



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**El perjuicio en el delito de abuso de autoridad: Un análisis  
a propósito de la sentencia Casación 950-2018-Tumbes**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Luis Fernando Lachira Timaná  
Grecia María Vittoria Palacios**

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

**Piura, setiembre de 2022**



## **Aprobación**

Tesis titulada “El perjuicio en el delito de abuso de autoridad: Un análisis a propósito de la sentencia Casación 950-2018-Tumbes”, presentada por Luis Fernando Lachira Timaná y Grecia María Vittoria Palacios, en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.



Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán

Director de Tesis





### **Dedicatoria**

A nuestros padres, por el compromiso, esfuerzo y apoyo que nos han brindado desde el inicio de esta etapa profesional.

Asimismo, a quienes nos acompañaron durante este recorrido y han influenciado en nosotros, haciéndonos mejores profesionales.





## **Agradecimiento**

Un especial agradecimiento a nuestro asesor de tesis, el Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, porque a pesar de las circunstancias en las que nos encontramos actualmente, nunca dudó en apoyarnos y en seguir inculcando en nosotros la investigación y el amor por esta rama del derecho.







## Resumen

Tanto en Piura como en diferentes lugares del país, se han dado casos en los que se ejecutan intervenciones policiales produciendo daños a las personas intervenidas, quienes se convierten en víctimas de la fuerza policial. Si bien es cierto, una intervención policial es una medida para salvaguardar la seguridad ciudadana y los intereses públicos, dichas intervenciones se deben ejercitar sin ocasionar daño a nadie, más aún que, en determinados casos, esos daños y/o perjuicios llegan a ser graves e irreparables. El abuso policial que ha motivado el planteamiento de la presente investigación, con miras a analizar la conducta abusiva de algunos efectivos policiales que extralimitan su actuación, vulnerando los derechos subjetivos de los particulares y las normas que regulan sus funciones, en lugar de proteger a los ciudadanos.

Otro motivo para realizar este estudio ha sido el contenido de la sentencia emitida en la Casación N° 950-2018-Tumbes, en la cual se analiza el caso de un policía que en su abusiva intervención, disparó contra el intervenido (agraviado) ocasionándole la muerte; hecho que según la mencionada resolución judicial constituyó un homicidio simple y aplicando la reducción de la pena, conforme lo dispuesto por el artículo 22 del Código Penal (Responsabilidad restringida por la edad), se le condenó a tan solo cinco años y seis meses de pena privativa de libertad; pese a que en la misma sentencia se reconoce que el policía homicida ejecutó una conducta abusiva y evidenció el perjuicio causado por la intervención policial.

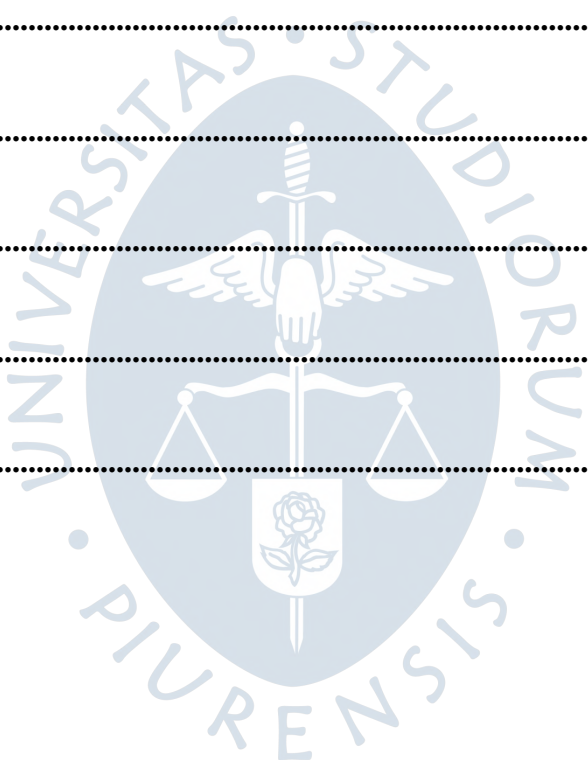
Por tanto, con el presente estudio pretendemos responder a las siguientes interrogantes: ¿Qué tipo de perjuicio configura el delito de abuso de autoridad? ¿Quién es la víctima en dicho delito? ¿Cabe establecer sanción penal o solo se trata de una falta administrativa? Interrogantes que se procurará resolver mediante esta investigación.



## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>13</b>
<b>Capítulo 1 ¿Qué significa perjuicio en el derecho penal?.....</b>	<b>15</b>
1.1 El daño y el perjuicio en la responsabilidad penal.....	15
1.2 Manifestaciones del perjuicio .....	17
1.3 El perjuicio en los delitos de resultado o de lesión.....	19
1.3.1 La lesión en los delitos de dominio.....	19
1.3.2 La lesión en los delitos de infracción de deber .....	21
1.4 El perjuicio en los delitos de peligro .....	23
1.4.1 Delitos de peligro abstracto.....	23
1.4.2 Delitos de peligro concreto .....	24
1.5 ¿Cómo se concreta el perjuicio en los delitos contra la Administración Pública? .....	25
1.6 ¿Cómo se resuelven los concursos de delitos? .....	28
1.6.1 El concurso aparente de leyes .....	29
1.6.2 El concurso ideal de delitos.....	31
1.6.3 El concurso real de delitos .....	33
1.7 ¿Sanción administrativa o delito? .....	36
1.8 Balance parcial.....	40
<b>Capítulo 2 El abuso de autoridad y el homicidio ocasionados por funcionario público.....</b>	<b>41</b>
2.1 El funcionario público .....	41
2.2 La incidencia del derecho penal en la relación entre el funcionario público y la administración pública.....	42
2.3 El delito de abuso de autoridad.....	43
2.3.1 Funcionario público que abusa de sus atribuciones .....	46
2.3.2 El verbo rector en un acto arbitrario.....	47
2.3.3 Receptor del perjuicio .....	49
2.4 El delito de homicidio.....	52
2.4.1. El homicidio como perjuicio en el delito de abuso de autoridad .....	52
<b>Capítulo 3 Casación 950-2018/Tumbes .....</b>	<b>53</b>
3.1 Hechos referidos en la sentencia casatoria .....	53

3.2	Desarrollo de la Corte Suprema.....	54
3.3	Análisis de la casación.....	55
3.3.1	Respecto a la Policía Nacional de Perú.....	56
3.3.2	Respecto al uso de la fuerza.....	57
3.4	¿Cómo se causó el perjuicio?.....	66
3.5	El resultado lesivo.....	67
3.5.1	Principio de lesividad material y fragmentariedad en el derecho penal.....	67
3.5.2	Daño psicológico y moral ocasionado a las víctimas secundarias del delito de homicidio.....	68
	<b>Conclusiones .....</b>	<b>71</b>
	<b>Recomendaciones .....</b>	<b>73</b>
	<b>Lista de abreviaturas .....</b>	<b>75</b>
	<b>Lista de referencias .....</b>	<b>77</b>
	<b>Documentos legales .....</b>	<b>79</b>



## Introducción

La ola de criminalidad cada vez se irradia con fuerza en la sociedad peruana, generando cada vez mayor inseguridad ciudadana. Frente a estos hechos delictivos, se han incrementado significativamente el número de intervenciones policiales, en aras de detener a quienes incurren en acciones delictivas y de salvaguardar la seguridad ciudadana y los intereses públicos, lo cual es aceptable frente al contexto actual en el que nos encontramos. Sin embargo, es reprochable si dichas intervenciones no se ejecutan de forma idónea y mesurada, generando graves e irreparables daños y perjuicios sobre las personas intervenidas; es decir, cuando el policía extralimita su actuación incurriendo en conductas abusivas que, en lugar de proteger a los ciudadanos, implican vulneración de sus derechos y de las normas legales, reguladoras de la función policial.

Uno de estos casos –el cual motivó nuestra investigación–, se originó el 12 de noviembre de 2013, en circunstancias que dos policías se desplazaban patrullando a bordo de una unidad policial, por una de las calles de la ciudad de Tumbes, advirtieron la presencia de un vehículo que circulaba a gran velocidad, en el que se encontraban dos personas de sexo masculino, conocidos porque solían transportar combustible de procedencia extranjera. Estas personas, al notar la presencia policial incrementaron la velocidad de su vehículo, en tanto que los policías los persiguieron hubo intercambio de disparos, dos de los cuales impactaron en el vehículo policial; pero es el caso que, en el recorrido se interpusieron otros dos vehículos, al parecer con la intención de irrumpir en la intervención del vehículo perseguido, permitiendo su fuga. Entonces, los policías lograron detener a uno de los vehículos que supuestamente habían impedido la labor policial; luego de lo cual el policía identificado como Jeyri Kevin Julca Dávila, bajó de la unidad policial y acercándose al vehículo detenido, efectuó disparos ocasionando que uno de los proyectiles se introdujera por el parabrisas posterior del vehículo e impactara en la cabeza de una de las personas que se encontraban dentro del vehículo detenido ocasionándole la muerte; hecho que se produjo pese a que la detención ya se había producido. Realizadas las pericias correspondientes se determinó que el proyectil de arma de fuego que causó la muerte de la víctima, salió del arma de fuego asignada y utilizada por el efectivo policial<sup>1</sup>. Este caso demuestra claramente que se causó un perjuicio irreparable al particular, dentro de un contexto de supuesto abuso de autoridad en la intervención policial.

---

<sup>1</sup> Sentencia Casación N° 950-2018/TUMBES, F. 3.

La conducta del efectivo policial se desarrolló en ejercicio de sus funciones, puesto que el hecho se produjo mientras se encontraba patrullando la ciudad, pero sin que se llegase a comprobar que las personas que iban en el vehículo que originó la persecución policial tenían o no relación con el agraviado; sin embargo, sí se demostró que la detención del vehículo en el cual se trasladaba el agraviado ya se había producido.

Por lo expuesto, en este trabajo hemos tratado de analizar la gravedad del perjuicio que causó la actuación del efectivo policial tanto al Estado como al agraviado fallecido; en cuanto al primero, el perjuicio generado por la vulneración de las normas que regulan la correcta actuación policial durante una intervención en ejercicio de sus funciones; y en cuanto al segundo, por el atentado contra los derechos de los ciudadanos, especialmente contra el derecho a la vida al habersele producido la muerte.

Asimismo, se ha analizado si la acción por parte del agente policial constituye un concurso aparente de leyes o la unidad de ley -unidad de acciones en estrecho contexto físico y temporal-, tal como lo manifiesta la Corte Suprema, o un concurso real de delitos -pluralidad de delitos independientes-; sin dejar de apreciar los hechos, teniendo en cuenta que una de las funciones policiales es velar “por la protección, seguridad y libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la población”<sup>2</sup>.

También se ha considerado el análisis sobre el abuso de autoridad tipificado en el Art. 376 del Código Penal y el perjuicio que se podría causar a la víctima por incurrir en este ilícito penal; para ello se ha analizado aspectos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales respecto a la conducta de los funcionarios que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario, así como lo concerniente al perjuicio considerando sus alcances, características y consecuencias.

Las dudas planteadas han sido resueltas a lo largo de esta investigación, y los resultados son presentados como un corolario de los contenidos desarrollados en los respectivos capítulos en los cuales también se incluye un análisis de la sentencia referida

---

<sup>2</sup> Inciso 6 del artículo III del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1267 – Ley de la Policía Nacional del Perú.

## Capítulo 1

### ¿Qué significa perjuicio en el derecho penal?

#### 1.1 El daño y el perjuicio en la responsabilidad penal

La responsabilidad penal se genera por la realización de un hecho criminoso, es decir, por la perpetración de un acto delictivo; en tanto que la responsabilidad civil surge en relación al daño que se causa a la persona agraviada o vulnerada en sus derechos, o a sus bienes. No obstante, en la responsabilidad penal se establece la reparación civil, para la cual se tiene en consideración tanto el resarcimiento del bien como la indemnización que debe cancelar la persona que originó el daño ocasionado al agraviado o a un tercero perjudicado por la comisión del delito, y siempre y cuando el hecho haya afectado los intereses o bienes de estos. Así ha quedado establecido en el artículo 93 del Código Penal, conforme al cual, además de la pena que el Estado pueda imponer, también se comprende a la reparación civil que debe cumplir con pagar la persona que incurrió en el ilícito penal, conforme se encuentra establecido en el inciso 2 de dicho artículo, en el cual se comprende a la indemnización de daños y perjuicios.

El daño se refiere a una pérdida patrimonial, aunque también cabe estimar la existencia de un daño no patrimonial como es el daño moral, que actualmente es analizado y aplicado en las sentencias tanto civiles como penales; inclusive cuando se trata de delitos de peligro abstracto<sup>3</sup> (no hay necesidad que se origine el peligro o el daño, pues basta con que se ponga en peligro a la persona o a un bien), o de un menoscabo de la imagen social o institucional. De allí que en el fuero civil se considera al daño emergente al daño personal, al daño material y al daño moral; en tanto que al lucro cesante se le considera como perjuicio.

Cabe precisar que el daño moral ha sido materia de innumerables criterios, tanto sobre su contenido como su acreditación y su cuantificación; pero lo que sí suele ser uniforme es que comprende el sufrimiento físico o psíquico que se causa a una determinada persona como consecuencia de la comisión de un delito; es decir a los hechos que por sí o por sus consecuencias afecta la reputación, el honor o la dignidad personal y que, por lo general, se produce a raíz de los delitos de injuria o de calumnia; y “comprende toda forma de perturbación psíquica, desde la angustia a la aflicción, desde el ansia al resentimiento, hasta comprender incluso el perjuicio social” (Musco y Fiandaca, 2006, p. 864).

---

<sup>3</sup> Se castiga una acción típicamente peligrosa o “peligrosa en abstracto”, sin exigir que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido (Recurso de nulidad 672-2016, Lima. F. 9)

Pero no es sencilla su determinación, sobre todo en cuanto a la afección psíquica; tan es así que conforme ha sido establecido en la Guía para determinar su afectación se precisa que se refiere a:

Signos y síntomas que presenta el individuo como consecuencia del evento violento, que para ser valorados dependen de su tipo de personalidad, estrategias de afrontamiento, autopercepción, madurez, experiencias personales, cultura, habilidades sociales, capacidad de resiliencia, percepción del entorno, entre otras, pudiendo estas interferir de forma pasajera o permanente (...) (Acuerdo Plenario N° 2-2016/CJ-116. F. 31).

Aunque hay autores que sostienen que este daño no debe quedar limitado al sufrimiento, a la angustia, al dolor o a la aflicción, sino que también debe comprender a cualquier lesión o interés que genere alteraciones que disminuyan o desfavorezcan las capacidades de la persona, de sus sentimientos y afectos (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina - Sala J. Exp. 36.536/06).

Por ejemplo, en el caso de un homicidio, se ocasiona daño moral a la familia, pues es incuestionable que la muerte de un familiar origina un sufrimiento psíquico y afecta significativamente a los integrantes del grupo familiar. A tal extremo que la jurisprudencia no obliga a acreditar fehacientemente el daño moral, partiendo del supuesto de que es innegable el sufrimiento de los familiares ante la muerte de un miembro de su familia.

Ahora bien, el perjuicio se refiere a la ganancia o al beneficio que la persona esperaba percibir y no lo ha obtenido en razón a algún incumplimiento o por la repercusión negativa de la comisión de algún delito y que inclusive puede comprender la disminución de la capacidad productiva de la persona que sufrió las consecuencias del delito.

