertenece al ministerio de éste y que regularmente debería ser gratuito” (Bernal Pinzón, 1965, p. 99).

Por ejemplo, si un fiscal (cohecho pasivo) acepta dinero del abogado (cohecho activo) en un caso sometido a investigación fiscal, con el fin de disponer el archivamiento del procedimiento, ambos -fiscal y abogado- estarían cometiendo el delito de cohecho y vulnerando el correcto funcionamiento de la administración pública y de administración de justicia. En el primer caso, el bien jurídicamente protegido sería el correcto funcionamiento de la administración pública y, en el segundo caso, sería el correcto funcionamiento de la administración de justicia; en ambos casos habría un bien jurídico general que es la protección de la sociedad; además de la vulneración de principios jurídicos fundamentales como ser del derecho al debido, el principio de imparcialidad, el derecho a la igualdad de armas en contra de la parte civil.

Abanto Vásquez (2003) expresa que los delitos de cohecho son uno más de los denominados delitos de corrupción de funcionarios; que son una especie de compra-venta de favores en la función pública; y que su característica más evidente es la bilateralidad; es decir, que hay dos partes que necesariamente han de intervenir en la ejecución del delito.

En el Código Penal peruano, Arts. 393 y siguientes se encuentra tipificado el delito de Cohecho en sus diversas manifestaciones como ser:

- a) Cohecho pasivo propio: Establece sanción penal para el funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas; o que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas; o condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja,
- b) Cohecho pasivo impropio: Establece sanción penal para 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; o 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.
- c) Cohecho pasivo específico: Establece sanción penal para el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que

bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia.

- d) Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial: Establece sanción penal para el miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas; o que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas; o que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio.
- e) Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial: Establece sanción penal para el miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido; o que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido.
- f) Cohecho activo genérico: Establece sanción penal para 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; o 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.
- g) Cohecho activo transnacional: Establece sanción penal para el que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

- h) Cohecho activo específico: Establece sanción penal para el que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia; o cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo; y también se establece sanción penal si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados.
- i) Cohecho activo en el ámbito de la función policial: Establece sanción penal para el que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial; o que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella.

En la jurisprudencia sobre este delito se tiene el Recurso de Nulidad N° 1955-2018/LORETO:

Es un claro y evidente ejemplo de cohecho propio pasivo es de un profesor universitario que pidió 120 soles a un alumno para aprobarlo; así consta en el R.N. 1955-2018, Loreto; en el cual se encontró una serie de evidencias que generaron convicción respecto a la responsabilidad penal del docente que permitieron enervar la presunción de inocencia y condenarlo con pena privativa de la libertad.

Sobre este delito, han recaído una gran cantidad de sentencias de la Corte Suprema, y a través de ellas se ha dado mayor énfasis a la correcta interpretación y aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Para la interpretación de estos dos principios, que de hecho se encuentran estrechamente ligados, es conveniente partir de considerar que ambos forman parte de un principio de mayor amplitud, el principio del debido proceso que, en su dimensión formal o adjetiva, comprende el cumplimiento de las normas procesales establecidas en la normatividad pertinente, así como el cumplimiento de los principios y reglas establecidas para su aplicación en procedimiento correspondiente, incluyendo básicamente al derecho de defensa y a la debida motivación. Ahora bien, en cuanto a la dimensión sustantiva, el debido proceso comprende a los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer para la aplicación de las normas.

El principio de razonabilidad ha sido constantemente explicado por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial; por ejemplo, en la CASACIÓN N° 26035-2023 LIMA de fecha 13 de marzo del 2024, recientemente publicada en El Peruano - Miércoles 29 de mayo de 2024 pp. 387 y siguientes-, en la cual se cita a este principio indicando que se encuentra establecido en Ley N° 27444 que lo regula de la siguiente manera:

Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (numeral 1.4 del Art. IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444)

En tal resolución judicial se cita a Morón Urbina (2001) en cuanto manifiesta que este principio es una regla de carácter adicional y que se aplica en particular a las decisiones que constituyan un gravamen en contra de los administrados, en el entendido que afectan a los derechos y/o bienes de estos; es así, que la norma obliga a la autoridad administrativa a pronunciarse dictando gravámenes contra los administrados, haciéndolo de forma legítima, justa y proporcional. Es decir, debe adoptarse sin escapar de los límites que corresponde a la facultad que se le ha atribuido conforme a ley, pero sin desnaturalizarla ni aplicar una desproporcionada discrecionalidad; por el contrario, debe mantener una adecuada proporción entre los medios y los fines, en concordancia con la finalidad establecida en la norma legal.

El principio de proporcionalidad es entendido como una máxima de la justicia incardinada en todos los sectores del ordenamiento y ha sido materia de diversos análisis doctrinarios que, básicamente lo explican reconocido como una consecuencia derivada de la necesidad de que toda decisión de la administración pública debe ser tomada, previa aplicación del test de proporcionalidad y no respondiendo únicamente a un esquema mental mecánico e irracional de la norma legal; por el contrario, debe responder a los criterios sustanciales de la justicia y la adecuada ponderación, para pronunciarse mediante una solución razonable del caso materia del procedimiento, de tal forma que su decisión sea coherente y razonable, teniendo en cuenta que la Constitución ha dejado claramente establecida la interdicción de la arbitrariedad en todo procedimiento administrativo y proceso judicial.

(...) el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos

fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.

En la sentencia STC N° 0050-2004-AI/TC emitida por el Tribunal Constitucional se expresó:

(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental" (STC N° 0050-2004-AI/TC, F. N° 109).

Además de estos principios, se debe tener en cuenta lo concerniente al elemento subjetivo "a sabiendas" es considerado como el conocimiento que una persona, en concreto en este caso, que un funcionario público o un administrado tienen, respectivamente, conocimiento real y objetivo de una determinada acción u omisión que constituye un atentado contra el derecho de un administrado o una infracción administrativa. No obstante, este término también es utilizado como elemento objetivo de algunos tipos penales, en cuyo caso se estima que el sujeto agente tenía pleno conocimiento de que su conducta constituía un ilícito penal; aspecto criticable pues atenta contra el derecho a la prueba y al principio de libertad probatoria; por lo que se considera que restringir la actividad probatoria, sea en {el procedimiento administrativo sancionador o disciplinario o en el proceso judicial equivaldría a restringir la epistemología del término "a sabiendas".

Sin embargo, no es dable desechar absolutamente la significación de este término, dado que puede ser manifestación atendible en un procedimiento disciplinario; por ejemplo, en el caso que una persona denuncie a un funcionario o servidor público, teniendo conocimiento de que su denuncia no corresponde a un hecho verídico, sino que se efectuó con ánimo de perjudicar, entonces sí hay razón para que este término sea utilizado y aplicado en un procedimiento derivado de tal denuncia. No debe olvidarse que, incluso penalmente, quien denuncia a la autoridad un hecho constitutivo de supuesto ilícito penal, "a sabiendas" de que no se ha incurrido en él o que ha sido cometido por otra persona y no por la denunciada, puede ser sancionado con pena privativa de libertad por denuncia calumniosa.

De similar forma, se puede producir el hecho de una denuncia respecto a un posible cohecho; tal podría ser el caso de un estudiante de una universidad nacional que denuncia a su profesor ante el director de la escuela o de la facultad, de haberle solicitado dinero para la

aprobación del curso, siendo que el estudiante sabía perfectamente que no era así, y se valió de testigos, compañeros que también tenían problema con el docente y que contribuyeron con esta debida denuncia, todos estos alumnos debían ser sometidos a proceso disciplinario e, inclusive, denunciados penalmente; por haber efectuado la denuncia “a sabiendas” de la falsedad de la misma respecto a los hechos.

En lo que concierne al bien jurídico tutelado en los delitos de cohecho, como ya se ha manifestado, se trata de verificar si existe o no una desvalorización jurídica de la conducta; es decir, del correcto funcionamiento de la administración pública y, en su caso, el correcto funcionamiento de la administración de justicia; aunque Polaino Navarrete (2011) precisa que el bien jurídico debe ser “el correcto ejercicio de la función pública y por la incorruptibilidad de los titulares de la misma, sin exigencia de cualidades funcionariales plausibles como la imparcialidad o el buen funcionamiento de la Administración Pública” (p. 324).

Ahora bien, si se atenta contra dicho bien jurídico, se produce una lógica desvalorización del rol que desempeña la norma legal para lograr una adecuada convivencia social, el interés social y el bien común; esto es, una desvalorización significativa de la función de la ley para prevenir y sancionar los actos contrarios a la misma.

Por tanto, la desvaloración o desvalorización jurídica que implica la incurrencia en una conducta antijurídica sea por un hecho o por una omisión jurídicamente reprobables sea como preparación del hecho ilícito (actos preparativos o tentativa) o por la misma ejecución o inexecución de tal hecho u omisión. Tanto en uno como en el otro caso, puede presentarse en forma subjetiva o en forma objetiva, aunque la doctrina finalista, que se refiere más al dolo que la culpa como concepto jurídico-penal y dirigido específicamente a la ejecución de una conducta tipificada como delito; pese a que algunos seguidores de esta doctrina también consideran a las acciones no dolosas (negligentes o culposas), considerando a las acciones que no se derivan de una intencionalidad para ejecutar un determinado tipo delictivo.

Conforme a ello y a los criterios actuales, el desvalor jurídico implica tanto la presencia del dolo como de la imprudencia como desvalor subjetivo, al cual se le podría sumar el nivel de gravedad del injusto (desvalor del resultado). el desvalor de la acción es imprescindible para la existencia de antijuridicidad, dado que esta no se puede entender la existencia de una acción o de una omisión, sin la presencia del dolo o de la imprudencia; en otras palabras, no se podría vulnerar una norma jurídica sin el desvalor jurídico.

La antijuridicidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el

Derecho. Es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico. (López Barja de Quiroga, 2004, p. 181)

Conforme a este criterio, la antijuricidad implica un juicio de desvalor respecto a la conducta (sin la presencia de causales de justificación) y la desaprobación de esta en el ordenamiento jurídico que la precise como conducta típica, con la implicancia concerniente al ámbito administrativo, dado que, lo que se considera jurídicamente como ilícito en lo penal, también debe ser considerado como tal en cualquier otra rama del derecho.

Para determinar si existe o no antijuricidad, hay que verificar no solo los criterios específicos que la determinan, sino también los de una posible exclusión de esta; por ejemplo, si se diera el caso de un acto objetivamente antijurídico, pero que se ha producido por efecto de legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho o en cumplimiento de un deber; pues en estos casos, no se considera que haya antijuridicidad y, en consecuencia, tampoco habría delito ni consecuencia penal.

### **3.2.3 Abuso de autoridad**

Este delito se encuentra tipificado en el Art. 376 del Código Penal:

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.

Actualmente complementado con los siguientes tipos penales:

Artículo 376°-A.- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios.

El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

Artículo 376°-B.- Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles

El funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad

privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Vílchez Chinchayán (2021) considera a este delito en su propuesta de clasificación como un delito de “conducta de abuso” y considera que este delito tiene como presupuesto básico la emisión de un acto arbitrario por parte del funcionario, que actúa fuera de lo que la norma legal le permite, o no conforme a lo que dicha norma le obliga, o incurre en inconducta al ejecutar lo que la ley le prohíbe.

Salinas Siccha (2014) precisa que, en un estado de derecho, el funcionario público debe desempeñar sus funciones de conformidad con lo establecido en el ordenamiento legal prescindiendo de su libre voluntad o de su discrecionalidad, pues, de no hacerlo así, estaría procediendo arbitrariamente y extralimitando las atribuciones que le han sido establecidas legalmente.

Para la comisión de este delito el actuar del funcionario público debe producirse en el desarrollo de sus funciones e incurrir en alguna conductas tipificada mediante los verbos “cometer” y “ordenar”, conforme a los que realiza el acto ilícito incurriendo en evidente abuso de atribuciones funcionariales; es decir, que sobrepasa los límites o potestades que son inherentes al cargo que desempeña y que están específicamente señalados en la normatividad legal, incluyendo en esta a los reglamentos, las directivas, los manuales y cuanto instrumento de gestión, precise las facultades y las limitaciones para el ejercicio de la función pública respecto a un determinado cargo. “Este delito se configura cuando un funcionario público dolosamente realiza u ordena una conducta que rebasa las atribuciones y/o competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, y con tal proceder arbitrario causa perjuicio.” (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, Apelación N.º 07-2017 – Cusco, Sentencia de Vista del 08-08-2019, F. 7.2)

“El perjuicio deberá contener relevancia, esto es, la trascendencia es suficiente para afectar al sujeto sobre el cual recae la acción típica.” (Arismendiz Amaya, 2018, p. 297). La posición referida por este autor es concordante con lo estimado por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Cuaderno de Apelaciones N° 24-2015 Santa, de fecha 19 de mayo de 2017, en cuya resolución establece también que el perjuicio debe ser relevante.

Este tribunal, en el fundamento 6.2.2, consideró que este delito debe ser visto desde dos supuestos; el primero de ellos contempla la comisión de un acto arbitrario que cause el perjuicio, como está señalado; sin embargo, en esta parte de la resolución también considera que, para su comisión, es preciso analizar lo concerniente al verbo “cometer”, dado que este se refiere a la ejecución del delito por parte de un funcionario público, quien lo puede realizar

en forma directa o personal, a través de una tercera persona o en forma conjunta con otras personas; por lo que precisa que ello implicaría autoría directa, autoría mediata o coautoría, respectivamente.

El segundo de los supuestos está referido a que el acto arbitrario cause perjuicio a alguien, señalando que se trata de un “supuesto autónomo de autoría directa”, pues de no ser así, la conducta implicada en el verbo “ordenar” tendría que sancionarse como autoría mediata o como instigación, (solo si se cumplen los presupuestos establecidos para estos tipos de intervención); además precisa que para la consumación de este delito, la orden -relativa al acto arbitrario- debe ser cumplida, aunque también merecería sanción si se inició la ejecución, aunque no se haya consumado el ilícito pero que, sin embargo, se ocasionó el perjuicio; por lo que concluye precisando: “La relevancia penal de esta modalidad se producirá cuando la orden ilícita cause perjuicio típico al sujeto pasivo.

En la resolución *in comento* (F. 6.2.3) los integrantes de la Sala consideran que el acto arbitrario emitido por el agente para que constituya cuál abuso de autoridad debe ser ejecutado en forma dolosa, contra un tercero, y debe revestir “estimable relevancia y gravedad.”

De conformidad con este criterio, en el Fundamento subsiguiente, el Tribunal considera que si un superior jerárquico dentro de sus facultades y competencias realiza actos de control sobre el accionar de uno de sus subordinados, dichos actos no podrían ser constitutivos de la acción típica, sancionada en este delito, y que, en caso se produjeran algunos posibles excesos, sea en cuanto a la gestión o en cuanto a los actos disciplinarios, correspondería accionar los procedimientos administrativos, sean de control o de corrección, que sean de competencia de la entidad.

Conforme a ello, es que analizó la conducta imputada a la fiscal procesada, consistente en una orden que, con prepotencia, emitió a uno de sus subordinados, disponiendo que abra su maletín, pues consideró que el denunciante podría estar sustrayendo pruebas de las investigaciones.

Los integrantes de la Sala consideraron que no se había incurrido en el ilícito penal dado que la acusada actuó en cumplimiento de su deber ejerciendo actos de control para custodiar y evitar la pérdida de documentación que estaba a su cargo y que, por consiguiente, estaban bajo su responsabilidad; es más, luego la acusada había informado de estos hechos a los integrantes de la Junta de fiscales. Consecuentemente, optaron por confirmar la sentencia que absolvió a la acusada.

En el análisis de la resolución que ha sido referida, se puede apreciar claramente que la conducta imputada a la fiscal acusada estaba relacionada a actos propios de su función y, es más, en cumplimiento de su deber de vigilancia respecto a los documentos que constituían medios probatorios correspondientes a los procedimientos que se estaban diligenciando en la Fiscalía a su cargo; por tales razones es que la Sala confirmó su absolución.