En el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española (2020), se define al perjuicio como un detrimento personal o patrimonial; en tanto que, en la misma obra, en lo concerniente al derecho penal lo concibe como un daño causado por el delito. Es decir, el perjuicio implica el daño que produce la afectación, menoscabo o lesión de un interés jurídicamente reconocido que, como se ha afirmado, no necesariamente tiene que ser de naturaleza patrimonial, sino también puede ser extrapatrimonial; originándose, en todo caso, el resarcimiento de “daños y perjuicios” por parte del responsable.

Así pues, los esclarecimientos solo suelen ser establecidos por razones semánticas o doctrinarias, pero en el plano jurídico para el establecimiento de la responsabilidad penal, no tienen una aplicación en la que haya necesidad de establecer significación específica para estos términos, pues simplemente la reparación civil contempla en forma genérica los daños y



perjuicios y se establece una cantidad resarcitoria de conformidad a los medios probatorios y a las estimaciones de los jueces quienes establecen un monto de reparación civil que comprende ambos rubros.

Sin embargo, se puede apreciar una mejor diferenciación en lo expresado por la Corte Suprema:

La reparación civil abarca el resarcimiento del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, cuya funcionalidad debe corresponderse con las consecuencias directas y precisas que el delito generó a la víctima, por lo que su estimación debe ser proporcional al daño causado. (Recurso de Nulidad N° 1969-2016. F. 20)

## **1.2 Manifestaciones del perjuicio**

Salinas (2009) explica que el perjuicio, de conformidad con el acto que le da origen, puede manifestarse de diferentes maneras y su naturaleza puede ser económica, administrativa, de operatividad funcional, moral, política, civil, etc. Además, precisa que podrá recaer no solo sobre las personas naturales, sino también en las personas jurídicas, en razón de que el derecho se encarga de proteger a la sociedad en todos los aspectos posibles, promoviendo las buenas relaciones entre los particulares y el Estado, y evitando que los actos que se produzcan entre ambos, así como entre particulares, resulten perjudiciales para estos últimos. Por eso es que el derecho con sus regulaciones establece la obligación de resarcir los perjuicios que se pudiera ocasionar a las personas como producto de acciones personales o institucionales que causen menoscabo en los derechos de cualquier ciudadano e, inclusive de una persona jurídica.

Teniendo en cuenta que las actuaciones de los particulares pueden ser de diferente índole, es conveniente delimitar el tipo de perjuicio que debe ser resarcido con intervención del derecho penal, pues no todo ilícito penal debe implicar el resarcimiento, ni tampoco la absolución de una persona por la comisión del delito puede quedar totalmente libre de ser requerido para el pago de una reparación civil, como resarcimiento por daños y perjuicios que se haya podido generar en contra del agraviado.

Diferente es el caso de la intervención del Estado con su acción punitiva respecto a la comisión de un delito que debe merecer el respectivo proceso penal y, de ser el caso, la sanción correspondiente; ello sin dejar de tener en cuenta la opinión de diversos juristas, entre ellos Villavicencio (2003), quienes sostienen que dicha intervención solo debería efectuarse en aquellos casos en los que se producen ataques que revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia; posición que se sustenta en el principio de intervención

mínima o de *última ratio*; pero ello es aplicable siempre y cuando existan otros medios menos lesivos para sancionar a quienes actúan en contra de los mandatos o prohibiciones legales, o cuando las otras ramas del derecho no puedan satisfacer el resarcimiento que corresponde a la persona a quien se le haya vulnerado sus derechos.

Es cierto pues, que existen límites materiales o garantías penales a los que está sujeto el derecho penal, como se da con el principio ya comentado y con el principio de subsidiariedad, el cual precisa que el derecho penal solo debe aplicarse cuando los medios extrapenales de los que dispone el Estado para resarcir los daños no son lo suficientemente eficaces. Estos límites se justifican por la gravedad que revisten las sanciones penales, como es la pena privativa de la libertad, siendo que la libertad es un derecho fundamental y pilar de muchos otros derechos. Por ello, se considera adecuado lo establecido por la doctrina, al afirmar que los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social.

Por otro lado, es conveniente considerar que el perjuicio original puede sufrir modificaciones significativas en su resarcimiento como ser el caso en que sufra un decremento por causas ajenas al propio agraviado como ser que se produzca una excesiva demora en fijar la reparación y que, al momento del pago, el monto fijado sea insignificante al perjuicio sufrido ya sea por devaluación monetaria o por incremento de la inflación, pese a que ello pueda ser controlado con el cobro de intereses.

También puede darse el caso de un incremento del perjuicio en sí mismo; es decir, que los hechos objetivamente hablando sean iguales o similares, pero que el perjuicio recaiga sobre una u otra persona; así, por ejemplo, no será lo mismo el perjuicio que se ocasione a una persona mayor de edad, que al que se le ocasiona a un anciano o a un niño; habida cuenta que debe considerarse hasta el proyecto de vida de uno u otro; o que, en otro ejemplo, se accidente a una persona hemofílica, pues esta sufrirá mayores consecuencias y, por tanto, un mayor perjuicio, en comparación con una persona accidentada que no sufra de este mal.

Por otro lado, la indemnización del perjuicio no siempre se condice con la magnitud del daño ni expresará de manera adecuada la estigmatización de una conducta delictiva; independientemente del criterio basado en el principio de fragmentariedad que, según Binding (como se citó en García, 2019) “(...) no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro del conjunto de conductas lesivas solo deben ser sometidas a represión penal las más graves” (p. 137).

Por todo lo señalado anteriormente, debe resaltarse que no todos los perjuicios tienen las mismas manifestaciones ni son tratados de la misma forma por el derecho penal; es más,

para establecer la reparación civil frente al perjuicio causado por un delito debe establecerse con claridad y objetividad la existencia de una conducta antijurídica, el daño ocasionado; la relación de causalidad y el factor de atribución (Casación N° 1690-2017-Amazonas, F. 2.2); en tanto que en lo concerniente a la cuantificación debe establecerse teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y racionalidad.

### **1.3 El perjuicio en los delitos de resultado o de lesión**

Partiendo de la clasificación de los delitos de acuerdo al perjuicio causado al bien jurídicamente protegido, se tiene a los delitos de resultado o de lesión que, según García (2019) se configuran cuando los hechos que por su propia ejecución u omisión producen o pueden producir un resultado lesivo, constituyendo un perjuicio efectivo que recae o puede recaer sobre el objeto que representa al bien jurídico; es decir que para que se configure el acto delictivo debe producirse una efectiva lesión o perjuicio, desvalor del resultado.

Para desarrollar esta idea, es preciso tener en cuenta que el derecho penal tiene como función proteger los bienes jurídicos y, conforme a ello, validar su intervención punitiva. Por eso, para comprender mejor el alcance de los delitos de lesión, es necesario recurrir al principio de lesividad, según el cual la pena se impondrá únicamente a conductas que lesionen o, por lo menos, pongan en peligro el bien jurídico. Sin esa lesividad de la conducta, no es posible sustentar la imposición de la sanción penal (García, 2019).

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, hace referencia a esta exigencia al prescribir: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados en la ley”; lo que implica que según el derecho penal habrá legitimación para la intervención de la acción punitiva del Estado que se produzca una lesión, o por lo menos una amenaza al bien jurídico protegido. Ante esto, para imputar un delito que cause lesión es necesario que se produzca un resultado, el cual consistirá en el perjuicio que se cause sobre el objeto que representa el bien jurídico. Además, para sancionar un delito de lesión no solo basta la imputación del comportamiento, sino que se pueda imputar objetivamente el resultado de lesión estipulado en el tipo penal correspondiente (García, 2019). Siguiendo la idea de Günther Jakobs (como se citó en García, 2019), la imputación del resultado requiere determinar previamente que la lesión del objeto positivamente valorado podría haber sido evitada, si no se hubiese llevado a cabo la conducta penalmente prohibida.

#### **1.3.1 La lesión en los delitos de dominio**

En los delitos de dominio se debe establecer la competencia del autor para la concretización del hecho delictivo y para determinar sanción será necesario que, por lo

menos, se haya dado inicio al hecho que ha de causar la lesión del bien jurídico tutelado o lo ha de poner en peligro de sufrir la lesión.

El perjuicio que causa la lesión sobre el bien jurídico en los delitos de dominio, en los cuales, los bienes jurídicos que se protegen generalmente son derechos fundamentales (por ejemplo, a la vida, a la salud, a la propiedad, etc.) Es conforme al derecho penal que en el Código Penal han quedado establecidas las penas que se puede imponer ante la vulneración de los bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo, si una persona dispara a otra con la intención de matarla, estará atentando contra el bien jurídico protegido que es el derecho a la vida, y el derecho penal establece las respectivas penas; así se sancionará el homicidio (homicidio simple, homicidio calificado, parricidio, feminicidio, sicariato, etc.), aborto, lesiones, exposición a peligro o abandono de personas en peligro, cada uno según sus modalidades. Para su respectiva imputación debe haberse determinado la competencia del autor.

Según Günther Jakobs (2016), los delitos de dominio se clasifican de acuerdo a las competencias de organización de los individuos que participan en los hechos constitutivos del delito. En virtud de ello, atendiendo a los llamados roles generales, el fundamento para la imputación es la separación y la autonomía organizativa para la realización del delito. Ello supone el deber que tienen los ciudadanos de no lesionar las esferas de organización de los demás; lo cual indica que toda persona es libre de organizarse individual o colectivamente, pero sin afectar a otros por su indebida organización; es así que la persona será libre de administrarse, pero asumiendo la responsabilidad de sus actos. La infracción de este rol podrá dar lugar a los llamados delitos de dominio.

Conforme a la Teoría planteada por Roxin (1997), Teoría del dominio del hecho, el autor será quien tiene pleno conocimiento del hecho criminal; esto es que conocía, o que tuvo posibilidad de conocer que su conducta estaba prohibida, incluso antes de la comisión del hecho delictivo; era consciente de que podía incurrir o estaba incurriendo en delito; no obstante, ello debe ser complementado con la tipificación del hecho, dado que si esta no existe, aunque el agente considerara que su accionar estaba sancionado penalmente, la inexistencia del tipo penal implicará la inexistencia del delito.

Por tanto, quien planifica el hecho delictivo, lo ejecuta y lo consuma, teniendo pleno conocimiento de los posibles perjuicios que puede llegar a causar es quien tiene el dominio del hecho. En caso de pluralidad de agentes en la realización del ilícito penal, puede haber un autor directo, quien tiene el dominio mencionado, un autor mediato (persona utilizada como instrumento por parte del agente para la producción del hecho criminoso) o coautores

(quienes participan en la concreción del delito en base a una decisión común, quienes responderán penalmente como si cada uno de ellos fuera autor del delito). Sin embargo, si los hechos delictivos son cometidos por más de una persona; quienes, de alguna u otra forma, están involucrados en la lesión a un bien jurídico protegido, teniendo una intervención secundaria en el ilícito penal, serán considerados como partícipes.

Sobre esto último, Jakobs (2016) y su “autoría como competencia preferente por la configuración del hecho”, la distinción entre el autor y el partícipe, se da en que si bien es cierto ambos participan en su comisión, el autor es un componente preferente con mayor dominio del hecho, en tanto que el partícipe solo realiza el hecho en forma parcial, actúa u omite solo sobre una parte del hecho.

Así, tanto el autor como el partícipe generan un solo injusto en la ejecución del delito, pero el partícipe no lesiona directamente el bien jurídico, aunque sí participa en el ataque que realiza el autor<sup>4</sup>.

El partícipe solo puede lesionar el bien jurídico mediatamente, favoreciendo el hecho del autor. Consecuentemente, el injusto del partícipe es completamente dependiente y está completamente derivado del injusto del autor, solo el modo en que se lleva a cabo esa infracción es distinto. (Vílchez, 2020, p. 33)

### **1.3.2 La lesión en los delitos de infracción de deber**

Jakobs (2016), además de las competencias por organización, también se refiere a las competencias institucionales ya que las personas no solo se desarrollan al interior de su propia organización –en la cual tienen libertad para administrarse–, sino que también se fijan relaciones estables con otras personas, distribuyéndose roles especiales derivados de las instituciones sociales que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras, y que le son atribuidos a algunos sujetos especiales que, además, serán titulares de deberes positivos que deben cumplir. En ese sentido, Vilchez (2021) afirma que si la persona que ostenta aquel rol especial infringe esos deberes positivos que le han sido derivados de la vinculación institucional, se le podrá imputar penalmente el hecho que ha causado el perjuicio sobre la institución social respectiva. Es en este caso donde se trata de delitos de infracción de un deber.

---

<sup>4</sup> Cfr. Vilchez Chinchayán, “Los delitos contra la Administración pública en el Perú: aproximación a una clasificación tripartita”, p. 33: “Dicho de otra manera, el partícipe solo puede lesionar el bien jurídico mediatamente, favoreciendo el hecho del autor. Consecuentemente, el injusto del partícipe es completamente dependiente y está completamente derivado del injusto del autor, solo el modo en que se lleva a cabo esa infracción es distinto”.



Además, existe diferencia entre los delitos especiales<sup>5</sup> y los delitos de infracción de deber, puesto que los primeros pueden ser también delitos de dominio. Considerando ambas clasificaciones, se puede determinar que la diferencia consistirá en señalar que los delitos comunes y especiales se encuentran en un plano formal establecido por el legislador; mientras que, como lo ya mencionado, la distinción entre los delitos de dominio y de infracción de deber encontrará sentido en un plano material. Es aquí que la teoría que asimila a los delitos especiales con los delitos de infracción de deber queda desechada.

En los delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios públicos, el agente posee un estatus especial, por eso, estos delitos no son cometidos por cualquier persona, sino solo por aquel sujeto vinculado institucionalmente a una entidad de la Administración Pública y que lo ejecuta incumpliendo alguna de sus funciones o alguno de los deberes especiales que le han sido atribuidos. En consecuencia, resultan irrelevantes las consideraciones que tenga sobre el dominio, ya que se le exige el cuidado solidario del bien jurídico que deba ser protegido por dicha institución

El delito contra la administración pública cometido por funcionarios públicos contempla como autores solo al agente que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. (Salinas, 2015, p. 115)

Así, en los delitos de infracción de deber, no cualquier sujeto podrá ser autor del delito, sino, solamente aquellos sujetos cualificados con facultades otorgadas por el Estado, quienes han intervenido en la comisión del hecho delictivo, infringiendo y lesionando aquellos deberes que le han sido atribuidos. El tipo de lesión o perjuicio que se causa en estos delitos, no solo recae sobre los derechos fundamentales o sobre bienes materiales, sino que, además, se causa un perjuicio grave y se establece una relación especial entre el objeto de la acción y el sujeto cualificado.

Entonces, en este tipo de delitos concurren los siguientes componentes: “calificación o calidad singular del sujeto activo; vinculación estrecha con el bien jurídico; deberes especiales de salvaguarda y fomento de dicho bien objeto de tutela penal; conducta típica restrictiva; y quebrantamiento o violación de dichos deberes” (Rojas, 2007, p. 75).