Sin embargo, lo comentado concierne a un proceso penal y se considera que lo resuelto se ajusta a derecho; pero también es de considerarse que el denunciante basó su denuncia en que la orden le había sido emitida con prepotencia; por lo tanto, si esto fuera cierto y debidamente probado, podría considerarse que la fiscal habría incurrido en un acto de abuso de autoridad que debía ser analizado administrativamente, mediante el desarrollo de las acciones concerniente a un procedimiento administrativo disciplinario, mas no penal; puesto que, de conformidad con las normas éticas relativas a la función pública<sup>9</sup>, es de considerarse que todo trabajador tiene derecho al respeto y a la consideración debida por parte de sus superiores; entonces, si el superior jerárquico emite sus órdenes con prepotencia, podría ello implicar un atentado contra la dignidad y el respeto que se merece el trabajador.

Por otro lado, para considerar que existe una conducta penalmente relevante hay que tener en cuenta los niveles de la actuación del sujeto activo; es decir, verificar si su actuar fue doloso o culpable y que haya generado un perjuicio también considerado relevante. Entendido este último término como un nivel de envergadura que realmente pueda ser considerado dañoso y perjudicial significativamente para el sujeto pasivo que recibe la consecuencia de dicho actuar; en otras palabras, que se trate de un resultado lesivo, descriptible y demostrable, contra bienes jurídicos tutelados penalmente, en razón de la finalidad con que se ejecuta la conducta y que se haya ejercida intencionalmente (delito doloso).

Conforme lo expuesto, es de entenderse que un tipo penal contiene las características propias del delito que puede ser materia de procesamiento y sanción penal; sin embargo, si la misma conducta ilícita no tiene relevancia penal, habida cuenta de que el derecho penal debe ser siempre aplicado como *última ratio*, entonces cabe precisar que el abuso de autoridad sí puede tener relevancia administrativa, tal cual se ha visto en los párrafos anteriores; en consecuencia, una misma conducta precisada en el código penal pero que podría no tener

---

<sup>9</sup> Ley 27815: Ley del Código de Ética de la Función Pública: en cuyo Art. 6 se determinan los principios y deberes éticos del servidor público especificando los principios que el servidor público debe tener presente en su actuación así en el inciso 1 se especifica que debe actuar con respeto a la Constitución y a las leyes y respetando los derechos a la defensa y al debido procedimiento. Disposición que se complementa (específicamente para este caso) con la prohibición precisada en el inciso 5 del Art. 8: “Presionar, Amenazar y/o Acosar: Ejercer presiones amenazas o acoso sexual contra otros servidores públicos o subordinados que puedan afectar la dignidad de las personas o inducir a la realización de acciones dolosas”

relevancia penal; sí podría tener relevancia administrativa; por lo que no sería procesable penalmente pero sí podría ser materia de un procedimiento administrativo disciplinario que conlleve una sanción específica hacia el funcionario público que haya incurrido en abuso de autoridad.

Sin embargo, no es cuestión de llegar y aplicarse el procedimiento administrativo disciplinario y sancionar la conducta considerada como infracción administrativa, puesto que habría que, antes de iniciarse el procedimiento disciplinario se debe analizar objetiva y prudentemente si la conducta que, en apariencia no tiene relevancia penal, pueda ser que las autoridades jurisdiccionales consideren que sí la tiene y, en consecuencia, asuma jurisdicción, procese y sancione. Y si en el procedimiento administrativo disciplinario se impone una sanción a un hecho ilícito que, como está dicho, aparentemente no tenga la relevancia penal y el Poder Judicial considere que sí la tiene, entonces el procedimiento administrativo disciplinario y la correspondiente sanción administrativa que pudiera haber sido impuesta devendrían en inobjetable nulidad, de conformidad con lo establecido en el Inc. 4 del Art. 10 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, probado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

En cuanto a la relevancia del perjuicio causado al sujeto pasivo, es de tenerse especial cuidado al efectuar el análisis pertinente, pues hay hechos y conductas que aparentemente podrían no tener relevancia penal, por no considerarse que con la acción o la omisión se pueda causar grave perjuicio a un posible sujeto pasivo; pero hay circunstancias y hechos en los que la apariencia podría conducir al error y a dejar sin sanción una conducta reprochable penalmente. Tal es el caso, por ejemplo, de un ciudadano que, ante sus dificultades para conciliar el sueño, consulta al médico y éste le receta un fármaco considerado de escasa repercusión negativa en la salud de una persona; es así que este ciudadano, al encontrarse con un amigo, quien le manifiesta tener el mismo problema de dificultad para conciliar el sueño, el ciudadano que había recibido el fármaco aparentemente inofensivo, se lo proporciona sin considerar que el amigo adolecía de algunas enfermedades y alergias a dicho medicamento; por lo que al ingerirlo sintió serias repercusiones negativas en su organismo que inclusive llegaron a causarle la muerte.

Es pues de apreciarse, en este caso que, lo que aparentemente no tendría relevancia penal, realmente si la tuvo, puesto que el fármaco que le fue proporcionado al ciudadano por indicación contenida en una receta médica, y que no le significaría ningún trastorno, sí sucedió con el amigo, quien recibió e ingirió el fármaco sin receta médica, acto que le causó la muerte. Por lo que podría considerarse un ilícito penal de homicidio culposo. Conforme a

ello es de considerar que el problema se presenta con mayor envergadura, pues no ha de ser sencillo dilucidar en el plano administrativo si una conducta dolosa de abuso de autoridad por parte del funcionario público puede constituir tan solo una infracción administrativa o pueda constituir un ilícito penal, generándose la problemática ya especificada. Algunos juristas consideran que para la configuración del delito de abuso de autoridad es necesario que exista un acto arbitrario que cause un perjuicio grave, de abuso de funciones públicas y dejar al derecho administrativo disciplinario los casos de menor gravedad.

### **3.3 Jurisprudencia sobre los delitos contra la Administración Pública**

#### **3.3.1 Jurisprudencia nacional**

- 1) Funcionario público que priva de la libertad sin justificación no comete delito de «secuestro», sino «abuso de autoridad» [Casación 1438-2018, La Libertad]. Link: [bit.ly/3FR1ac7](http://bit.ly/3FR1ac7)
- 2) Configuración del delito de abuso de autoridad [Apelación 07-2017, Cusco]. Link: [bit.ly/3n3NLqy](http://bit.ly/3n3NLqy)
- 3) Bien jurídico tutelado en el delito de abuso de autoridad [Exp. 00875-2018-31]. Link: [bit.ly/3lw08Ln](http://bit.ly/3lw08Ln)
- 4) Precisiones sobre el sujeto activo y pasivo en el delito de abuso de autoridad [Exp. 00875-2018-31]. Link: [bit.ly/3YXf8Qf](http://bit.ly/3YXf8Qf)
- 5) Desarrollo de los verbos rectores «cometer» u «ordenar» en el delito de abuso de autoridad [Exp. 00875-2018-31]. Link: [bit.ly/3yLSO1i](http://bit.ly/3yLSO1i)
- 6) Materialización del error de tipo en el delito de abuso de autoridad [Exp. 00875-2018-31]. Link: [bit.ly/3JOs32t](http://bit.ly/3JOs32t)

#### **3.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- 1) El Estado debe entrenar y capacitar a los policías en su función de control interno de disturbios [Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela] (Fundamento destacado 147). Link: [bit.ly/3n1RYei](http://bit.ly/3n1RYei)
- 2) Miembros de seguridad deben proteger los derechos humanos incluso en estado de excepción [Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela] (Fundamento destacado 148). Link: [bit.ly/3LAdv82](http://bit.ly/3LAdv82)
- 3) Medidas de actuación para el uso de la fuerza de los agentes estatales [Olivares Muñoz vs. Venezuela] (Fundamento destacado 92). Link: [bit.ly/3TudCUK](http://bit.ly/3TudCUK)

#### **3.3.3 Jurisprudencia comparada**

- 1) Juez que tilda a abogada de «Chimoltrufia» y «señora que vende chicha» no comete abuso de autoridad (Colombia) [Radicación 60716]. Link: [bit.ly/3Fyz4SI](http://bit.ly/3Fyz4SI)

- 2) El delito de abuso de autoridad es un tipo penal subsidiario (Colombia) [Radicación 60199]. Link: [bit.ly/40fUETJ](https://bit.ly/40fUETJ)
- 3) Naturaleza típica del delito de abuso de autoridad (Colombia) [Radicación 59662]. Link: [bit.ly/3TpTbbi](https://bit.ly/3TpTbbi)
- 4) Conducta constitutiva del delito de abuso de autoridad (Colombia) [Radicación 54985]. Link: [bit.ly/3lpggOQ](https://bit.ly/3lpggOQ)
- 5) Diferencia entre delito de abuso en función pública y prevaricato (Colombia) [Radicación 39279]. Link: Diferencia entre delito de abuso en función pública y prevaricato (Colombia) [Radicación 39279] | LP
- 6) Requisitos para la concurrencia del delito de «abuso de autoridad» por acto arbitrario e injusto (Colombia) [Radicación 40374]. Link: [bit.ly/3JP4kiN](https://bit.ly/3JP4kiN)
- 7) Juez penal que decretó «destrucción de vivienda» incurrió en abuso de autoridad (Colombia) [Radicación 407047]. Link: [bit.ly/3ZTpYIe](https://bit.ly/3ZTpYIe)
- 8) El abuso de autoridad debe producirse dentro del límite u órbita de las funciones del sujeto activo o excediéndose en el ejercicio de ellas (Colombia) [Radicación 406121]. Link: [bit.ly/3TtwSBO](https://bit.ly/3TtwSBO)
- 9) No basta con discrepancias de apreciación entre juzgadores y litigantes para deducir el delito de abuso de autoridad (Colombia) [Radicación 413212]. Link: [bit.ly/3YRMQGM](https://bit.ly/3YRMQGM)

## Capítulo 4

### Principales criterios que distinguen la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas y los delitos

#### 4.1 El elemento de la significancia

En los diversos estudios sobre esta problemática se ha podido verificar una serie de dificultades que impiden o, por lo menos dificultan en gran nivel, la posibilidad de determinar una demostrable distinción entre la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas y la correspondiente a los delitos, dado que existe una relación bastante cercana entre las conductas que corresponden al derecho administrativo o al derecho penal; como puede apreciarse de la lectura de los contenidos del capítulo inmediato anterior; y es que realmente no existen elementos claros y objetivos que permitan una válida diferenciación que conduzcan a precisar debidamente si una misma conducta, hecho u omisión, puede constituir infracción administrativa y no penal, o viceversa. Inclusive, al interior mismo del ámbito administrativo, resulta poco convincente la división que se efectúa entre procedimiento administrativo sancionador y procedimiento administrativo disciplinario, aunque en ello ha tenido especial repercusión el tratamiento normativo que se le ha dado a este último en la denominada Ley Servir<sup>10</sup>

Evidente ejemplo de esta situación problemática se da en el ordenamiento jurídico chileno en el cual no hay una regulación objetiva de las facultades punitivas concedidas a la administración; a tal extremo que las entidades administrativas chilenas pueden llegar. Incluso, a imponer sanciones sin considerar las exigencias subjetivas que permitan reconocer claramente si el hecho administrativo es merecedor o no de sanción o si se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico administrativo de dicha nación. Tan es así que el autor chileno Rodríguez Collao (2010) expresó:

En nuestro ordenamiento jurídico destaca la existencia de dos potestades punitivas: una de ellas, a cargo de la autoridad judicial y otra, que ejerce la Administración. Mas no se advierte claridad en cuanto a la línea divisoria que separa a estas dos potestades, lo cual ha permitido que la Administración esté facultada para aplicar sanciones más graves que aquellas que la ley ha previsto para el común de los delitos, llegando incluso a imponer verdaderas penas privativas de la libertad. En no pocos casos, además, la propia ley autoriza a aplicar sanciones criminales y administrativas frente a un mismo hecho ilícito. (Rodríguez Collao, 2010, p. 117)

---

<sup>10</sup> Ley del Servicio Civil: LEY N° 30057

Por otro lado, la posición de la administración pública, para el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario, no solo debe discernir preliminarmente sobre la diferencia en cuanto a la competencia para el procesamiento de una acción u omisión considerada ilícita; es decir, la determinación si la competencia es del Poder Judicial o de la entidad administrativa, sino que, en este último caso, también preliminarmente, debe analizar la naturaleza de la ilicitud; es decir su significancia en relación al posible peligro de perjudicar algún interés tutelado a favor de la administración pública o bastará con que el origen o el hecho ilícito se haya producido por actos u omisiones no ajustados a derecho según los deberes y obligaciones del funcionario público. De tal forma que todo lo que no esté razonablemente justificado será considerado inocuo o insignificante como para promover una acción disciplinaria; por ejemplo, si afectó o no afectó al patrimonio del Estado, o si causó un perjuicio considerable que impide o dificulta gravemente el accionar administrativo de la entidad.

Así, el Comité Disciplinario de la entidad debe verificar *a priori* la probabilidad de apertura o archivamiento del caso; sin dejar de considerar la posibilidad de que aparezcan nuevos indicios o medios probatorios que puedan dar luces sobre la significación de la infracción administrativa.

También se debe considerar que las infracciones contra la administración pública pueden ser indicios de corrupción y prestarse a confusión en cuanto si estos tienen implicancia penal -teniendo en cuenta el principio de mínima lesividad- o es de implicancia administrativa; por ejemplo se da el caso de la sustracción de material de escritorio como podría ser la sustracción de un paquete de 500 hojas de papel Bond que pertenecen a la entidad pública esta sustracción no sería materia de un procesamiento penal por la mínima lesividad de la acción por lo tanto la significación penal no es lo suficientemente relevante como para incoar las acciones penales correspondía es entonces y que se inerva la necesidad de que esta sustracción sea materia de un procedimiento administrativo disciplinario.

En casos como este, la dificultad de decisión es considerable, puesto que, por un lado, se tiene la posibilidad de un procesamiento penal por hurto y un procedimiento administrativo por incurrir en ilegalidad manifiesta, conforme está tipificado como falta administrativa en el Inc. 9 del Art.261.1 del TUO de la Ley 27444; más aún si se tiene en cuenta lo también dispuesto en este mismo cuerpo normativo al determinar que:

(...) para la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas

infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. (último párrafo del Inc. 4 del Art. 248 del TUO de la Ley 27444)

Y lo también regulado en el mencionado Art. 261.1 en tanto que se precisa:

Las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurren en falta administrativa (...) susceptibles de ser sancionados administrativamente (...) atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado. (Art. 261.1 del TUO de la Ley 27444)

Entonces, en el caso especificado (sustracción del paquete de hojas) es de analizarse en cuanto a la significación del hecho ilícito para determinar si procede o no promover una acción penal por la mínima lesividad, o la posibilidad de un procedimiento administrativo disciplinario, habida cuenta que no hay una significativa gravedad de la falta ni del daño causado; es más, podría considerarse que la intencionalidad del funcionario público que incurrió en este hecho haya sido su voluntad de proporcionar el papel al escolar, hijo de una madre soltera indigente, que no tiene recursos económicos para solventar este material necesario para la actividad escolar de su hijo.