---

<sup>5</sup> En este estudio solo se centra atención en los delitos especiales de infracción de deber, dado que el tema principal abarca lo concerniente al delito contra la Administración Pública: Abuso de autoridad

## 1.4 El perjuicio en los delitos de peligro

En cuanto al perjuicio que se puede causar al bien jurídico tutelado sobre el que recae el delito, en el derecho penal no solo se considera punible la producción de la lesión, sino también la ejecución de determinadas conductas que pongan en peligro dichos bienes jurídicos. Tan es así que Prado (2011) sostiene que, en el delito de peligro, la consumación no se encuentra supeditada a la lesión efectiva del bien, sino que, en la relación entre el peligro y la realización del mal futuro, se encuentre un nexo de posibilidad.

Al constituir un adelantamiento al poder del Estado, debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso concreto, de tal forma que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, que contravendría los principios de ultima ratio (...), sino que se verifique el interés particular del sujeto activo, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva. (Casación N° 67-2017. F. 37)

En efecto, se impondrá un castigo penal no ante el resultado material que se cause (daño o lesión), sino ante la posibilidad de que se cause cierto perjuicio o menoscabo sobre el bien jurídico que se intenta proteger. De esta manera, los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal antes de que se produzca la lesión en los ámbitos que la norma pretende proteger. (Corigliano, 2006)

Para Hassemer (1989), los delitos de peligro son “aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar (p. 275), sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión –peligro concreto–, o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido –peligro abstracto–.

Es por ello que, en la normativa se considera como elemento del tipo penal a la conducta peligrosa que se pueda tener en contra del bien jurídico protegido, sin que sea necesario que se demuestre el peligro que pudiera haber sufrido el bien jurídico; aunque también es cierto que se debe evaluar si el peligro es realmente idóneo para la producción de posible lesión al bien, lo que supondría una presunción *iuris tantum*. De no existir posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado lesivo la conducta no sería punible dado que no habrá un nexo causal entre el peligro y el bien jurídico protegido. En consecuencia, no habría perjuicio.

### 1.4.1 Delitos de peligro abstracto

Son delitos en los que solo se presenta un desvalor potencial de resultado o de lesión. García (2019) manifiesta que mediante la tipificación de estos delitos se pretende sancionar

ciertos comportamientos caracterizados por su peligrosidad general, sin que ello suponga la puesta en peligro de manera efectiva o la lesión de algún objeto que represente al bien jurídico. Es decir, que antes de que se materialice la lesión en el objeto jurídicamente protegido, por el simple hecho de que la conducta entrañe peligro contra el bien protegido, ya se configura el ilícito penal.

Este mismo autor sostiene que se necesita únicamente que la conducta haya sido capaz de producir, en las circunstancias específicas, un resultado de lesión o de peligro penalmente desvalorado, sin que se requiera que dentro de su radio de acción exista un objeto que represente el bien jurídico.

Sirva de ejemplo el delito de conducción en estado de ebriedad, en el cual no es necesario que se produzca un daño para que sea atribuido; pues el simple hecho de conducir un vehículo automotor bajo la ingesta de sustancias alcohólicas, en mayor cantidad de la establecida legalmente, hace posible la intervención del derecho penal. Es por ello que estos delitos no dejan de ser objeto de críticas, pues el ilícito penal se configura y se sanciona solo por el hecho de constituir acciones peligrosas sin que se haya lesionado ningún bien jurídico protegido. No obstante, Rojas (2019, p. 100) precisa:

Con la regulación de los delitos de peligro abstracto no se vulneran algunos principios o garantías del Derecho Penal, ya que se trata de una política criminal de adelantamiento de barreras punitivas para mantener un estado social seguro; no se vulnera la presunción de inocencia porque existe una construcción dogmática que busca proteger bienes jurídicos de mayor jerarquía.

Para que los delitos de peligro abstracto sean punibles, como ya se ha expresado, no implica que cualquier configuración del peligro abstracto sea admitida como punible, pues será necesario que se cumpla con determinados requisitos para que sí se considere punible: a) que la conducta prohibida esté claramente descrita, b) que sea visible su referencia a un bien jurídico y c) que no vulnere el principio de culpabilidad. “Si la incriminación del peligro abstracto cumple con estas exigencias, no se afectarán las garantías constitucionales y podrá ser considerada legítima. Por el contrario, si no son tenidas en cuenta, tal incriminación devendrá en ilegítima.” (García, 2019, p. 456)

#### **1.4.2 Delitos de peligro concreto**

En los delitos de peligro concreto la sanción penal solo se justifica si se llega a comprobar, tanto la conducta tipificada como el peligro concreto sufrido por el bien jurídico protegido; es decir, debe haber comprobación del resultado lesivo. Por lo tanto, a diferencia de los delitos de peligro abstracto, se requiere la existencia de un peligro inminente respecto



al bien jurídico protegido, aunque no es indispensable que la lesión se llegue a producir realmente.

Calderón (2021) señala que conforme a estos delitos el objeto material ha generado un efectivo peligro de verse vulnerado y, para su punición es necesario que se pruebe la existencia del peligro corrido. Es decir, el riesgo debe ser verificado *ex post* operando una presunción *iuris tantum*, por lo cual para que haya sanción penal, la acción realizada e imputada admite prueba en contrario. Es decir, para que se realice la imputación de los delitos de peligro concreto, será imprescindible que el bien jurídico protegido se vea vulnerado por un riesgo que necesariamente debe ser comprobado.

Por ejemplo, en el Código Penal se establece el ilícito penal: Exposición o abandono peligrosos, cuya tipificación es la siguiente:

El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. (Código Penal: Art. 125°)

Lo que este tipo penal recoge es la puesta en peligro de la vida; es decir, el sujeto activo expone a una persona a un posible e inminente riesgo de sufrir un daño, sin que sea necesario que la muerte se llegue a producir.

En conclusión, según el principio de lesividad, no solo se puede sancionar penalmente conductas que causen perjuicio a través de la lesión del bien jurídico, sino que, en algunas ocasiones es suficiente la puesta en peligro del mismo.

### **1.5 ¿Cómo se concreta el perjuicio en los delitos contra la Administración Pública?**

Reiterando lo antes señalado, el perjuicio, de acuerdo a su naturaleza, puede concretarse de diferentes maneras (económica, administrativa, moral, civil, etc.). Para que sea materia de involucramiento penal, se requiere que el acto se exteriorice a través de una acción u omisión por parte del agente y que se vulnere o ponga en peligro los derechos del agraviado.

Asimismo, según Vílchez (2020) las esferas de organización de los sujetos de una sociedad necesitan vincularse entre sí para consolidar la existencia del bien común; es por eso que existen roles especiales, ostentados por algunos sujetos cualificados que vinculan de cierta forma una esfera de organización con otras. En la administración pública es que estos roles se presentan concretamente, y es en sus entidades o en ejecución de las funciones inherentes a sus funcionarios que se puede producir su vulneración; es por ello que el Código

Penal, en su Capítulo II del Título XVIII ha concretado la tipificación de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos (artículos 376 al 401).

Conforme a estas normas, los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos son delitos de infracción de deber, en el sentido que existe una relación entre el autor (funcionario público) y el bien; relación que no está definida únicamente de modo negativo, sino también en forma positiva precisándose el estatus del autor en relación con el bien. Las conductas infractoras de dichas normas originan que haya responsabilidad penal del sujeto -funcionario público (*intraneus*)- pudiendo incluirse a personas ajenas a la función pública pero vinculadas a ella por sus acciones (*extraneus*), lo cual no se determina por el ámbito de organización de los agentes del delito sino por medio de ese estatus. (Vílchez, 2021)

Para una mejor comprensión de los ilícitos referidos, es conveniente precisar lo relativo al bien jurídico protegido por la ley penal. Este se encuentra constituido por el correcto funcionamiento de la Administración Pública que se trata de proteger en función de que haya un buen ejercicio de la actividad administrativa. Cabe precisar que no se protege a la administración pública, como organización concreta, ni a su prestigio o correcta imagen, sino por las instituciones que comprende, y que funcionan para servir a los ciudadanos, especialmente en cuanto a la satisfacción de las necesidades públicas, sin perjuicio de atender los requerimientos particulares de conformidad con los roles de cada entidad que la conforma. Justamente por eso, es que se han establecido los delitos comprendidos en el Capítulo II del Título XVIII y, así, poder sancionar las conductas no solo de los funcionarios y servidores públicos, sino también de los particulares que incurren en dichos ilícitos.

Vílchez (2021), también manifiesta que, en el plano normativo, sería preferible hacer referencia a los deberes de los funcionarios que al buen funcionamiento de la Administración; pues lo que más interesa es que estos cumplan adecuadamente sus funciones. Sin embargo, dada la realidad, también interesa que se sancione si no las cumplen e incurren en conductas vedadas por la ley penal. El mismo autor añade:

La sanción penal no responde a un mero incumplimiento, sino que tiene cabida si con ella se logra *reafirmar un determinado sector básico* (por ejemplo, ejercer las funciones propias de una autoridad o funcionario público) o *desalentar cierta clase de conductas que conviene reprimir* (por ejemplo, resistir o desobedecer la orden de un funcionario o servidor público que actúa en legítimo ejercicio de su cargo). (Vílchez, 2021, p. 45)

De esta manera, tras la comisión de una conducta penalmente relevante contra la administración pública, el Estado encuentra legitimidad en su acción punitiva, debido al desequilibrio que se genera en la sociedad, no tratándose de un acto de simple desobediencia, sino de una transgresión de las normas constituyendo un ilícito penal. Por eso, la manifestación contraria a lo debidamente normado y que se encuentra tipificado como delito contra la administración pública no debe quedar sin sanción penal, puesto que con tales conductas se impide el funcionamiento adecuado de las entidades públicas y el desarrollo normal de la sociedad.

La crítica a este punto de vista es que podría suceder una intervención penal frente a cualquier actuación que se considere ilícita y con ello asegurar una injerencia estatal que podría resultar perjudicial. Sin embargo, esta crítica resulta infundada ya que la intervención del derecho penal está dirigida a la protección de espacios e intereses socialmente valorados. Pero, tal como lo afirma Vílchez (2021), esta intervención estatal tiene un fundamento material dirigido a excluir al máximo la posibilidad de que se efectúe sin razón o sin sentido, sino para que se desarrolle para proteger solo a aquellas funciones e instituciones cuya desprotección penal daría lugar a reacciones disfuncionales y lesión a los intereses públicos y/o privados. En consecuencia, se trata de permitir que las personas puedan desenvolverse normalmente confiando en que los funcionarios actúen en estricto cumplimiento de sus funciones y deberes.

Vílchez (2021) también precisa que, las conductas contra la administración pública encuentran al bien jurídico-penal protegido en el cuestionamiento respecto a las conductas tipificadas en las normas penales y no en la contribución al mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, producto de la vinculación existente los funcionarios públicos y el Estado (por eso, el sujeto pasivo es el Estado). Por ende, se trata de dar protección penal a aquellos deberes y expectativas normativas que se hayan más proclives a ser cuestionados.

En caso se produjera la afectación a las normas que regulan la actuación del funcionario público, la administración pública y, por lo tanto, el Estado, será el directamente afectado y determinado como el sujeto pasivo genérico del delito, por ser el titular del bien jurídico afectado. No obstante, no siempre habrá coincidencia entre el titular del bien jurídico y la víctima del delito, dado que, además de causarse perjuicio al Estado (al vulnerar el funcionario público las normas que lo vinculan), también se podrá afectar derechos subjetivos de particulares; por tanto, sujeto pasivo no solo sería el Estado, sino también el particular que resulte afectado; ambos afectados y/o víctimas del perjuicio, por lo que ambos deben ser considerados como sujetos pasivos; pero también puede darse en caso en que solo el

particular sufra el perjuicio y sea considerado como sujeto pasivo. Existe jurisprudencia al respecto: “(...) se considera como agraviado al Estado de manera equivocada, toda vez que, en el delito de abuso de autoridad, el sujeto pasivo es el particular”. (Exp 1697-2001-Ancash)

### 1.6 ¿Cómo se resuelven los concursos de delitos?

La ejecución de ciertos comportamientos delictivos por parte del agente, puede generar que sean comprendidos no solo dentro de un tipo penal sino de un conjunto de ellos. En tal sentido, la doctrina penal ha considerado agruparlos en dos tipos de concurso de delitos. Por un lado, el concurso aparente de leyes (o también llamado concurso aparente de delitos), que se considera cuando concurren más de dos tipos penales en la ejecución simultánea o inmediata de los hechos; en base al cual, para la sanción punitiva, solo podrá aplicarse uno, desplazando a los demás tipos penales concursantes. Asimismo, se tiene el concurso propiamente dicho, que puede ser: concurso ideal o concurso real de delitos, en los que son aplicables diversos tipos penales. Para esclarecer la aplicación de alguno de estos tipos de concurso, es menester establecer un criterio objetivo para determinar cuándo existe unidad o pluralidad de acciones.

Villavicencio (2006) analiza el criterio denominado *unidad de acción natural*, y (...) “plantea que se está ante una acción, si distintos actos de carácter parcial están guiados por una unidad de voluntad y conectados espacial y temporalmente, de manera tan estrecha, que sean percibidos como una unidad por un observador ajeno. (Villavicencio, 2006, p. 681) Criterio que ha merecido innumerables críticas en el sentido que permitiría evitar la consideración de un concurso de delitos y, con ello, una mínima sanción penal.

Este mismo autor también analiza el criterio *óntico-normativo*, para poder establecer la unidad o la pluralidad de las acciones en un hecho delictivo; así considera dos factores final y normativo. El primero de ellos es fundamental, pues analiza la voluntad del agente, la cual dirige y da sentido a una pluralidad de conductas aisladas, pero dirigidas al logro de una finalidad, de acuerdo a la valoración objetiva de una realidad temporal y de la experiencia de vida del autor<sup>6</sup>.

Con respecto al factor normativo, se fija atención en la estructura del tipo delictivo en cada caso particular, para efectuar una valoración jurídica de los hechos previa verificación de si se trata de una única resolución, que finalmente conjunción de varios actos físicos en una sola unidad de acción que estén considerados como elementos constitutivos del tipo penal.

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, en el caso del hurto en el que el autor, para ejecutar su acción, realiza actos preparatorios como ser el procurarse el conveniente conocimiento sobre la rutina de la víctima, conseguir la participación de un cómplice, calcular los inconvenientes y la forma de eludirlos, etc., para luego realizar el acto de sustracción y apoderamiento del bien.

Así, esa pluralidad de actos físicos generará un sentido de unidad de acción, pero que debe estar considerada como tal en el tipo penal.

También formula la idea de la “unidad jurídica de acción”, que se establece cuando el criterio subjetivo de la unidad de acción se relaciona objetivamente con la ejecución de la conducta que se encuentra determinada en el tipo penal; es decir, se constituye si el agente desde el principio de su decisión de ejecutar el hecho delictivo orienta su accionar precedente a la comisión del ilícito hacia la ejecución de los hechos constitutivos del mismo, mediante una sucesión de diversos actos para el cumplimiento de su propósito delictivo.

De los criterios especificados, cabe precisar, juntamente con lo aseverado por el mismo autor que, para valorar correctamente la unidad de acción, es más adecuado el criterio óntico-normativo o jurídico, y es el que proporciona mayor sentido al tipo penal infringido.