No obstante, existió el hecho ilícito -tanto penal como administrativamente- y este podría ser considerado como un acto de corrupción, en razón que este término no tiene una definición clara y precisa de lo que se puede comprender como tal. Es de tenerse presente que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ni la Convención Interamericana contra la Corrupción, esclarecen el término, pues solo efectúan una enumeración de conductas consideradas como irregulares y pasibles de sanción al ser estimadas como actos de corrupción; a pesar de que ambos instrumentos normativos internacionales comprometen a las naciones que los han adoptado mediante la suscripción respectiva, en la lucha contra la corrupción y establecen normas destinadas a la prevención y sanción de los actos considerados como corrupción; así como normas procesales para una debida y eficiente investigación de dichos actos. Sin embargo, el caso señalado como el indicado, sí estaría considerado como un acto de corrupción, en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción pues precisa como tal el abuso de funciones, estableciendo:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio

de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad. (Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción Art. 19)

De similar forma la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el literal c) del Inc. 1 de su Art. IV, establece: “La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

Entonces en estos ordenamientos legales internacionales como nacionales, el hecho materia del ejemplo citado, sí constituye un acto de corrupción, un ilícito penal, y un ilícito administrativo; entonces, teniendo en cuenta la significancia del mismo, cuál sería el procedimiento más adecuado para sancionar un ilícito como el que se ha planteado como ejemplo de significancia del hecho que, indudablemente está considerado como un acto de corrupción, como una falta administrativa y como un delito; en eso no hay duda; en lo que sí la hay es sobre el proceso o procedimiento conducente a la sanción, pues el hecho podría ser denunciado ante el Ministerio Público (que tiene la obligación de investigar y analizar si procede o no la acusación fiscal para promover la acción penal; como también podría ser puesto en conocimiento de la secretaría técnica de la entidad, para que analice el hecho y emita un informe sobre su postura para que se archive el caso o se promueva el procedimiento administrativo disciplinario; no obstante todo ello, no resulta difícil considerar que el procedimiento administrativo disciplinario sería el más indicado y que este realizarse de una manera sucinta ante la posible evidencia de los hechos y de las circunstancias que motivaron su ejecución, al cabo del cual se impondría una sanción de amonestación escrita, con registro de la misma en el legajo personal del funcionario y sin perjuicio de disponerse la devolución de lo indebidamente sustraído.

Sanción de naturaleza jurídica administrativa, impuesta teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como los contenidos jurisprudenciales, como ser el dispuesto por el Tribunal Constitucional:

(...) la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (art. 3, Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales

procesales y de los principios constitucionales (v. gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman. (Sentencia del 6 de agosto de 2002, - Exp. N° 1003-1998-AA/TC. GF. 6).

#### **4.2 La desvaloración jurídica de la conducta**

Es la ejecución de una conducta factual u omisiva que es considerada como acto u omisión de naturaleza antijurídica, caracterizada por ser contraria al ordenamiento legal y por ser reprobable -también jurídicamente-, tanto *ex ante* a su ejecución, actos preparatorios para el resultado lesivo, como *ipso facto*, en el mismo momento de la ejecución, ocasionando del resultado antijurídico (desvalor objetivo o desvalor de la acción o del hecho) y *ex post* la dimensión negativa de la consecuencia de la conducta indebida (desvalor del resultado), teniendo en cuenta la magnitud del daño y que no todo daño es antijurídico. Además, la mencionada conducta implica un desvalor subjetivo de la acción, porque para que esta sea considerada en su trascendencia jurídica requiere de la existencia del dolo o de la imprudencia (nivel de culpabilidad, independiente del desvalor de resultado que, sustancialmente, posee relevancia penal). Desvalores que han de ser evaluados en función de los dispuesto en las normas, conductas -fácticas u omisivas- y valores (teoría trialista de Goldschmidt<sup>11</sup>)

Como ya se ha detallado en rubros anteriores, para que se estime que se ha producido una desvaloración jurídica de la conducta debe haberse ejecutado con dolo o con imprudencia y, de darse el caso, se estaría incurriendo en un acto antijurídico pasible de sanción, tanto en el aspecto penal, como en el ámbito administrativo sancionador, por incumplimiento de las normas establecidas en el ordenamiento jurídico nacional, constituyendo una conducta ilícita o antijurídica.

Ahora bien, el contexto normativo constitucional, si bien es cierto salvo algunos principios y normas que se debe tener en cuenta para el procesamiento de las conductas pasibles de análisis antijurídico administrativo o penal, no contiene normas relativas a las actuaciones de los ciudadanos en el nivel de ejecución de sus conductas sino solamente aquellas que están dirigidas a garantizar y asegurar el respeto a los valores y a los derechos fundamentales de las personas, aunque también es preciso considerar que dichas normas son dictadas sobre todo para evitar excesos por parte de los legisladores que puedan dictar normas perjudiciales a la función pública o a la administración de justicia. Por lo tanto, los niveles de antijuridicidad y posibilidades de sanción están básicamente precisadas en las demás normas

---

<sup>11</sup> Ver: Goldschmidt, W. (1973) Introducción Filosófica al Derecho. Depalma, p. 8.

de inferior jerarquía; conforme a las cuales deben efectuarse los análisis concernientes a la valorización o evaluación de las conductas, con miras a determinar si es que existe o no antijuridicidad en las mismas y que, por ende, sean merecedoras de sanción administrativa o penal, según corresponda.

Entonces, para considerar una conducta que administrativamente pueda ser considerada como desvalorizadora jurídica de conducta, debe, primeramente, estar considerada como ilícito administrativo y, además, que haya ocasionado daño o perjuicio a la entidad administrativa, y al bien jurídico tutelado de la administración pública; de lo contrario, no podría considerarse a la conducta que no revista las consecuencias o características señaladas como ilícito o infracción administrativa, como infractora o desvalorizadora jurídica pasible de sanción; así, es de tenerse presente el catálogo de faltas administrativas que están contenidas básicamente en la Ley del Procedimiento Administrativo General o en cualquier otra norma jurídica que tipifique alguna falta que pueda ser considerada como un desvalor jurídico de conducta.

Por ejemplo, Caycho Ramos, D.M. (2019) en su tesis manifiesta que los funcionarios públicos pueden incurrir en ilícitos penales o en infracciones administrativas, Es por ello que pueden incurrir especialmente en estas últimas sea porque atentan contra normas éticas, que son intrínsecas a cada persona, pero que pueden ser materializadas en actos administrativos constituyendo conductas que constituyen desvalor jurídico conforme está determinado en el Código de Ética de la Función Pública, Ley N° 27815; pero también puede incurrir en otro de su valor jurídico sí incurre en infracción de las normas tipificadas en el Derecho Administrativo y ser merecedoras de un procedimiento administrativo disciplinario sea de conformidad con cuál es el procedimiento señalado en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil o por el procedimiento sancionador establecido en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Pero además la autora precisa el mecanismo de intervención solo deberá activarse si la vulneración al bien jurídico reviste un grave e insoportable desvalor por la vulneración del bien jurídico tutelado; y solo si estos mecanismos no son lo suficientemente idóneos para proteger el bien jurídico, habrá la posibilidad de derivar el procedimiento sancionador hacia las determinaciones del Derecho Penal.

Esto no solo sucede en el caso de Perú puesto que también se da en otras naciones como ser en Chile; país en el cual las sanciones administrativas solo y exclusivamente que pueden ser aplicadas en función de una conducta tipificada como infracción administrativa, más no de cualquier otro tipo de ilícito, aunque sea considerado como un desvalor jurídico de conducta y como vulnerador del ordenamiento jurídico nacional.

*Únicamente por la comisión de infracciones... podrán imponerse sanciones* y a partir de ellas se descarta, como se ha dicho, que se puede imponer sanciones por otro tipo de actuaciones antijurídicas no tipificadas como infracción. Así, por ejemplo, la violación de un contrato administrativo, que no está tipificada como infracción, no es susceptible de ser objeto de una sanción administrativa. (Bermúdez Soto, 1998, pp. 330-331)

No obstante, puede darse el caso de que una misma conducta pueda originar y considerarse un desvalor jurídico; lo que lleva a pensar en la posibilidad de aplicar una sola sanción pese a la concurrencia de un injusto penal y de una infracción administrativa en una sola y misma conducta que exprese todo el desvalor que el ordenamiento jurídico le ha querido atribuir. Entonces surge la problemática relativa a la determinación del procedimiento o proceso que se ha de seguir para sancionarla; problemática que debe ser analizada a la luz del principio de legalidad frente al principio *ne bis in idem* y una funcionalidad excluyente ante la posibilidad de aplicar la sanción correspondiente; es decir, “al contener la sanción (asignada a cada ilícito o hecho infractor) todo el desvalor de una conducta, excluirá una tipificación por un mismo hecho, lo que imposibilitará una doble sanción y permitirá establecer el criterio para determinar cuál norma ha de aplicarse.” (Chinguel Rivera, 2015, p. 9)

#### **4.3 La relevancia del perjuicio ocasionado al sujeto pasivo**

La relevancia del perjuicio ocasionado al sujeto pasivo se desprende de problemáticas como la que ha sido referida en la última cita textual dado que para determinar qué norma habrá de aplicarse en el caso especificado en tal cita, tendría que analizarse no solo el fundamento jurídico que pueda distinguir la conducta para dar prioridad al principio de legalidad o al principio *ne bis in idem* o la naturaleza jurídica del hecho constitutivo del ilícito, sino también la relevancia del perjuicio.

Así ha sido precisado en el contexto desarrollado precedentemente, puesto que siempre podrá existir la duda si ante el desvalor jurídico de una sola conducta deberá aplicarse una sanción administrativa o una sanción penal cuando dicha conducta tenga esa doble connotación; es decir, una tipificación administrativa y al mismo tiempo una tipificación penal, tal cual ya se ha analizado; entonces, en el presente rubro, cabe señalar que la direccionalidad para la incoación del procedimiento administrativo o del proceso penal, también puede estar encaminada hacia el análisis de la gravedad del perjuicio que se pueda originar o que se haya originado contra el bien jurídico tutelado. Por ende, si este último es de naturaleza eminentemente administrativa y que solo y exclusivamente perjudica a la entidad

administrativa, entonces podría ser materia de un procedimiento administrativo disciplinario; pero si el perjuicio recae sobre un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal y existe la gravedad del perjuicio ocasionado contra el Estado, así también esté perjudicada específicamente una entidad de la administración pública) entonces, el caso deberá ser puesto a enjuiciamiento ante el Poder Judicial.

En este mismo caso, también es de tenerse presente el principio de lesividad; esto es, sobre el análisis de la gravedad del perjuicio, dado que este principio dota de contenido material al ilícito penal y se refiere básicamente a la puesta en peligro o a la lesión que se pudiera originar al bien jurídico. No obstante, no se trata de cualquier acción que ocasione peligro o lesividad contra el bien jurídico, sino que, real y efectivamente, cause un impacto lo suficientemente grave o importante para que se justifique la intervención penal, atendiendo a que esta es, como ya se ha dicho, de aplicación como *última ratio*; lo que conlleva a la posibilidad de considerar atípica una conducta que, aun teniendo las características conductuales especificadas en el tipo penal, no ocasione la lesividad manifestada; en otras palabras, que no tenga relevancia penal; tal cual ha sido materia de pronunciamiento en el Acuerdo Plenario Extraordinario N°1-2016/CIJ-116 y que dio mérito al análisis efectuado por la magister Betty Huarcaya que, en su artículo “Razón y fe en el derecho y la ley penal – A propósito del Acuerdo Plenario Extraordinario N°1-2016/CIJ-116, expresó:

El principio de mínima lesividad o mínima intervención del Derecho Penal guarda conectividad con el respeto de los derechos fundamentales (derechos humanos positivizados). De manera que, constituye la última razón de Estado que solo interviene cuando los otros mecanismos de control social fracasaron o la lesión es mínima o no amerita la intervención del Derecho Penal, sino otros mecanismos de sanción. (Huarcaya Ramos, 2016, p. 471)

Entonces, vale reproducir el criterio jurisprudencial asumido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que, en sentencia de fecha 25 de febrero del 2003, precisó que, en los delitos contra la administración pública, lo que se tutela como bien jurídico es el interés que el Estado debe brindar al servicio de la comunidad y de los ciudadanos; de tal forma que dicho servicio sea funcional y dinámico, sin que ello implique considerar como delito una simple desobediencia a la ley; sea porque se violen prohibiciones o mandatos, y no la real, grave y efectiva transgresión de los bienes jurídicos tutelados; por lo tanto, dicha Corte consideró que el *ius puniendi* del Estado es de naturaleza extrema y que, por consiguiente, no puede aplicarse a quebrantamientos simples de deberes profesionales o a la mera protección de una vaga pureza de la administración; ya que eso implicaría una visión

totalitaria de la actividad que desarrolla una entidad administrativa. Para estos casos deberían activarse otros mecanismos que permitan resolver estos tipos de conflictos sin necesidad de acudir a la intervención jurisdiccional de naturaleza penal.



## Conclusiones

**Primera.** Las infracciones administrativas constituyen una alteración al ordenamiento jurídico nacional que regula el accionar de las entidades que constituyen la Administración Pública y de los funcionarios y servidores que desarrollan su labor en estas; regulación estatuida en beneficio de la sociedad. Por ende, las mencionadas personas que, en el ejercicio de sus funciones, han incumplido o alterado las normas reguladoras de sus funciones atentando contra el bien jurídico tutelado, son pasibles de la sanción que las mismas normas establecen.

**Segunda.** La potestad sancionadora debe ejercerse por los funcionarios competentes, quienes deben tener en cuenta el Estado de Derecho y los principios jurídicos aplicables a la Administración Pública, respetando, interpretando y aplicando debidamente la normatividad pertinente.

**Tercera.** Los administrados y usuarios no están exentos del cumplimiento del mencionado ordenamiento jurídico, y tanto estos como los funcionarios o servidores públicos, pueden incurrir en inconductas que deben ser sancionadas siempre que constituyan infracción administrativa o ilícito penal; para lo cual es de analizarse previamente, la determinación del procedimiento administrativo o del proceso judicial, según corresponda, la posible sanción, de conformidad con el contenido de la norma infringida (incluyendo lo estatuido en los reglamentos, resoluciones y decretos publicados y cuyo contenido no desnaturalice a las disposiciones legales), la afectación del bien tutelado y el perjuicio causado, así como la estricta aplicación de los principios jurídicos, especialmente los principios de legalidad, de tipicidad y del *non bis in idem*.

**Cuarta.** Hay inconductas que están tipificadas como infracciones administrativas y también como ilícitos penales; por lo que resulta indispensable efectuar los debidos análisis, teniendo en cuenta lo explicitado en la conclusión inmediata anterior, para una debida determinación del procedimiento o proceso a seguirse, con el fin de analizar dicha inconducta y ejecutar las acciones que corresponda, a fin de establecer objetiva y responsablemente la sanción respectiva.

**Quinta.** Los delitos en que más suelen incurrir los funcionarios o servidores públicos, por sí mismos o con intervención de los administrados, usuarios o terceros, son; peculado, cohecho y abuso de autoridad; este último es el que tiene mayor posibilidad de ser confundido en cuanto a la tipificación de la inconducta como infracción administrativa o como ilícito penal; para, en base a ello, determinar si la sanción habrá de emanar de un debido

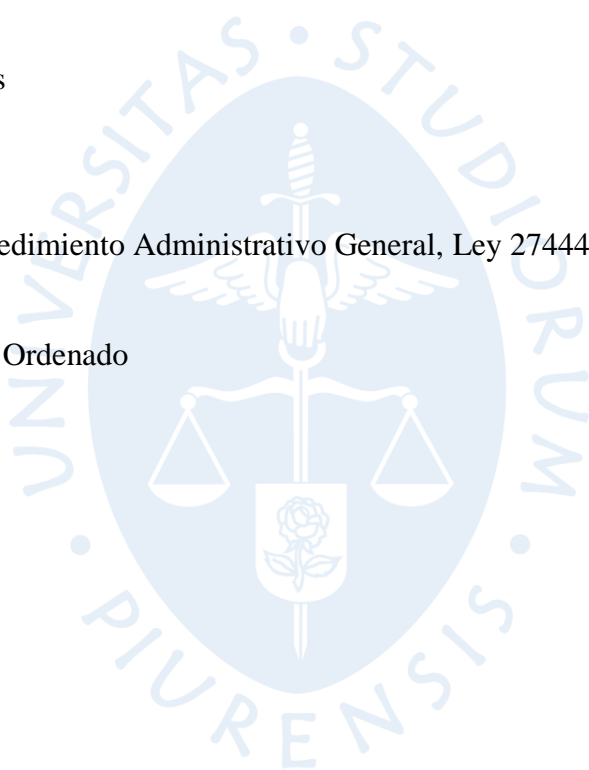
procedimiento administrativo o del debido proceso penal; sin incurrir en afectación del principio *non bis in idem*.