### **1.6.1 El concurso aparente de leyes**

En el concurso aparente de leyes, la conducta del autor está subsumida en varios tipos penales que podrían ser aplicables a un determinado hecho con el cual se ejecuta del injusto penal; no obstante, uno solo de ellos será suficiente para determinar el tipo penal aplicable. Es decir, la conducta delictiva podrá ser subsumida en varios tipos penales, pero en uno solo de ellos se comprenderá en forma más específica y trascendente el sentido jurídico-penal de los hechos ejecutados por el agente delictivo, generando un desplazamiento de los otros tipos penales que sean concurrentes.<sup>7</sup>

A pesar de que un sector de la doctrina penal discute el término “aparente”, debido a que consideran que la conducta del agente no implica la comisión de un conjunto de delitos por los que debiera responder, se debe tener claro que realmente sí se produce una concurrencia de tipos penales que podrían encajar suficientemente para comprender un hecho considerado delictivo; es decir, que la conducta del autor podría ser subsumida en diversos tipos penales que podrían serle aplicables; por lo que es correcto decir que existe un concurso de leyes. No obstante, García (2019) manifiesta que la diferencia entre el concurso de leyes y el concurso de delitos, está en que en el primero, existe un único delito pluralmente normado (dos o más tipos penales aplicables)<sup>8</sup>, en tanto que, en el segundo, sí se presenta realmente un conjunto de delitos.

<sup>7</sup> García Caverro (2019) propone el siguiente ejemplo: “la conducta de quien mata a su padre, puede subsumirse en la formulación típica del delito de homicidio simple y del delito de parricidio, pero basta solamente esta última para abarcar el desvalor total de la actuación concreta. El delito de parricidio es castigado con una pena que tiene en cuenta el hecho de matar a otro, a lo que se suma la circunstancia de que ese otro es además una persona con la que el autor tiene una estrecha vinculación familiar”. (p. 848)

<sup>8</sup> En el Código ha quedado establecido como concurso ideal de delitos -artículo 48- que establece: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho (...)”



Para resolver el concurso aparente de leyes, la doctrina penal ha establecido tres principios que ayudarán a determinar la norma aplicable frente a otras que concurren en un mismo hecho delictivo y que no siempre se aplicará la norma que contenga la mayor sanción de acuerdo al tipo penal, sino la que mejor subsuma al hecho.

**1.6.1.1 Principio de especialidad.** Este principio determina que, al concurrir dos o más tipos legales, el tipo legal que contempla de manera más específica los hechos excluye a los demás, que lo regulan de manera más general. Bacigalupo expresa “Al utilizar este principio, debemos ubicar al precepto penal que incluya la mayor parte de los hechos, es decir, que tenga todos los elementos del otro tipo penal; pero, adicionalmente, algún elemento que indique un fundamento especial de la punibilidad”. (Como se citó en Villavicencio, 2006, p. 713)

Por ejemplo, el delito de parricidio (regulado en el artículo 107 del Código Penal) recoge de manera más específica a los elementos contenidos en el delito de homicidio simple (regulado en el artículo 106 del Código Penal), y además adiciona ciertos criterios que le otorgan un carácter especial, siendo este el que primará en el caso concreto; lo cual resulta contradictorio con lo prescrito en el Código Penal, pues correspondería aplicar el parricidio por poseer la pena más grave). En tanto que García (2019) explica que este principio es el más adecuado para resolver todos los casos en los que se presenta un concurso aparente de leyes; pero que, sin embargo, este limita su aplicación “a los casos de mayor intensidad o precisión en la descripción típica de ciertos supuestos”. (p. 851)

Villavicencio (2006) citando a Bacigalupo, Quintero y Bramont Arias, precisa que la “(...) relación de especialidad entre dos tipos legales, se presenta normalmente entre delitos básicos con los calificados o privilegiados (por ej. homicidio con asesinato), y entre tipos simples con los tipos compuestos (por ej. hurto en relación al robo)”. (p. 713)

**1.6.1.2 Principio de subsidiariedad.** Conforme a este principio, cuando no sea posible aplicar la norma principal, se aplicará la norma subsidiaria; es decir, ante la realización de un hecho delictivo –en los cuales concurren dos tipos penales–, no es posible la aplicación del tipo que abarca la pena más grave, sino que, se aplicará el tipo penal subsidiario que, normalmente, tendrá una pena menor pero que regula los hechos delictivos de manera idónea. No debemos entender este principio como una relación género-especie, porque de esa manera se confundiría con el principio de especialidad.

Villavicencio (2006) explica que la subsidiariedad podrá ser expresa cuando el texto penal indique cual será el tipo penal prevalente, ya sea remitiendo a otro o utilizando expresiones relativas a la aplicación del delito más grave; y será tácita si no está tipificada en

el texto penal, pero se puede determinar mediante la interpretación; por ejemplo, la tentativa es subsidiaria respecto a la consumación del delito; o el delito de actos contra el pudor (regulado en el art. 176 del Código Penal) es aplicado subsidiariamente respecto a la violación sexual (regulado en el art. 170), si es que este último delito queda determinado en grado de tentativa.

**1.6.1.3 Principio de consunción.** Finalmente, el principio de consunción se aplica en aquellos casos en los que la sanción prevista en una ley penal engloba el supuesto de hecho de otra ley penal bajo la lógica de un solo suceso conjunto; es decir, cuando el delito más grave incluye a otro menos grave, por lo que habrá un tipo penal que consume el supuesto de hecho contenido en la ley penal consumida, desplazándola en su aplicación.

El ámbito de aplicación de la consunción podrá operar en base a una acción o una pluralidad de acciones. En el primer supuesto se denominará hecho acompañante típico que se configura, por ejemplo cuando el hurto agravado consume a los daños causados a los bienes; en tanto que cuando se trata de una pluralidad de acciones, se trata del denominado hecho posterior copenado, que implica la ejecución de acciones posteriores a otra infracción realizada precedentemente y destinadas a concluirla o para ser utilizada con fines de protección a la posible persecución del hecho delictivo; pero, siempre y cuando el daño inicial no resulte incrementado por el ilícito posterior; por ejemplo la utilización de un documento previamente falsificado.

### **1.6.2 El concurso ideal de delitos**

El concurso ideal de delitos se configura cuando concurren dos o más infracciones delictivas producto de una sola acción ejecutada por el mismo individuo; es decir, la misma acción penalmente relevante puede quedar subsumida en más de un tipo penal, aun siendo de diferente o de la misma naturaleza. En cuanto a esta figura jurídica puede haber dos tipos de concurso ideal; el concerniente a delitos homogéneo (infracción a la misma ley penal) y el otro a delitos heterogéneos (infracción de diferentes leyes penales). Pero es esencial y determinante que haya unidad de acción, aunque las finalidades sean diversas, pues de no ser así, podría generarse confusión con el concurso real de delitos.

Se diferencia del concurso aparente de leyes en que este comprende el hecho de que un tipo penal desplaza a otros que podrían ser concurrentes, mientras que en el concurso ideal todos los tipos legales que subsumen el hecho deben ser considerados para establecer la sanción penal. Es por eso que el artículo 48 del código penal lo comprende al establecerlo determinado: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta

con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”.

Sobre esta figura jurídica, la doctrina discute dos teorías acerca de su naturaleza: La teoría de la unidad y la teoría de la pluralidad. La primera considera que cada delito constituye necesariamente una acción que se realiza constituyendo varios tipos penales (unidad de delito); sin embargo, la que se considera más adecuada al concurso ideal de delitos es la teoría de la pluralidad, según la cual una sola acción configura varios tipos penales, ya que acepta como punto de referencia, la variedad de tipos en que incurre el autor del delito, aunque se trate de un solo hecho y realizado por el mismo autor.

Villavicencio (2006) precisa que para que haya concurso ideal de delitos deben concurrir ciertos requisitos:

**Unidad de acción:** El sujeto activo realiza una acción mediante la cual procura obtener varios resultados; es decir, tiene el propósito de lograr un resultado múltiple con la ejecución de una sola acción o la incurrencia en una sola omisión.

**Doble o múltiple desvaloración de la ley penal:** Se produce cuando el agente con una sola acción u omisión incurre en un conjunto de infracciones penales; es decir que la sola acción o la sola omisión, servirá para que se constituya una pluralidad de hechos delictivos.

**Identidad del sujeto activo:** Quien genere la infracción sobre las infracciones penales debe ser solo un agente y por medio de una sola acción u omisión.

**Unidad o pluralidad de sujetos pasivos:** La afectación de una sola conducta recae sobre bienes jurídicos de manera reiterada (*concurso ideal homogéneo*); por ejemplo, se da cuando el autor lanza un explosivo y causa la muerte a varias personas; o, será “concurso ideal heterogéneo” si con la única conducta se incurre en una pluralidad de ilícitos penales; por ejemplo, si con un solo disparo el autor ocasiona la muerte en una persona (artículo 106 del código penal) y, con el mismo disparo, causa lesión a otra persona (artículo 121 del código penal). El código penal no tiene tipificado el concurso ideal homogéneo, ya que en el artículo 48 solo se refiere a una pluralidad de disposiciones penales aplicables a un solo hecho. En este caso y conforme a dicha norma, el juez resolverá reprimiendo “hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.” Para ello, es necesario podrá acogerse a uno de los dos principios siguientes:



**1.6.2.1 Principio de exasperación.** El juez tendrá la facultad de analizar los hechos y aplicar la pena conforme lo determinado por el mencionado artículo 48. García sostiene que para determinar la pena el juez debe proceder seleccionando el delito que establezca la pena más grave, teniendo en cuenta las agravantes cualificadas y/o las atenuantes privilegiadas, para luego proceder a incrementarla hasta en una cuarta parte, sin exceder, en ningún caso, los treinta y cinco años de pena privativa de la libertad; para lo cual deberá tener presente lo prescrito en el artículo 46 del código penal.<sup>9</sup>

**1.6.2.2 Principio de combinación.** Se puede manifestar de dos maneras:

Por un lado, se encuentra el llamado efecto oclusivo, según el cual el marco penal mínimo debe corresponderse con el marco penal mínimo más grave de los delitos concurrentes. Por otra parte, la combinación de las consecuencias jurídicas permite también que se pueda recurrir a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales absorbidos por el tipo penal con la pena más grave. En este sentido, el espectro de consecuencias jurídicas no puede reducirse al establecido por el tipo penal absorbente, sino que debe incluir las de los otros tipos penales absorbidos. (García, 2019, p. 872-873)

### **1.6.3 El concurso real de delitos**

Esta figura jurídica se encuentra recogida en el artículo 50 del código penal, en el cual se prescribe que si un sujeto realiza diferentes acciones que constituyen diversas infracciones legales autónomas dentro de un determinado contexto, estas serán juzgadas en un mismo proceso. Esta pluralidad de acciones es la diferencia sustancial del concurso ideal de delitos y del concurso aparente de leyes, pues ambos concursos presentan unidad de sujeto autor; en tanto que la unidad o pluralidad de acciones y/o de delitos son los elementos diferenciadores más significativos. En este sentido, el concurso real de delitos no presenta mayor problema teórico respecto a los delitos cometidos; por lo que el mayor problema radica es el cómo determinar la pena aplicable al sujeto que los comete y para ello es importante saber que cada delito concurre en un mismo proceso judicial y cada uno con la pena específica que la norma determina.

---

<sup>9</sup> García (2019) manifiesta que: “una problemática que no cuenta con solución legal es la determinación de la pena en un concurso ideal entre un delito y dos delitos que están, a su vez, en concurso real (identidad por vinculación). Como se dijo, se tendría que aplicar las reglas del concurso ideal a partir de una pena concreta derivada del concurso real de los delitos vinculados y del marco penal abstracto del delito vinculante. Nuestra propuesta sería la siguiente: Si el marco penal máximo del delito vinculante es mayor a la pena producto de a), entonces ese marco penal será el nuevo mínimo y el nuevo máximo la pena incrementada en un cuarto. Si la pena producto de a) es mayor que el marco penal máximo del delito vinculante, entonces esa pena será el nuevo mínimo y el nuevo máximo la pena incrementa en un cuarto.” (p. 872)

En el Acuerdo Plenario 4-2009 se estableció como antecedente jurisprudencial, un conjunto de requisitos que permiten identificar si se da o no el caso de un concurso real de delitos:

**1.6.3.1 Pluralidad de acciones.** Como está detallado en líneas antes, para que haya concurso real de delitos es necesario que se trate de diferentes acciones por parte de un mismo sujeto y que tales acciones vulneren distintos tipos penales. Este “requisito constituye la base material del concurso real de delitos y aquello que lo diferencia del concurso ideal de delitos” (García, 2019, p. 873); es decir, se trata del sustento material que permite verificar la existencia de un concurso real de delitos, por ser la característica principal que lo diferencia de los otros tipos de concursos. No interesa que se trate de acciones u omisiones, o que sean de ejecutadas con dolo, negligencia o imprudencia; lo que importa es que estén consideradas como acciones delictivas y, por tanto, punibles de manera independiente.

**1.6.3.2 Pluralidad de delitos independientes.** Para que se puede definir la existencia de un concurso real de delitos es imprescindible que haya pluralidad de acciones que configuren delitos diferentes e independientes (aunque en algunos casos los delitos puedan estar establecidos en una misma disposición penal). Sin embargo, no es necesario que el autor llegue a concretar todas las acciones delictivas, ya que algunas pueden quedar en grado de tentativa. Esta es la diferencia sustancial de los casos en los que, pese a existir múltiples acciones, se configura un solo delito, se trata de un delito continuado o se da el caso de un concurso medial en el cual la comisión de un delito es necesaria para la que corresponde a delitos subsiguientes.

**1.6.3.3 Unidad de autor.** Es indispensable –como en todo tipo de concurso–, que se trate de un mismo sujeto (o una misma cantidad de sujetos) al cual, por las acciones ejecutadas se le imputará la autoría de diferentes tipos penales; asimismo, el perjuicio, producto de los delitos en que se incurrió puede recaer sobre una o varias personas; “(...) no importa para esta figura concursal las circunstancias en las que haya actuado la persona en los diferentes momentos del delito: autor, coautor, autor mediato, instigador, cómplice o que haya actuado solo o con partícipes (...)” (Villavicencio, 2006, p. 704).

Respecto a la configuración de los diferentes delitos, pueden estar clasificados como homogéneos y heterogéneos; se constituyen como homogéneos si se trata de un mismo hecho delictivo ejecutado por el mismo autor, quien los realiza varias veces y en diferentes momentos; por ejemplo, el delincuente que realiza varios hurtos de manera independiente. Por el contrario, será heterogéneo cuando el autor realiza varios delitos; por ejemplo, “quien hurta, lesiona y estafa”. (Villavicencio, 2006, p. 705)

**1.6.3.4 Enjuiciamiento conjunto.** Si bien el Acuerdo Plenario no lo recoge expresamente como sí detalló los tres requisitos anteriores, también precisa que el agente debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal, lo cual hace posible una imputación acumulada respecto a todos los delitos cometidos.

El código procesal penal en el inciso 1) del artículo 33 establece: “En caso de concurso de delitos sujetos a distintos trámites procesales, el procedimiento se seguirá de acuerdo al que corresponde al delito con pena más grave”; lo cual indica que, si se diera un concurso real con delitos y a estos les correspondiera diferentes tipos de procesos (sumarios u ordinarios), dichos delitos deberán ser incluidos en un solo proceso, el que deberá desarrollarse conforme al que corresponda al delito que tiene especificada una sanción de mayor gravedad.