**Sexta.** Amén de lo expresado en las conclusiones precedentes, cabe insistir, a efecto de tenerse en cuenta respecto a la inconducta acaecida, que una sanción, sea administrativa o penal, está sujeta a un análisis objetivo de la significancia del hecho o conducta omisiva para el correcto funcionamiento de la Administración Pública, así como el desvalor jurídico que la inconducta haya generado y la relevancia del perjuicio ocasionado al bien jurídico tutelado y/o al sujeto pasivo; sin perjuicio del debido proceso como garantía constitucional para la determinación de la sanción que corresponda.



## Glosario de abreviaturas y siglas

Art.:	artículo
Arts.:	artículos
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
CP:	Código Penal peruano
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
D. Leg.:	Decreto Legislativo
D.S.:	Decreto Supremo
Exp.:	Expediente
EF:	Ministerio de Economía y Finanzas
F:	Fundamento
Fs:	Fundamentos
Inc:	Inciso
Incs:	Incisos
PPAG:	Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444
Nº:	Número
TUO:	Texto Único Ordenado



## Referencias

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Palestra.
- Álvarez Pozo, M. (2007). *El concurso ideal de delitos*. Tesis doctoral, Universidad de Granada. <https://acortar.link/OtosEU>
- Arismendiz Amaya, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Editorial Instituto Pacifico.
- Baca, V. (2016). La retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador. *THEMIS Revista de Derecho*(69), 27-43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16709>
- Bermúdez Soto, J. (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista chilena de derecho*(Número especial), 323-334. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650036>
- Bernal Pinzón, J. (1965). *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*. Temis. <https://biblioteca.csjn.gov.ar/Indices/Biblio/CSJN138855.pdf>
- Bustamante, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. ARA Editores E.I.R.L.
- Cabrera, M., y Quintana, R. (s.f.). *Derecho Administrativo & Derecho Procesal Administrativo*. Ediciones Legales.
- Caro, J. (2010). Normativismo e imputación jurídico penal. En *Dogmática Penal 5*. Ara editores.
- Carreras, N. (2011). Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú. *Derecho PUCP*(67), 487-509.
- Caycho Ramos, D. (2019). *Infracciones administrativas elevadas a la categoría de delito ¿La no rendición de cuentas de viáticos justifica una sanción penal por peculado?: Problemas derivados con la entrega de viáticos*. Tesis de Maestría en Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13282>
- Chamorro Bernal, F. (2002). *La tutela judicial efectiva*. Boch.
- Chinguel Rivera, A. (2015). *El Principio de Ne Bis In Idem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: buscando soluciones al problema de la identidad de fundamento*. Tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Piura. <https://hdl.handle.net/11042/2256>
- Cupe Calcina. (2021). Presupuestos de aplicación del principio de humanidad en la determinación judicial de la pena. *Ius Vocatio*, 4(4), 15-37.
- Goldschmidt, W. (1973). *Introducción Filosófica al Derecho*. Depalma.

- Gómez Tomillo, M. (2012). El derecho a ser informado de la acusación y los cambios introducidos por la Administración en el Procedimiento Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho Administrativo*(11). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7810127>
- Gómez Tomillo, M. (2020). Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*(2). <https://doi.org/DOI:10.31009/InDret.2020.i2.14>
- Gómez Tomillo, M., y Sanz Rubiales, Í. (2023). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Cap.143*. Aranzadi.
- Hilario Melgarejo, A., y Castillo Prochazka, C. (2019). Manual del Régimen Disciplinario Sancionador por responsabilidad funcional en el sector público. *Gaceta Jurídica*.
- Huamán Ordóñez, L. (2020). Infracción, sanción y otras instituciones jurídicas de Derecho administrativo no necesariamente emparentadas con el sancionador. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 187-204. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22415>
- Huarcaya Ramos, B. (2016). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hurtado Pozo, J., y Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General, Tomo I*. IDEMSA.
- López Barja de Quiroga, J. (2004). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Gaceta Jurídica.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Derecho-Penal-Edmundo-Mezger-LP.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador - Guía para asesores jurídicos del Estado*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526161/Guía%20práctica%20procedimiento%20administrativo%20sancionador.pdf?v=1609849061>
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>
- Mir Puig, S. (2011). Derecho penal. Parte general. *Reppertor*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48848-derecho-penal-parte-general-9a-edicion>

- Montoya Vivanco, Y. (2015). Manual sobre delitos contra la administración pública. *Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Open Society Foundations*.
- Morón Urbina, J. (2001). Los actos administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad*(17), 242-257. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16889/17195>
- Morón Urbina, J. (2005). Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana. *Advocatus*(13). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1356>
- Navarro, K. (2011). Proyecto de ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. *Derecho PUCP*(67), 134. <https://acortar.link/mOvxwg>
- Obiol Anaya, E. F. (2018). La responsabilidad subjetiva u objetiva en el procedimiento administrativo sancionador en la legislación peruana. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas- UPB*, 48(129), 491-506. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v48n129.a08>
- Pariona Arana, R. (enero de 2011). La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencia. *Gaceta Penal*(19).
- Polaino Navarrete, M. (2011). *Lecciones de Derecho Penal - Parte especial*. Tecnos.
- Prado Saldarriaga, V. (1990). Constitución, Derecho y Principios Penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. <https://doi.org/https://doi.org/10.18800/derechopucp.199001.008>
- Rando Casermeiro, P. (2010). *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo-sancionador. Un análisis de política jurídica*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Collao, L. (2010). Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XI, 117-163. <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/200>
- Rodríguez Devesa, J. (1981). *Derecho penal español, Parte General*. . Rodríguez Devesa.
- Rodríguez Fernández, S. (2017). ¿Ha de cumplir el bien jurídico protegido una función de garantía o legitimadora del Derecho Penal? Hacia una búsqueda de la legitimidad material de las normas penales. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*(23), 155-199.

- Rojas Franco, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Revista de la Facultad de Derecho* *PUCP*(67), 177-188.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3147/3513>
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública* (Cuarta edición ed.). Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Rojas Vargas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública (Tomo I)*. Mosright Jurídica E.I.R.L.
- Rubio Correa, M. (2009). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editoria.
- Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- Santy, L. (abril de 2015). El principio de presunción de licitud como límite a la potestad sancionadora del Estado en las contrataciones públicas. *Diálogo con la Jurisprudencia*(199), 246-247. <https://works.bepress.com/luiggiv-santycabrera/233/>
- Silva Sánchez, J. (2010). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. . Editorial B de F de Buenos Aires.
- Torres Pachas, D. (2012). Apuntes sobre el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias. *Proyecto Anticorrupción. IDHPUCP*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Comentariosjurisprudencial2.pdf>
- Torres Vásquez, A. (2001). *Introducción al Derecho*. IDEMSA.
- Vanossi, J. (1976). *Teoría Constitucional. II. Supremacía y control de constitucionalidad*. Depalma.
- Vásquez-Portomeñe, F. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública: teoría general*. Servicio de Publicación e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela y el Instituto Nacional de Administración Pública.
- Vílchez Chinchayán, R. (2011). Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo. *Ita ius esto*(8), 67-85.  
<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/314755>
- Vílchez Chinchayán, R. (2021). Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la administración pública en el Perú. *Revista de Derecho*. Año 2020, 22, 173-189.  
<https://revistas.udel.edu.pe/derecho/article/view/2911>
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley.
- Villavicencio Terreros, F. (2019). *Derecho Penal Básico. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú*.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170674/03%20Derecho%20penal%20b%C3%A1sico%20con%20sello.pdf>

Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H. (2018). Derecho Penal, Parte General. El delito y su estructura. C. Fontán Balestra, Trad., 46° edición alemana. Instituto Pacífico (Trabajo original publicado el 2016).

Zaffaroni, E. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Ediar.