Para la determinación de la pena aplicable al mismo sujeto en un mismo proceso puede procederse a la *acumulación material*; es decir, se aplicarán todas las penas de todos los delitos cometidos por el autor; o a la *absorción*, por la que la pena prevista para el delito menor se subsumirá dentro de la pena más grave, generando impunidad respecto a los delitos menos graves ya que la pena establecida para estos quedará absorbida por la de mayor gravedad. Por último, puede tratarse de la *acumulación jurídica* por la cual se establece una pena total en base a la pena concreta más grave, elevada adecuadamente.

En el artículo 50 del código penal se establece un doble límite: relativo y absoluto; conforme al límite relativo el juzgador tendrá como límite el doble de la pena más grave. “Si las penas concretas concurrentes son iguales, lo lógico es que esa cuantía sea la que se tome como referente para el límite y no entender, por el contrario, que en estos casos no habría limitación (...)” (García, 2019, p. 876). Este mismo autor precisa que lo que la doctrina penal cuestiona respecto a este límite es si realmente controla la desproporcionalidad de la acumulación de penas, dado que beneficia a quien ejecuta varios delitos de menor gravedad, en tanto que perjudica a quien comete un solo delito pero más grave. En relación al límite absoluto (tope máximo de treinta y cinco años de pena privativa de libertad), precisa que tiene sentido, ya que impide que se imponga penas que no resulten compatibles con el principio de resocialización.

El Acuerdo Plenario N° 4-2009 en su fundamento séptimo establece la forma en que se debe determinar la pena en caso de concurso real de delitos:

- a) En primer lugar:** Se debe individualizar la pena correspondiente a cada delito que constituye parte del concurso real, como si cada uno se estuviera procesando de manera individual y teniendo en cuenta los límites establecidos de acuerdo al delito tipificado

(pena básica), así como a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes en su comisión (pena concreta parcial).

- b) En segundo lugar:** El juez debe sumar las penas concretas parciales de cada uno de los delitos que concurren, sin que la sumatoria exceda el doble límite al que ya se ha hecho referencia anteriormente. A este efecto, también debe considerarse lo que el artículo 50 del código penal establece que, para el caso en que a uno de los delitos corresponda la cadena perpetua como pena concreta parcial, se tomará en cuenta esta última, suprimiéndose las demás penas concretas aplicables. Pero no establece cómo se debe determinar las penas en caso de que concurren más de una clase de pena. Ahora bien, si estas penas –distintas a la pena privativa de libertad– son de la misma naturaleza, se acumularán sin que la sumatoria supere el doble de la pena más grave, ni exceda el límite establecido en los artículos 34.5, 35, 38 y 42 del código penal; y si las penas son de naturaleza distinta, se aplicará su imposición conjunta.

Dicho artículo tampoco hace mención a la posibilidad de suspender la ejecución de la pena en uno de los delitos concurrentes en el concurso real de delitos; al respecto García (2019) señala que no será suspendida la pena de forma individual en cada delito, sino en función de la pena acumulada, ya que el art. 57 del Código Penal no se refiere a la pena establecida por delito, sino a la condena.

### 1.7 ¿Sanción administrativa o delito?

Ante la actuación de funcionarios públicos que vulneran las normas relativas a la administración pública, no todos habrán de ser sancionados penalmente, sino que, por ejemplo, para determinar la sanción en el delito de abuso de autoridad, tendrán que presentarse y probarse todos los elementos configuradores del delito. Es de tenerse presente que tanto en el derecho administrativo como el derecho penal existen normas destinadas a sancionar una conducta contraria a lo que establecen sus respectivos ordenamientos.

Para determinar qué normas deben ser aplicables es necesario acudir a las normas y a la jurisprudencia; por lo que primero corresponde prestar atención al principio de lesividad: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley” (Artículo IV del título preliminar del código penal); Disposición que se complementa con lo establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema:

“(…) en la aplicación de la norma penal, no basta la antijuricidad formal, es decir la mera contradicción entre el comportamiento y aquella norma, sino que debe existir la vulneración del bien jurídico, sea por lesión o puesta en peligro (...) Estos deben

recaer sobre comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto. (R de N. N° 3004-2012. F. 5)

Por lo tanto, los comportamientos que tienen escaso nivel de producción del daño social y que no llegan a poner en peligro el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, que vincula al sujeto agente con el Estado, pertenecen a otros ámbitos y no ingresan al campo del derecho penal. “El principio de lesividad permite así darle contenido a la fragmentariedad del Derecho Penal y al principio de subsidiariedad que guían la lógica de la injerencia punitiva”. (Rojas, 2007, p. 33)

También se debe tomar en cuenta el principio de *ultima ratio* o llamado también de la mínima intervención del derecho penal; que como ya se ha especificado, solo se debe recurrir al derecho penal cuando sea estrictamente necesario; es decir, que carece de sentido su intervención cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como son las normas propias del derecho administrativo o del derecho civil, que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible, tanto para el imputado como para la sociedad. (R de N. N° 3004-2012. F. 4) Siendo así, el derecho penal, solo actúa como una medida extrema para recomponer el perjuicio grave que se ha causado por contravenir un mandato legal, porque es el derecho administrativo el que permite una inmediata actuación tras realizarse la infracción, aunque debe tenerse presente que es necesario analizar cada caso en concreto.

Ahora bien, pueden encontrarse algunos casos en los que los hechos no solo vulneran una norma penal, sino también una norma administrativa, lo cual hará que se efectúe un análisis respecto a la posible aplicación del principio *ne bis in ídem*. Este principio ha quedado establecido de la siguiente forma:

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código. (Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal)

En otras palabras, en virtud de este principio no puede ser sancionada dos veces una persona por el mismo hecho delictivo cuando se presenta identidad de sujeto, hecho y



fundamento. Es decir, que al sujeto activo no se le podrá atribuir una doble infracción sobre la conducta cometida, pues como consecuencia de ello tendría una sanción desproporcionada.

Tanto en Perú como en otros países, se vulnera este principio si se aplica una pena administrativa y posteriormente una sanción penal (o viceversa) hacia la misma persona y por los mismos hechos, vulnerando así el derecho fundamental del debido proceso del sujeto agente; quien puede acudir al Tribunal Constitucional para que declare la aplicación del principio *ne bis in idem* y se le aplique una sola sanción y se evite la doble imposición.

Para que proceda la aplicación del principio *ne bis in idem*, será necesario que se cumplan las tres identidades: de sujeto, de hecho y de fundamento; solo así será factible que se declare fundado el requerimiento y se evite una doble sanción (con la que también se atendería contra el principio de proporcionalidad).

No obstante, la solución a esta problemática podría ser acudir a la denominada identidad de efectos; es decir, a sancionar el hecho con una sola sanción prevaleciendo la sanción penal, si se tratara de un hecho que revista severa gravedad. Así opina García (2019) al manifestar que la sanción penal podría simplificar el problema por la aplicación del principio de la *última ratio* del derecho penal, ya que implica una mayor severidad sancionadora que la que correspondería si se aplicara las sanciones propias del derecho administrativo. Más aún que uno de los principios de la potestad sancionadora de la administración pública (tipificación) determina que debe evitarse tipificar infracciones que tengan idénticos supuestos de hecho y de fundamento con los delitos o faltas que ya se encuentran tipificados en las normas penales u otras que también sean de carácter administrativo. (Inciso 4 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444)

Asimismo, si la administración pública se encuentra desarrollando un procedimiento sancionador, debe suspenderlo si conoce de la existencia de un proceso penal por los mismos hechos, hasta que se emita la resolución judicial correspondiente, por ser contrario al mandato contenido en el artículo 5.3 del TUO de la Ley N° 27444. Y solo podrá continuar el procedimiento e imponer una sanción administrativa, si aún no se ha impuesto una sanción penal, mediante sentencia firme.

En el caso de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, para que la sanción sea meramente penal, se requiere que la actuación del funcionario sea esencialmente dolosa; por ende, si el funcionario además de quebrantar la norma administrativa voluntariamente decide infringir y sustituir el contenido de esta, será pasible de la sanción penal, por haber violado la prohibición punitiva y quebrado el deber administrativo. Es por ello que, al regular la sanción penal por el delito de abuso de autoridad,

el legislador peruano ha optado por reafirmar el mensaje político criminal de que el funcionario público, al ejecutar sus funciones públicas, debe cuidar siempre los límites que las leyes le imponen (Pariona, 2015).

Por otro lado, si el funcionario actúa de manera negligente, sin conocimiento sobre su reglamentación, dando lugar a un acto antijurídico, será pasible de una sanción administrativa. Es decir que no tendrá como resultado una sanción penal, sino una administrativa salvo que el hecho tenga graves consecuencias, sea ejecutada a título de dolo y haya ocasionado perjuicio; en cuyo caso se estaría configurando el ilícito penal de abuso de autoridad. No es factible la admisión de un dolo eventual debido a que el funcionario debe cumplir sus funciones con cabal conocimiento de las normas pertinentes a la misma; caso contrario correspondería entender que se ha incurrido en negligencia en el ejercicio de sus funciones por lo que sería objeto de sanción administrativa. Por lo tanto, según Reátegui (2019) para imputar la comisión del delito de abuso de autoridad se debe verificar si el agente conocía todos los elementos objetivos del tipo penal y pese a ella realizó la acción ilícita.

Para dilucidar si corresponde sanción administrativa o penal, conviene conocer objetivamente qué es lo que realmente ha vulnerado el funcionario público y por qué en algunos casos interviene el derecho penal y no el derecho administrativo; Vílchez (2018) alude a los deberes positivos que relacionan a determinados sujetos con las instituciones públicas con el fin de generar el desarrollo de la sociedad y precisa que se tiene deberes positivos generales, que comprenden a todos los ciudadanos y los deberes positivos especiales, que recaen sobre sujetos que se encuentran en un estatus especial, como es el caso de los funcionarios públicos, que se encuentran vinculados a una determinada institución pública mediante una relación jurídicamente reconocida.

Para una mejor comprensión es conveniente considerar que dichas instituciones no se encuentran sometidas a la libre configuración de las personas, sino que se encuentran creadas y consolidadas por mandato estatal, en el cual no solo se determina su creación sino que también establece las normas de actuación que deben cumplir quienes han de laborar en ellas, especialmente los funcionarios públicos para garantizar la posibilidad de una actuación sujeta a derecho y en beneficio de la colectividad. Esto supone la existencia de deberes positivos especiales que exigen, de manera concreta al funcionario público, la realización de un servicio acorde a las normas establecidas ya sea para conservar o velar por el buen funcionamiento institucional, o para optimizar la estabilidad, la continuidad y la convivencia en sociedad.

Las instituciones también pueden ser objeto de tutela penal, pero no cualquier actuación contraria a ellas podrá merecer sanción penal; pues esta solo será aplicable a las

personas que laboran en una institución cumpliendo deberes positivos penalmente respaldados. De allí que la configuración de los delitos funcionales que generan la desvinculación del trabajador -funcionario público- no responde a la mera desobediencia por parte del mismo, sino que su conducta infractora debe ser una conducta típica que contradiga el bien común y el beneficio relativo al núcleo de la sociedad, generando inestabilidad en el sistema, y la alteración o el entorpecimiento del control estatal.

En cuanto a la intervención del derecho penal en estas conductas jurídicamente desvaloradas, encuentra su justificación, porque no solo implican u ocasionan un daño a un interés valorado socialmente, sino más bien porque perjudican a la institución y a la sociedad; de allí que sea justificada y necesaria la protección penal que debe darse a favor de las instituciones y de su correcto funcionamiento.

### **1.8 Balance parcial**

Teniendo en cuenta todo lo precisado en los rubros precedentes, la aplicación del derecho penal se encuentra legitimada cuando el perjuicio reviste gravedad y no ante cualquier evento lesivo de un bien jurídico. Para ello, es necesario tener en cuenta los límites que regulan su correcta actuación con base en dos principios: subsidiariedad (ultima ratio) y fragmentariedad.

Asimismo, ante conductas que tienen connotación contraria al ordenamiento jurídico y que pueden ser sancionadas tanto por el derecho penal como por el derecho administrativo, será necesario analizar si corresponden a delitos de resultado de lesión o los delitos de peligro.

Ahora bien, lo más importante para continuar con los análisis pertinentes al presente estudio, es necesario tener presente que existen roles especiales que se ejecutan en las instituciones públicas y que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras; roles que son atribuidos a sujetos especiales, quienes podrán ser autores del delito de abuso de autoridad si los incumplen generando perjuicio.



## Capítulo 2

### El abuso de autoridad y el homicidio ocasionados por funcionario público

#### 2.1 El funcionario público

Los sujetos designados por el Estado para la ejecución de las actividades propias de la administración pública son los servidores y funcionarios públicos, quienes mantienen relaciones generales y especiales de sujeción, cumpliendo con el deber de garantizarlas y cumplirlas en el ámbito de sus atribuciones, de conformidad con los deberes especiales que se les otorga y que constituyen un estatus especial.

Así, el funcionario público<sup>10</sup> es uno de los elementos más importantes de la organización estatal del país y debe cumplir sus funciones con un fiel respeto de las normas y reglamentos que no solo les otorga facultades y atribuciones, sino que también, limitan su actuación. Es por eso que se considera al derecho administrativo como un cuerpo legal que establece necesarias limitaciones a las facultades de los funcionarios.

En la doctrina se refiere a diferentes tipos de funcionarios, caso concreto es la clasificación que explica (Dromi, 1998, p. 210) precisando que hay funcionarios *de iure*, de hecho, e incluso, usurpador. Detalla que los primeros son los que ostentan un título específico otorgado por el Estado y que, en consecuencia, se encuentra investido de poder y autoridad de conformidad con el cargo que le fuera asignado; el funcionario de hecho es el que se encuentra en posesión o ejercicio del cargo, a quien se le ha emitido el título correspondiente, que lo habilita para el ejercicio de la función pública, pero que pierde su efecto (por ejemplo en el caso de que se le haya otorgado por un tiempo determinado y cuya vigencia haya fenecido, pero que sigue en el ejercicio del cargo con anuencia de la respectiva autoridad) o resulte inválido por cualquier razón; en tanto que el funcionario usurpador es aquel que se arroga las facultades y atribuciones del funcionario *de iure*, sea por la fuerza y con violación de las normas pertinentes, como es el caso del funcionario que se apodera del cargo mediante un golpe de estado; por tanto, carece de investidura legal.

El acceso legal a la calidad de funcionario público debe efectuarse con el debido respeto y garantía; lo que, al decir de Boyer (1999) ello implica que, para su designación, contrato, nombramiento, ascenso, suspensión y destitución debe cumplirse con los criterios y procedimientos respectivos, razonables y objetivos, sin discriminación alguna.

---

<sup>10</sup> El Código Penal en su art. 425° establece una cláusula general, definiendo como Funcionario Público a todo aquel que mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Y, en el inciso 5 del mismo artículo, se incluye como funcionarios públicos a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Gordillo (2006) afirma que los funcionarios deben actuar de conformidad con su investidura y cumpliendo sus deberes sin extralimitarse en sus funciones, facultades o atribuciones, así como debe ser objetivo e imparcial en sus decisiones, las que deben estar sustentadas en las normas jurídicas que les sean aplicables; pero el cumplimiento efectivo depende de la calidad de funcionario.