Zaffaroni, E. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Ediar.  
[https://www.academia.edu/40234761/ESTRUCTURA\\_BASICA\\_DEL\\_DERECHO\\_PENAL\\_i\\_u](https://www.academia.edu/40234761/ESTRUCTURA_BASICA_DEL_DERECHO_PENAL_i_u)



## Normas

### Normas legales

Artículo 9 de la CADH

Artículo 22 de la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

Artículo 24 - la instigación-

Artículo 25 - la complicidad primaria y secundaria

Artículo 25.1 - de la Constitución Política del Perú

Artículo 36 - del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, aprobado por el Decreto Supremo N.º 011-2019-JUS

Artículo 46 de la Ley N° 29622, modificatoria de la Ley N° 27785 literal b)

Artículo 229 del TUO, numeral 229.3

Artículo 232 y los incisos 1, 2, 9, 14 y 18 del Art. 233 de la Carta Magna peruana

Artículo 248 del TUO de la Ley 27444, aprobado por D.S. N° 004-2019

Artículo 248 del TUO de la Ley 27444, Inc. 3 , 4, 6, 7

Artículo 261.1 del TUO de la Ley 27444, Inc. 9

Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG del Numeral 1.u “*in fine*”

Artículo IV del Título Preliminar del TUO, Inc. 1.1

Artículo IV del Título Preliminar del TUO, Ley N° 27444, numeral 1.4

Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPGA, Numeral 1.2

Artículo V del Título Preliminar del Código Penal

### Acuerdo plenario

Acuerdo Plenario Extraordinario N°1-2016/CIJ-116

Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112

### Jurisprudencia

#### Casaciones

Casación N° 1004-2017-Moquegua, sentencia del 26 de julio de 2018, SUMARIO, 2

Casación N° 1387-2022 del 29-08-2023

Casación N° 1437-2019 Sullana

Casación N° 1438-2018, La Libertad

Casación N° 1622-2023 LIMA

Casación N° 16163, publicada en El Peruano el 06 de mayo del 2024

Casación N° 17154-2022 CUSCO. F. 4, y 9

Casación N° 23232-2023 Lima

Casación N° 26035-2023 Lima

Casación N° 26830-2023 Lima

Casación N° 38004-2022 Lima

Casación N° 45174-2022 Lima

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

### **Legislación**

Código de Ética de la Función Pública

Código Penal peruano, Art. 23

Código Penal peruano, Art. 61, 68

Código Penal peruano, Arts. 105 al 360,

Código Penal peruano, Art. 247

Código Penal peruano, Art. 376, 376A, 376B

Código Penal peruano, Arts. 382 – delito de concusión

Código Penal peruano, Arts. 383 – cobro indebido

Código Penal peruano Art. 384 – colusión

Código Penal peruano Arts. 387 y 388 – delito de peculado doloso y culposo

Código Penal peruano - Capítulo II, Delitos Cometidos Por Funcionarios Públicos, Sección III: Art. 387

Código Penal peruano Art. 389 – malversación

Código Penal peruano Art. 393 y siguientes – delito de cohecho

Código Penal peruano Art. 399 - negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

Código Penal peruano - Título XVIII: Delitos Contra La Administración Pública

Código Penal peruano, Título XVIII

Código Procesal Civil, Numeral 1.2 del Art. IV del Título Preliminar del TUO; Incs. 3) y 4) del Art. 122

### **Constitución Política del Perú**

Constitución Política del Perú, literal d, Inc. 24 del Art. 2

Constitución Política del Perú, literal e, Inc. 24 del Art. 2 y Art. 1

Constitución Política del Perú Inc. 24-e del Art. 2

Constitución Política del Perú, Art. 1

Constitución Política del Perú, Art. 3

Constitución Política del Perú, Art. 103

Constitución Política del Perú, Art. 139, Inc. 3

Constitución Política del Perú, Art. 4, Arts. 50 (Concurso real de delitos) y 51 (Concurso real retrospectivo) del Código Penal

### **Convención**

Convención Americana, artículo 8

Convención Americana de Derecho Humanos, Art. 8, Inc. 2

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (suscrita por el Perú) - Art. 17, 19

Convención Interamericana contra la Corrupción, Art. IV, literal c), Inc. 1

### **Corte Suprema de la República**

Corte IDH, sentencia del 02-02-2001, Serie C, N° 72

Corte IDH, sentencia del 02-02-2001, Serie C, N° 72, F. 124

Corte Superior de Justicia - Lima Norte, Primera Sala Penal Liquidadora Exp. 1551-2014F. 7

Corte Suprema de Justicia del Perú, Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116

Corte Suprema de Justicia de Colombia sala de casación penal: Exp. 17871-2003

### **Decreto Legislativo**

Decreto Legislativo N° 276

Decreto Legislativo N° 728

Decreto Legislativo N° 1057

Decreto Legislativo N° 1351

Fundamento destacado 147

Fundamento destacado 148

Fundamento destacado 92

### **Recurso de nulidad**

Recurso de Nulidad N.º 27-2021 Lima Norte, 23-08-2021

Recurso de Nulidad N° 615-2015- Lima, de 16-08-2016, F. 2.1.1.1

Recurso de Nulidad N° 1780-2015-Tacna y Acuerdo Plenario 04-2005

Recurso de Nulidad N° 1883-2012, Junín

Recurso de Nulidad N° 1955-2018/LORETO

Recurso de Nulidad N° 3126-2014, Art. 139, inciso 3

Recurso de Nulidad N° 3763-2011/HUANCAVELICA

### **Resoluciones**

Resolución N° 03 - expediente número 026-18-19-5201-JR-PE-01

### **Radicaciones**

Radicación 39279

Radicación 40374

Radicación 406121

Radicación 407047

Radicación 413212

Radicación 54985

Radicación 59662

Radicación 60199

Radicación 60716

### **Sentencias**

Sentencias 00010- 002-AI/TC y 02050-2002-AA/TC del Tribunal Constitucional

Sentencia 75/1984, F. 5

Sentencia recaída en el Exp. N° 0019-2005-AI-TC

Sentencia recaída en el Exp. N° 2764-2020. F. CUARTO, 4.1.6

sentencia recaída en el Expediente N.º 00962-2021-PA/TC del 2 de febrero de 2023

Sentencia en Casación N.º 16618-2023, F. Tercero, 3.1

Sentencia en Casación No 1438-2018-La Libertad

Sentencia de Casación N° 02743-2009

Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2018/CIJ-433. F. 11

Sentencia 76/1990, del Pleno del Tribunal Constitucional Español

Sentencia del 6 de agosto de 2002, - Exp. N° 1003-1998-AA/TC. GF. 6

STC N° 0050-2004-AI/TC, F. N° 109

STC N° 0090-2004-AA/TC

STC N° 4289-2004-AA/TC, F. 2 y 3

**Tribunal Constitucional**

Tribunal Constitucional, Exp. 00579-2013-PA/TC

Tribunal Constitucional, Exp. 00875-2018-31

Tribunal Constitucional, Exp. N° 156-2012-PHC/TC, F. 9

Tribunal Constitucional, Exp. N° 01873-2009-PA/TC, F. 12, b; c

Tribunal Constitucional Exp. N.º 3101-2003-AA/ TC – ILO

Tribunal Constitucional, Exp. 03274-2021-PHC/TC

Tribunal Constitucional, Exp. N° 4532-2013-PA/TC14

Tribunal Constitucional, Exp.09810-2006-PHC/TC

**Otras resoluciones**

Apelación 07-2017, Cusco

Carta Magna peruana, en el Inc. 3 del Art. 239

Constitución Española, Art. 9

Constitución Española, Art. 15

Ley del Procedimiento Administrativo General, en el Art. 248, 248.9 del TUO

Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, Inc. 4 del Art. 10 del TUO,  
aprobado Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Ley Orgánica del Poder Judicial, Arts. 1, 3 y 4

Ley Orgánica del Poder Judicial Art. 12 del Texto Único Ordenado

Ley SERVIR, Ley N° 30057, Arts. 2 y 3

Normativa española, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público,  
Art. 27

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 15.1

Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Cuaderno de Apelaciones N° 24-  
2015 Santa; fundamento 6.2.2

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia del  
Perú, en la Casación N° 1089-2022 Lima

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, R.N. 2411-2017, F.  
Noveno

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, Apelación N.º 07-2017 – Cusco,  
Sentencia de Vista del 08-08-2019, F. 7.2

XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, F. 10