Es así que, en su actuación (por ejemplo, en los procedimientos administrativos), deben respetar el *iter* procedimental, especialmente en cuanto a las actuaciones regladas y, aún más en las que implican facultad discrecional; a efectos de que:

(...) no asome la arbitrariedad estatal (...), evitando que los pronunciamientos de las autoridades se afirmen en una mera subsunción normativa generando antes bien que, enriquecidamente y conforme al constitucionalismo, la decisión emitida (...) sea amén de razonable, racional y proporcional, igualmente ponderada, descartando la automática aplicación del frío texto legal. (Huamán, 2010, p. 5)

Sin embargo, no todos los funcionarios cumplen debidamente sus funciones y, en algunas ocasiones extralimitan abusivamente sus facultades, lesionando intereses públicos, particulares o internacionales, llegando inclusive a incurrir en ilícitos que pueden constituir faltas administrativas o delitos; algunos de estos últimos son considerados como delitos autónomos por ser ejecutados por el mismo funcionario; lo cual no implica que sean delitos ejecutados de propia mano, ya que la conducta ilícita, aun realizada por mano ajena, se le imputará al funcionario obligado, en razón de que se trata de atentado contra su deber institucional que es estrictamente personal.

## **2.2 La incidencia del derecho penal en la relación entre el funcionario público y la administración pública**

En primer lugar, es de precisarse que la administración pública es un punto intermedio entre la ficción jurídica denominada Estado y la sociedad; esta última es la destinataria de las funciones y servicios que brinda el Estado. Cabe resaltar que, de conformidad con el artículo I del título preliminar del texto único ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la administración pública no solo comprende a las entidades del poder ejecutivo, sino a todas las especificadas en ella, pues en cada una de ellas se realiza actividades administrativas destinadas a “la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general” (artículo III del título preliminar del texto único ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General); aunque no todas las actividades administrativas cumplen con la especificada finalidad y, por el contrario, hay algunas que no

solo las incumplen, sino que, además, pueden vulnerar derechos de los ciudadanos y hasta incurrir en ilícitos administrativos y penales.

No obstante, “las empresas particulares o privadas que por concesión estatal brindan a la colectividad servicios públicos no están ejerciendo función pública, situación que incluso es extendible (sic) a las empresas mixtas que participan de la confluencia de capitales estatales y privados.” (Rojas, 2016, p. 32) Por lo tanto, sus representantes legales o funcionarios no estarían comprendidos en este tipo penal. Es así que este autor no considera la posibilidad, o por lo menos la pone en duda, de que los funcionarios de dichas empresas puedan ser sujetos activos de este delito o que sean imputados válidamente por alguna modalidad del mismo, más aún si se encuentran en un contexto de actividad lucrativa directa.

Por otro lado, es de tenerse presente que el derecho penal no suple ni sustituye las insuficiencias o irregularidades frente a los hechos cometidos desde el poder que confiere el cargo o la función, contra los ciudadanos y la sociedad civil, sino que trabaja con mínimos que deben asegurar la funcionalidad de la misma, en aras de proteger la corrección en su funcionamiento; para lo cual regula lo concerniente a posibles delitos relativos a los deberes especiales que recaen sobre quienes ejercen su representación y/o ejecutan las actividades propias de su organización. Pero ello no implica que se deje de considerar, que la política del Estado respecto a tales insuficiencias o irregularidades demuestra una excesiva benignidad, aunque haya determinado penas más graves en los casos de corrupción que también implican abuso de autoridad.

Así pues, el Estado para una correcta actuación de la administración pública, delega sus funciones en personas naturales, otorgándoles normativamente diversas atribuciones y prerrogativas para la realización de las actividades que corresponden a cada una de las entidades que la conforman, en pro de la satisfacción de los fines de la sociedad; dado que estas se han establecido para brindar servicio a la sociedad y siempre procurando atender al bien común. Pero el poder que confiere al funcionario tiene un fundamento ético que, como detalla (Dromi, 1998, p. 92), que implica que este tenga rectitud en su accionar usando sus facultades y atribuciones, así como cumpliendo debidamente sus funciones, con el fin de contribuir al bien común.

### **2.3 El delito de abuso de autoridad**

Como se ha especificado en el rubro inmediato anterior, este delito se encuentra recogido en el artículo 376 del código penal (Sección I, Capítulo II, Título VIII del Libro

Segundo)<sup>11</sup>, y se ha establecido con la finalidad de cautelar el correcto ejercicio de las funciones que corresponden a las personas calificadas como funcionarios públicos.

Ello con el fin de que no se incurra en abuso o arbitrariedad, habida cuenta que el ejercicio de los derechos del funcionario público, como expresa Díez-Picazo (1992), pueden ser abusivos y hasta antisociales, sobrepasándose los límites establecidos por el derecho; lo que puede darse sea por acción o por omisión.

Es un tipo penal de naturaleza amplia, genérica y de contenido impreciso, dejando de lado aspectos importantes como el hecho de haber prescindido del elemento patrimonial en su definición o en su alcance; lo que no deja de ser cuestionable desde el punto de vista de la doctrina penal. Se dice que es genérico, porque comprende a un actor arbitrario que puede referirse a una enorme cantidad de conductas ilícitas que le pueden ser imputadas a un funcionario público, lo cual ciertamente dificulta una adecuada acusación penal, que debe ser concreta, precisa, expresa, clara y con una suficiente descripción de dichas conductas; es decir, no se debe atribuir bajo la posible imputación de este delito, expresiones ambiguas o genéricas, conforme queda establecido respecto a la imputación necesaria.

Todo acto del funcionario que se excede en sus atribuciones o facultades respecto a particulares o a la cosa pública o también como la injusticia cometida por personas que ejercen atribuciones funcionales, administrativas, o jurídicas al rehusar hacer, retardar o exceder la autoridad atribuida a su cargo o función; perjudican a un tercero. (Chunga, 2009, p. 4)

El abuso de autoridad es ya una forma de extralimitación o mal uso del poder público vinculado a expresos ámbitos de competencia que nacen de la función o el cargo y que el funcionario público quebranta mediante acciones u omisiones que resultan perjudiciales a la administración pública y a las partes directamente agraviadas (personas naturales o jurídicas) o a la sociedad misma. (Rojas, 2016, p. 204)

La característica expuesta sobre lo genérico del tipo penal está relacionada con la conveniencia y hasta necesidad de tutela del correcto funcionamiento de la administración pública, protegiendo al ciudadano y al prestigio, calidad y legalidad del accionar del funcionario, para que no actúe dolosamente en el ejercicio de sus funciones.

---

<sup>11</sup> Vilchez (2021) ha emitido una interesante propuesta de reclasificación conforme a la cual, este delito y todos los tipificados en el Capítulo II, Título VIII del Libro Segundo del Código Penal deberían ser incorporados en un solo grupo que englobe a todos los delitos contra la administración pública pues con estos se sanciona la desvinculación que genera la conducta del funcionario público en contra de su misión dirigida a mantener condiciones adecuadas para el bienestar de la sociedad y de la persona; desvinculación que está relacionada con las conductas de corrupción pública; por lo que considera que todos los delitos del capítulo II del Título XVIII son delitos de corrupción de funcionarios y, por ende, no deben ser divididos en secciones sino que deben ser comprendidos en el capítulo, como un todo orgánico.

Según la Corte Suprema, para que se configure este ilícito penal, los hechos deben estar relacionados con el cargo del funcionario; es decir, se debe configurar en pleno ejercicio de la función pública y conforme a las facultades que corresponden según la normativa pertinente; asimismo, la norma que lo tipifica debe ser concordada con normas de otras ramas del derecho público que determinan las funciones de las entidades de la administración pública determinando la manera y los límites para su ejercicio. (R.N. N° 2240-2002-Arequipa)

Es decir; incurre en este delito el funcionario público que, abusando de su posición, se excede en lo que puede realizar dentro de sus competencias, para lo cual puede utilizar la intimidación o amenaza, violencia y/o engaño en perjuicio del administrado, como se explica con mayor detalle en los rubros subsiguientes.

Díez Picazo (1992) considera que el daño o el perjuicio tiene un sentido muy genérico y amplio e implica la producción de un sacrificio o una desventaja que causa lesión al bien jurídico protegido, pero que no se refiere a situaciones de simple expectativa o que no estén específicamente tuteladas, pese a que estas también pueden constituir un acto arbitrario o abusivo.

El delito de abuso de autoridad está catalogado como uno de los delitos especiales propios que son aquellos en los que el autor solo puede ser una persona que tiene la condición de funcionario público y en los que no hay un ilícito penal paralelo, común o subyacente, debido a que el bien jurídico tutelado corresponde a una sola estructura social: delitos contra la administración pública. “(...) la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que este no reuniera la cualidad exigida en el tipo penal especial.” (Abanto, 2014, p. 379).

Es así que, inclusive, se genera impunidad a favor de quienes prestan ayuda o auxilio al funcionario público, en los hechos dirigidos a la consumación del delito especial; ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 del código penal, ya que no permite que las circunstancias o la cualidades que vulneran la responsabilidad penal de un funcionario público (autor cualificado) puedan ser imputadas a quienes, aun participando en los hechos, no tienen la relación institucional que sí tiene el funcionario.

Conforme a este delito se sanciona al “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.” En su segundo párrafo se incrementa la sanción en caso de que la ilegal conducta se derive de un procedimiento de cobranza coactiva. No es necesario que posea atribuciones jurisdiccionales o de mando y, si los tiene e incurre en



abuso de estas potestades, también estará incurriendo en este ilícito penal, tan igual como el funcionario que solo tiene la facultad de decisión.

Pese a ello es de considerarse que su baja penalidad no tiene un buen efecto preventivo; más aún en el caso de que el funcionario fuera un policía, ya que podría considerarse que no se brinda una debida protección en resguardo del bien jurídico tutelado: libertad personal; es decir, no se garantiza que la sanción prevista para este delito, sea la más adecuada para prevenir posibles detenciones ilegales y arbitrarias.

Ello se debe a que en el ordenamiento jurídico peruano está considerado como un delito de implicancias muy genéricas; a tal extremo que no toda actuación arbitraria de un funcionario público deberá ser sancionada aplicando la sanción que se encuentra establecida para este delito, especialmente cuando se trata de hechos que revisten suma gravedad, como es el caso de vulneración de derechos contra la libertad o contra la vida, que, por lo general, sobrepasan los alcances de este delito que tiene sanciones muy leves como ser una pena no mayor de tres años; por lo que debería aplicarse una pena bajo el amparo de lo dispuesto para otro delito que sea concomitante con las consecuencias de la arbitrariedad funcional, como ser el secuestro o el homicidio

El tipo penal se verifica bajo los siguientes alcances jurídicos:

### **2.3.1 Funcionario público que abusa de sus atribuciones**

Se entiende como funcionario público al agente que posee un estatus especial y que se encuentra vinculado a los deberes especiales que le han sido atribuidos; razón por la cual debe conducirse correctamente con lealtad y probidad en el cumplimiento de sus funciones y deberes en la entidad de la administración pública en la que desarrolla su labor.

En el artículo 425<sup>12</sup> del código penal se especifica a las personas que son comprendidas bajo la denominación de funcionario público, incluyendo a quienes están comprendidos en la carrera administrativa, independiente del régimen laboral en el que se encuentren. Además, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a los indicados en la Constitución Política y la ley, etc. Conforme a lo establecido en el tipo penal,

<sup>12</sup> Son funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley

el sujeto activo es quien abusa (hace uso indebido o irregular) de las facultades que le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico –normas extrapenales–, en el cargo que ostenta, incurriendo así en un hecho ilícito que, en principio, se enmarca dentro del ejercicio de sus funciones –propias de su cargo–, pero se extralimita en la ejecución del mismo, incumpliendo con el correcto ejercicio de las facultades o prerrogativas que le fueron concedidas; con tal exceso genera el quebrantamiento de sus deberes y la consumación del delito.

Es así que su conducta se enmarca en la configuración típica del delito bajo análisis, pues, si realiza actos que no corresponden al ejercicio de sus funciones no cometería abuso de autoridad; asimismo, si ejerciera funciones que no le competen, cometería usurpación de funciones u otra figura jurídica, pero no el abuso de autoridad.

De este modo, la conducta abusiva, presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, haciendo uso excesivo de las facultades que se ha conferido al funcionamiento mediante normas contenidas en el ordenamiento jurídico nacional.

### **2.3.2 *El verbo rector en un acto arbitrario***

Respecto a la ejecución del delito, el tipo penal establece que se puede configurar bajo una de dos modalidades de acción por parte del sujeto activo: cometer u ordenar. En cuanto al verbo rector “cometer” se entiende que el funcionario público es quien ejecuta y consume el delito directamente; es decir, que él mismo ha sido quien ha causado la ejecución material del acto abusivo. Además, el acto debe ser arbitrario y en perjuicio de una persona (tercero en la relación funcionario – entidad de la administración pública).

Por ejemplo, tratándose de un policía, si este detiene a un ciudadano bajo la simple intuición o creencia de que está cometiendo un delito (presunta comisión de delito), la detiene aduciendo el ejercicio de sus facultades como autoridad policial; o cuando detiene a un ciudadano por tiempo mayor al permitido por la ley (por ejemplo, cuatro horas para realizar el control de identidad, como lo establece el artículo 205 del código procesal penal); o cuando lo detiene para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación del mismo, pero lo hace sin que sea estrictamente necesario.

En cuanto a la modalidad referida por el verbo rector “ordenar”, el funcionario público no participa directamente en la ejecución del hecho, sino que la ejecución o inejecución de lo ordenado la hace un tercero; es decir, el funcionario público interviene directamente en la disposición del acto arbitrario causando perjuicio sobre terceros por incumplir los deberes especiales que lo vinculan a la administración pública.

Es más, así no se vulnerasen los intereses del particular, basta que se haya cometido la conducta de “ordenar”; por lo tanto, tratándose de un delito de actividad, para que se impute

la responsabilidad en el agente el delito (autoridad; es decir, el funcionario que tiene capacidad para ordenar) quedará consumado cuando el funcionario emita la orden o el mandato que va a originar el perjuicio al tercero. No es necesario que se produzca un resultado como en el primer caso, ni es posible alegar la participación por parte del sujeto que actúa por orden del funcionario público.

En cuanto al término “arbitrario”, cabe concordar con la opinión de Creus (como se citó en Abanto, 1997, p. 188), en el sentido de tratarse de un hecho ejecutado por el funcionario en contravención de ley o reglamento; es decir, actuar cuando no le está permitido o le está prohibido hacerlo; o de no actuar, cuando la norma le exige que lo haga; o de actuar de modo prohibido o no previsto por las normas legales; independientemente de si se vulnera o no otros bienes jurídicos diferentes al tutelado por el artículo 376 del código penal.

Por otro lado, el acto arbitrario se establece por decisión propia del funcionario público (característica que no se encuentra prevista en las normas jurídicas que legitiman la ejecución de sus acciones).

Es un acto que se produce en forma irregular respecto a aquello que ha sido regulado por ley y que –en principio–, el funcionario público debe cumplir y que conlleva finalidades distintas y dolosas que causan un perjuicio tanto a la administración pública, como a los particulares destinatarios del acto abusivo. (Rojas Vargas, 2016, p. 133)

Es por eso que, el acto arbitrario conlleva a la desvinculación del funcionario público con la institución que le ha otorgado sus funciones, y a través de las cuales lesiona los deberes o atribuciones conferidas, ocasionando perjuicio a terceros.

Por ejemplo, será arbitrario el hecho en que incurre un funcionario que lo ejecuta fuera del ejercicio de sus competencias funcionales; como un gerente, que ordene la detención del vehículo de un ciudadano cualquiera, siendo que esta función corresponde a un miembro de la policía o a un fiscalizador municipal de tránsito.

Tal como se ha indicado anteriormente, el funcionario público, así como ostenta atribuciones y facultades también se le impone ciertos deberes especiales que lo vinculan a una institución. En ambos casos, su actuación debe estar de acuerdo a los límites que la misma norma le establece; de allí que si se excede podría lesionar el deber al que está obligado institucionalmente y, por lo tanto, su actuación devendría en arbitraria y, muy probablemente, pasible de ser materia de investigación, procesamiento y sanción penal; incluso, aunque no ejecutara la arbitraria acción de propia mano, se le imputará dicho delito por el simple hecho de que, a través de su actuación u omisión estaría afectando su deber



institucional que, como se ha sustentado, es absolutamente personal por lo que será considerado como único autor del delito si se trata de un hecho que bien pueda ser considerado como delito de abuso de autoridad, no se considerará la existencia de posibles cómplices o partícipes.

### 2.3.3 *Receptor del perjuicio*

**Agraviado y/o perjudicado:** Para que se configure este delito, se requiere que el acto arbitrario –cometido por el funcionario público–, cause un perjuicio que, según la norma, debe ser grave y no ser causado por simples disposiciones o acontecimientos de relevancia disciplinaria; por tanto, el acto arbitrario debe ser causado por la concreción del riesgo no permitido y ocasionado por el funcionario público al excederse en el uso de sus atribuciones y en ejercicio de su cargo.

Vílchez (2021), en un análisis de los delitos de infracción del deber, sostiene que el *extraneus* no puede ser autor ni partícipe, pues la autoría solo recae en el obligado institucionalmente, en la medida que no es posible establecer una diferencia específica de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes. En este tipo de delitos será relevante el incumplimiento respecto a los deberes especiales impuestos a los funcionarios públicos, poseedor del estatus institucional. Ello permite inferir que: “(...) en el delito de abuso de autoridad, los particulares que intervengan, en cumplimiento de la orden indicada por el funcionario público, para que se ejecute el acto arbitrario, podrán ser cómplices o instigadores, pero no partícipes y mucho menos autores” (Pariona, 2015, p. 95).

Sin embargo, surge la discrepancia respecto a la posición que corresponde al estado y/o al particular como posibles sujetos pasivos del ilícito penal.

En el tipo penal se especifica que, necesariamente el perjuicio debe recaer “en alguien”, sin precisar quién puede ser ese alguien; por ende, se podría considerar que pueda ser un particular y también el Estado (entidad de la administración pública); razón que podría ser justificada, en tanto que el delito se encuentra tipificado en el código penal como “delito contra la administración pública”; lo cual se podría concordar con el contenido del artículo 94 del código procesal penal, que también podría incluir al Estado, pues establece: “Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la Ley designe” (Inciso 1 del artículo 94 del código procesal penal).

No obstante, esta norma se encuentra establecida en relación a las personas jurídicas y no todas las entidades de la administración pública ostentan la calidad de personas jurídicas.

Entonces, cabe cuestionar sobre el caso en que el perjuicio recaiga sobre una entidad de la administración pública que sí sea persona jurídica.

Las Naciones Unidas y más concretamente la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en la Resolución 40/34 de la Asamblea General, en la Declaración sobre los principios fundamentales detalla que se debe entender como víctima a:

(...) las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder (Párrafo 1).

Sin embargo, es necesario aclarar que víctimas pueden ser tanto el agraviado como el perjudicado, pues ambos sufren las consecuencias del hecho delictivo. Esto es así, pero no siempre quien sufrió la lesión en forma inmediata resultará siendo el perjudicado, dado que hay delitos en los que no hay coincidencia entre ambos; tan es así que, por ejemplo, en un caso de hurto de un objeto que es de propiedad de una persona distinta a aquella a quien directamente se le hurtó el bien (agraviado o víctima del hurto), sería la perjudicada, en tanto que la víctima directa del hurto sería la agraviada.

En función de procurar mayor información sobre esta controvertida situación, cabe citar, para el caso concreto bajo estudio, a Álvarez (2018), quien considera que, el Estado sí resulta afectado con la comisión de este delito, dado que el perjuicio que origina no solo recae sobre un particular, sino también sobre la misma administración pública, pues esta se ve perjudicada en el cumplimiento de los fines por los que determinó las atribuciones, facultades y los deberes de sus funcionarios; en consecuencia, podría admitirse como agraviados y/o víctimas y ser considerados como parte civil, tanto al particular como a la misma entidad, ante el abuso de la autoridad y posterior perjuicio.

Teniendo en cuenta esta posición, es preciso entender que el perjuicio no repercutiría sobre un solo sujeto, sino que, por un lado, podría recaer sobre la administración pública, producto de la arbitrariedad del funcionario público y, por otro lado, sobre el particular, por ser el perjudicado por la lesión o menoscabo de sus derechos.

Otra razón muy importante que justifica esta postura de identificar una dualidad de sujetos pasivos en el delito de abuso de autoridad es que, si el delito perjudicara solo a la administración pública, dicho perjuicio encajaría en otros tipos penales más específicos como el peculado, el cohecho o el enriquecimiento ilícito; y si recaería solo sobre el particular, este

podría dar su consentimiento a la conducta abusiva del funcionario público, quedando esta conducta impune.

Ello permite sustentar que, en el delito de abuso de autoridad habrá un sujeto pasivo principal, que será la administración pública, y un sujeto pasivo secundario (agraviado) que será el particular.

En el delito, resulta esencial mencionar su característica residual, lo cual significa que, en virtud del principio de *ultima ratio*, no toda conducta que cause un perjuicio en la administración pública va a ser materia de la actuación punitiva del Estado, bajo el amparo de la aplicación del derecho penal; pues para que sí se pueda determinar su aplicabilidad, el perjuicio debe estar revestido de gravedad; esto significa que el perjuicio que se produzca con la realización del hecho, debe ser realmente grave y que, por el contrario, toda conducta que podría interpretarse como abuso de autoridad y revista origine un perjuicio leve, será sancionada por el derecho administrativo. No obstante, cabe aclarar que no se ha establecido un parámetro objetivo que permita determinar con exactitud cuándo o en qué casos, se puede considerar graves las consecuencias de un determinado hecho vinculado a este delito.

En esta misma línea destaca su característica subsidiaria implícita, que se refiere a que solo se podrá invocar la comisión de este delito si es que no hay un tipo penal específico y se haya descartado otros delitos que pudieran también ser considerados como abuso del funcionario o que consten en leyes penales especiales; pues, en tal caso se debe optar por el delito específico (en virtud del principio de especialidad, en virtud del principio jurídico que establece que la norma especial prima sobre la norma general. (Rojas, 2015)

“(…) para el caso de concurso debe tenerse en cuenta que el tipo penal de abuso de autoridad es *subsidiario* de todos los tipos penales que impliquen delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios. Se dice que es un *tipo remanente* que es aplicable sólo cuando el abuso no es el medio de comisión de otro delito. Por ejemplo, si el sujeto ha cometido [el delito de] peculado o prevaricato, también ha abusado de su autoridad, pero solo se les aplica el tipo penal de los primeros delitos; pero si faltare algún elemento que haga inaplicables estos, los hechos podrían subsumirse todavía dentro del abuso de autoridad. (Abanto, 2003, p. 237)

Además, este mismo autor señala que, en caso concurra el abuso de autoridad con delitos comunes, teóricamente sí puede haber concurso; sin embargo, para ello se ha recogido en el artículo 46-A del código penal la circunstancia agravante por condición del sujeto activo, en la que se considera al funcionario público, respecto un delito común.

## 2.4 El delito de homicidio

### 2.4.1. *El homicidio como perjuicio en el delito de abuso de autoridad*

Para empezar este apartado es necesario tener en cuenta ciertas particularidades que hacen del delito de homicidio, uno de los delitos más importantes de nuestro ordenamiento, pues protege el bien jurídico más valioso del hombre: la vida; pues con este es que se concreta la existencia del ser humano y su posterior desarrollo en la sociedad. Es por ello que, el derecho se ha encargado de proteger este como uno de los derechos más importantes del hombre.

Actualmente, el derecho a la vida está recogido en la Constitución Política del Perú, como uno de los derechos fundamentales de la persona, consignado en el artículo 2, inciso 1, el cual señala expresamente que “Toda persona tiene derecho a la vida (...)”; asimismo, en el artículo 5 del código civil se indica que el derecho a la vida es irrenunciable, consolidándose de este modo, como el principal derecho del ser humano. En este sentido, también es reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>13</sup> y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas<sup>14</sup>.

El derecho penal protege a toda persona frente a cualquier acto u omisión que vulnere o menoscabe su derecho fundamental de la vida y su desarrollo continuo en la sociedad en la que convive. La vulneración o la tentativa contra ella genera un daño para el ser humano, pues el perjuicio que conlleva infringir este derecho es irreparable. A pesar de esto, el derecho penal reconoce causas justificantes que eximen de responsabilidad penal al sujeto activo, pero solo en casos excepcionales, pues toda actitud que atente contra la vida, interrumpe el desarrollo efectivo de la persona.

Dicho esto, en este trabajo no se trata de analizar en profundidad este delito, pues basta reseñar lo indispensable para analizar el perjuicio causado por el encausado Julca Dávila; perjuicio tan grave que, no solo ha vulnerado la imagen de la administración pública como sujeto pasivo del delito de abuso de autoridad, sino que, además, se ha configurado este otro delito que ha causado un perjuicio irreparable en la víctima Benites Jiménez, a quien, producto de la mala intervención policial, se le ha arrebatado el derecho fundamental de la vida.

---

<sup>13</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 4. Derecho a la Vida: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...), <https://www.peruoea.org/derechos-humanos/>

<sup>14</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. – Ente los derechos individuales garantizados por el Pacto se encuentran: Artículo 6: Derecho a la vida y supervivencia, <https://n9.cl/2tq4>

## Capítulo 3

### Casación 950-2018/Tumbes

Teniendo en cuenta lo desarrollado en los capítulos precedentes, se presenta el análisis del contenido de la sentencia recaída en la Casación N° 958-2018/Tumbes de fecha 27 de noviembre del 2019, sobre homicidio y abuso de autoridad, en lo concerniente a este último delito.

#### 3.1 Hechos referidos en la sentencia casatoria

El 12 de noviembre del 2013, Jeyri Kevin Julca Dávila, Suboficial de Tercera de la PNP patrullaba, conjuntamente con otro Suboficial, en una unidad policial de la Comisaría de San José de Tumbes, cuando advirtieron la presencia de un vehículo que circulaba a gran velocidad y en cuyo interior iban dos personas que, supuestamente transportaban combustible de procedencia extranjera; los policías persiguieron al vehículo pero fueron obstruidos por otros dos vehículos, con lo que el vehículo perseguido logró fugarse. Los policías lograron intervenir uno de los vehículos que aparentemente habría irrumpido en la intervención policial, el cual era conducido por el agraviado Manuel Enrique Benítez Jiménez, quien recibió un disparo en su cabeza que le ocasionó la muerte; siendo que el disparo se produjo después que el vehículo ya se había detenido.

En razón de tales hechos, la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tumbes formuló acusación contra Jeyri Kevin Julca Dávila como autor de los delitos de homicidio simple, en agravio de Manuel Enrique Benítez Jiménez y de abuso de autoridad en agravio del Estado y del occiso. En su oportunidad, el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes dictó auto de enjuiciamiento y el juicio oral fue ventilado ante el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes, cuyo juez dictó sentencia condenando a Julca Dávila como autor de los delitos de homicidio simple, a nueve años y de abuso de autoridad, a un año; en ambos casos la pena fue privativa de libertad efectiva, y sumadas ambas se tuvo un total de diez años, fijándose una reparación civil en ciento cincuenta mil soles, más cinco mil soles a favor de los herederos legales del occiso y mil soles a favor del Estado. El encausado interpuso recurso de apelación.

La Sala Penal de Apelaciones emitió sentencia de vista confirmando un extremo de la sentencia apelada y revocando otro extremo; así el acusado fue condenado como autor de los delitos de homicidio simple a ocho años y de abuso de autoridad, a ocho meses, imponiéndole un total de ocho años y ocho meses de pena privativa de libertad efectiva, y al pago de una reparación civil de ciento cincuenta mil soles, de cinco mil soles a favor de los herederos legales del occiso y de mil soles a favor del Estado.



Contra la referida sentencia de vista el abogado del encausado interpuso recurso de casación, amparándose en el inciso 4 del artículo 427 del código procesal penal<sup>15</sup> y en el inciso 3 del artículo 429)<sup>16</sup> del mismo cuerpo legal.

Desde el acceso excepcional al recurso de casación, la defensa solicitó que se estime la disminución de la pena por debajo del mínimo legal, por corresponder a la minoría de edad que tenía el acusado al momento de los hechos (lo que no había aceptado el Tribunal Superior al resolver la Apelación); también solicitó la aplicación de las normas que regulan el concurso ideal de delitos, ya que el Tribunal aplicó las del concurso real de delitos, sin mayor análisis jurídico. La Corte Suprema declaró bien concedido el citado recurso por la causal de infracción de precepto material (inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal).

### **3.2 Desarrollo de la Corte Suprema**

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia emitió la Sentencia de Casación N° 950-2018/Tumbes, en donde desarrolla ciertos puntos que podrían ser considerados como cuestionables.

Respecto a la primera denuncia casacional (segundo fundamento de derecho de la sentencia), la Corte sustentó que el encausado, cometió el hecho delictivo cuando tenía veinte años de edad; por lo que, de conformidad con el Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116, estableció que se debía aplicar el artículo 22 del código penal<sup>17</sup>, sin excepciones.

En cuanto a la segunda denuncia casacional determinó que está probado que el acusado actuó en acto de servicio, a propósito de una fallida intervención policial, y que utilizó indebidamente su arma de reglamento al disparar al agraviado –quien ya se encontraba controlado y sobrepasado– causándole la muerte (tercero, cuarto y quinto fundamento de derecho). Además, precisó que, por la forma en la que fue intervenido el imputado, se trató de un solo hecho histórico, no de dos y que, en el contexto del hecho, se verificó que fue una

<sup>15</sup> Código procesal penal, Art. 427: Procedencia. 4) Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

<sup>16</sup> Código procesal penal, Artículo 429: Son causales para interponer recurso de casación: 3) Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

<sup>17</sup> Código procesal penal, Art. 22: Responsabilidad restringida por la edad. Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los Arts. 111, 3° párrafo, y 124, 4° párrafo. Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años de cadena perpetua.

actuación de intervención claramente errónea y abusiva al disparar contra la víctima y matarlo; es decir, fue un todo unitario – unidad de acciones naturales– con un actuar progresivo en un estrecho contexto físico y temporal.

Citando a Abanto Vásquez, Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, manifestó que se trataba de un concurso aparente de leyes o unidad de ley, resuelta por el principio de alternatividad en función a la estructura lógica de subordinación, propia del principio de especialidad: “el tipo penal de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos”. En ese sentido, concluyó que, al tratarse de un concurso aparente de leyes, solo debía ser aplicable el delito de homicidio simple, no correspondiendo sancionar por abuso de autoridad y que, por lo tanto, no había concurso real de delitos.

Por tales razones, declaró fundado el recurso de casación por infracción de precepto material y, en consecuencia, la Corte casó la sentencia de vista, confirmando la de primera instancia, en cuanto condenó al acusado como autor del delito de homicidio simple en agravio de Manuel Enrique Benítez Jiménez y fijó en ciento cincuenta mil soles por concepto de reparación civil a favor de los herederos legales del occiso.

Asimismo, “la revocó en el extremo que se condenó al acusado como autor del delito de abuso de autoridad en agravio del Estado – Ministerio del Interior y de Manuel Enrique Benítez Jiménez; reformándolo, lo absolvieron de la acusación fiscal formulada en su contra por dicho delito, archivándose lo actuado definitivamente y anulándose sus antecedentes policiales judiciales en ese extremo”<sup>18</sup>. Por último, se revocó en la parte que le impuso nueve años de pena privativa de libertad; reformándola le impusieron cinco años y seis meses de pena privativa de libertad.

### **3.3 Análisis de la casación**

Ahora bien, cabe mencionar que la Corte Suprema incurrió en inexactitudes respecto al análisis realizado sobre el caso concreto; por ello resulta necesario entrar en detalle sobre cada uno de los puntos importantes para el análisis debido, respecto a los hechos: misión de la Policía Nacional del Perú, intervención que realizó el efectivo policial, concurso de delitos o de leyes y delitos imputables de acuerdo al caso específico.

---

<sup>18</sup> Énfasis nuestro.



### 3.3.1 *Respecto a la Policía Nacional de Perú*

La Policía Nacional del Perú es una institución estatal, subordinada al poder constitucional<sup>19</sup>, que tiene por misión garantizar, mantener y restablecer el orden interno, prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantizando el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Asimismo, debe prevenir, investigar y combatir la delincuencia, con el propósito de defender a la sociedad y a las personas, a fin de permitir su pleno desarrollo, en el marco de una cultura de paz y de respeto a los derechos humanos<sup>20</sup>.

En ese sentido, el personal policial, al ejercer sus funciones, debe aplicar sus conocimientos especializados adquiridos a través de formación profesional, para procurar la excelencia del servicio a prestar. Para garantizar la excelencia en el servicio y para el cumplimiento de las diversas funciones y finalidades propias de la P.N.P., el Estado le atribuye el uso de la fuerza pública, la que debe utilizar con pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas, cumpliendo lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, así como con lo establecido en el numeral 5 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú y demás normas concordantes.<sup>21</sup>

Esta última norma establece las funciones de la Policía, entre las cuales figura la de “garantizar los derechos de las personas y la protección de sus bienes, privilegiando de manera especial a la población en riesgo, vulnerabilidad y abandono, incorporando los enfoques de derechos humanos, género e interculturalidad en sus intervenciones”.

De este modo, se puede afirmar que la Policía es la primera línea de defensa de los derechos humanos, dado que es la encargada de hacer cumplir la ley, conforme a las demás normas y decisiones jurisdiccionales, nacionales e internacionales, sobre los derechos humanos.<sup>22</sup> Para ello, y conforme está expresado, cuando el ejercicio de sus funciones así lo requieran, el personal policial puede intervenir y hacer uso de la fuerza, de acuerdo a la

<sup>19</sup> En referencia al artículo 169 de la Constitución: “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional.”

<sup>20</sup> Así lo establece el Artículo III del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1267 Ley de la Policía Nacional del Perú.

<sup>21</sup> Además, tal como señala el numeral 8) del Art. 3° del D.L 1267 Ley de la Policía Nacional del Perú: (...), Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego, en el marco de los acuerdos adoptados por las Naciones Unidas.

<sup>22</sup> *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial*, aprobado por la Resolución Ministerial N° 952-2018-IN, p. 7.

normatividad vigente, siempre teniendo en cuenta que su principal objetivo es el servicio a la comunidad y la protección a las personas.

Es imprescindible que los efectivos policiales mantengan una actitud honesta, solidaria, proactiva, comprometida, justa y respetuosa; ya que actuar en este marco facilita y legitima el cumplimiento de sus funciones, fortaleciendo la relación con los ciudadanos. Por el contrario, no actuar éticamente genera desprestigio a la institución policial, falta de credibilidad y legitimidad, desconfianza, temor y, en consecuencia, el alejamiento institucional de la sociedad<sup>23</sup>.

Todo esto parece confirmar que al momento en que sucedieron los hechos recogidos en la casación, el encausado Jeyri Kevin Julca Dávila tenía el deber de garantizar el cumplimiento de las leyes, así como la protección de los derechos de las personas intervenidas, por su cualidad de ser un efectivo policial que tiene obligaciones y funciones recogidas en las normas precitadas; por ende, debe evitar –entre otras cosas– actos abusivos al momento de realizar una intervención de acuerdo a sus funciones.

En los hechos descritos, es evidente que el policía encausado no actuó con la diligencia correspondiente, operando de manera errónea y generando un abuso respecto a la forma en la que intervino a la víctima; ignoró en todo momento el deber que ostenta respecto a la protección de la sociedad. Además, es claro que en la intervención no mantuvo una actitud legítima, justa y respetuosa, pues realizó disparos incluso cuando la víctima ya había detenido su vehículo. Tampoco se aseguró de identificar a los ocupantes del vehículo intervenido, pues en su interior también iba una menor de edad, lo cual pone de manifiesto la falta de ética en su conducta.

### **3.3.2 Respetto al uso de la fuerza.**

Desde el punto de vista jurídico, la fuerza ha sido definida como “el medio que, en sus diferentes niveles, usa el personal de la Policía Nacional del Perú, dentro del marco de la ley, para lograr el control de una situación que constituye una amenaza o atenta contra la seguridad, el orden público, la integridad o la vida de las personas”<sup>24</sup>.

De esta manera, la fuerza debe aplicarse mediante un acto discrecional, legal, legítimo y profesional, incluso teniendo consideraciones especiales cuando se trata de mujeres, niñas,

<sup>23</sup> Capítulo V: Conducta ética en la aplicación de la ley, *Manual de Derechos Humanos aplicado a la función policial*, ob. cit., p. 21.

<sup>24</sup> Art. 3 literal a., del Decreto Legislativo N° 1186 que Regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú.

niños y adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad, brindándoles un trato humano y digno que debe ser obligación de todo policía<sup>25</sup>.

No obstante, el personal policial solo debería recurrir al uso de la fuerza cuando otros medios a emplear resulten seriamente ineficaces ya que, de lo contrario, afectaría gravemente los derechos humanos de los individuos implicados y de la sociedad. Por eso, resulta indispensable adoptar medidas que impidan el uso excesivo o indebido de la fuerza policial, siguiendo tres principios en los que se sustentan los derechos fundamentales:

**a. Legalidad**

Se refiere a que la fuerza empleada por el personal policial siempre debe estar sujeta a lo establecido por la ley (normas jurídicas constitucionales, legales, reglamentarias, administrativas o directivas). Además, existen límites, condiciones y protocolos, explícitos y previamente establecidos, al momento del ejercicio legítimo de la fuerza.

**b. Necesidad**

En el sentido que el uso de la fuerza se debe efectuar solo cuando otros medios resulten ineficaces o el objetivo de una acción puede alcanzarse sin recurrir al ejercicio de la fuerza.

**c. Proporcionalidad**

En cuanto al nivel de fuerza y los medios a emplearse para alcanzar el objetivo legal buscado; estos deben ser concordantes y proporcionales a la resistencia ofrecida, la intensidad de la agresión o amenaza, la forma de proceder y el peligro que representa la persona a intervenir, o la situación por controlar<sup>26</sup>.

Actualmente existe una particularidad respecto al principio de proporcionalidad, puesto que este ha sido expresamente derogado por la Ley de Protección Policial, Ley N° 31012<sup>27</sup>. Derogación cuestionable, puesto que solo quedan vigentes los principios de legalidad y necesidad. En consecuencia, resulta totalmente inadecuado que se haya dejado de lado el principio de proporcionalidad, pese a que este constantemente invocado tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional. Esto implica que actualmente se permita

<sup>25</sup> Manual de Derechos Humanos aplicados a la Función Policial, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 952-2018-IN, p. 51.

<sup>26</sup> El Art. 6.3, literal a, del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1186 regula el uso de la fuerza por parte del personal de la Policía Nacional del Perú (DS 012-2016-IN).

<sup>27</sup> La Ley N° 31012, Ley de Protección Policial que, en su única Disposición Complementaria Derogatoria señala: “Derogase el literal c) del numeral 4.1 del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, o déjese en suspenso, según el caso, las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a lo establecido por la presente ley o limiten su aplicación, con la entrada en vigencia de la presente ley.”

a la policía un uso discrecional que, inclusive, puede ser desproporcionada a la situación en que interviene.

Inclusive, es necesario e importante tener claro que el principio de proporcionalidad tiene sustento constitucional (artículos 1, 45 y 200 de la Constitución Política del Perú); por ende, sigue siendo posible cuestionar la actuación policial si se ejecuta utilizando desproporcionalmente la fuerza, ya que el principio constitucional de proporcionalidad sigue irradiando todo ámbito de intervención tanto de las autoridades como de los particulares; entonces, el uso de la fuerza de la Policía siempre deberá ajustarse a este principio constitucional; en tal sentido, esta derogatoria, no genera ningún efecto práctico, sino simbólico.

Concretamente, si es de analizarse la conducta del policía al momento de realizar una intervención mediante el uso de la fuerza, deberá tenerse presente y aplicarse las diversas normas y los principios que regulan la forma en la que debe hacer uso de la misma, con el fin de evitar que se vulneren los derechos de las personas y se promueva una adecuada convivencia en sociedad.

#### **d. El uso de la fuerza en la intervención policial**

Conforme a lo expresado y sustentado, se debe reconocer que el ejercicio de la función policial no puede ni debe ser arbitrario; por el contrario, se encuentra regulado a efectos de que realmente permita que se brinde protección constitucional a la persona intervenida, aun cuando esté incumpliendo con las normas legales, pues de lo contrario se estará incurriendo en uso arbitrario de la fuerza policial, lo que se encuentra proscrito por toda una inmensa gama de normas protectoras de los derechos humanos.

Además, el Decreto Legislativo N° 1186 y su Reglamento, regulan expresamente las reglas generales para el uso de la fuerza que deben emplear los policías al momento de realizar una intervención, y conforme a sus normas el uso de la fuerza debe ejecutarse de manera progresiva, racional y diferenciada, conforme a los principios ya detallados. Es decir, el policía debe actuar considerando el nivel de cooperación, resistencia o agresión del sujeto intervenido.

En el artículo 7 de dicho Decreto Legislativo, se establece una serie de criterios a partir de los cuales se puede realizar un juicio de ponderación respecto a las actuaciones que se desarrollan en una intervención policial.

**a. Gradualidad de la resistencia por parte del ciudadano intervenido:** se reconocen en la ley:

a.1 Resistencia pasiva:

- **Riesgo latente:** riesgo implícito que tiene toda intervención policial. Es decir, cada vez que un policía interviene a una persona, siempre existe la posibilidad o el riesgo de que el agente policial que interviene tenga algún tipo de afectación.
- **Cooperador:** aquel ciudadano que, intervenido, coopera sin ningún tipo de inconveniente.
- **No cooperador:** aquel ciudadano que no realiza ningún acto que favorezca la intervención policial. Por ejemplo, no presta ningún tipo ayuda, omite identificarse cuando se lo pide la Policía, etc.

a.2. Resistencia activa:

- **Resistencia física:** aquella que implica una fuerte oposición a cualquier tipo de intervención corporal, incluso al proceso de una detención efectuada por agente policial. Implica resistencia, pero sin generar ningún tipo de agresión; es decir, simplemente, la persona se resiste para evitar el ejercicio activo por parte de la policía.
- **Agresión no letal:** acto que genera agresión a un policía (por ej. golpes, bofetadas, o cualquier tipo de afectación que no implique peligro de muerte).
- **Agresión letal:** se pone en peligro la vida del policía o cualquier persona involucrada en la intervención. Se puede dar a través de cualquier medio.

**b. Gradualidad de la fuerza por parte de la P.N.P.:**

b.1. Niveles preventivos:

- **Presencia policial:** entendida como la identificación del agente policial, uniformado y debidamente identificado.
- **Verbalización:** orden verbal adecuada, que el policía puede dar empleando términos que sean fácilmente entendidos y comprendidos por las personas intervenidas. Puede ser utilizada en todos los niveles del uso de la fuerza.
- **Control de contacto:** empleo de técnicas de comunicación, negociación y procedimientos que estén destinados a contener la acción o actitud de la persona o grupos a ser intervenidos, sin llegar al control físico.

## b.2. Niveles reactivos:

- Control físico: implica una intervención corporal, empleando las técnicas policiales que permiten controlar, reducir, inmovilizar y conducir a la persona intervenida, evitando en lo posible causar lesiones.
- Tácticas defensivas no letales: a través de recursos policiales no letales; es decir, que no impliquen riesgo a la vida del intervenido.
- Fuerza letal: es el uso de armas de fuego por parte del personal policial, contra quien realiza una acción que representa un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, con el objetivo de controlarlo y defender la vida propia o de otras personas. Este nivel se debe entender como potencialmente letal, toda vez que su uso no se orienta a causar necesariamente la muerte, sino a contrarrestar el peligro, debiendo el personal policial prestar los auxilios correspondientes una vez que la situación de riesgo ha sido controlada<sup>28</sup>.

Ahora bien, el uso de la fuerza no solo ha sido regulado en la normativa nacional, sino que se recoge, además, en directrices internacionales en procura de la protección de los derechos humanos de todas las personas, como ser el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

En ambas normativas, se incluye a los agentes que ejercen funciones de policía, quienes tienen el deber de respetar y proteger la dignidad humana en el desarrollo de sus actividades funcionales, haciendo prevalecer la protección a los derechos humanos en cualquiera de sus intervenciones. El uso de la fuerza empleada por los funcionarios es excepcional, y aunque están autorizados para emplearla, deben tener en cuenta las circunstancias en cada situación, y no excederse de los límites establecidos. No debe existir un uso arbitrario de la fuerza, sino que deben respetarse los parámetros relativos a la legitimidad de su conducta.

Asimismo, el uso de armas de fuego es considerado una medida extrema y, por tanto, deben ser usadas solamente cuando otros medios no violentos sean insuficientes para el control de la situación, teniendo en cuenta los principios de necesidad y razonabilidad<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. Manual de Derechos Humanos aplicados a la Función Policial, ob. cit., p. 53.

<sup>29</sup> Art. 9º de los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que representa



De lo antes dicho se desprende que, existen criterios que regulan tanto, la gradualidad de la resistencia de los ciudadanos y la gradualidad de la fuerza por parte de la P.N.P. Ello con el fin de que la fuerza sea acorde a la resistencia empleada por el sujeto intervenido, tratando en todo momento de evitar el abuso, pues no todas las intervenciones se realizarán de la misma manera, sino que, importa mucho reconocer la actitud que demuestra el intervenido. De esta forma, lo que se da a entender es que para el uso de la fuerza por parte de la policía debe existir real y efectiva necesidad respecto a la intervención que desarrolla.

En el caso concreto, materia de esta investigación, se señala lo siguiente: “(...) En estas circunstancias el encausado Julca Dávila bajó de la unidad policial e intervino el vehículo de placa de rodaje FO-3272, que se interpuso y había dificultado la labor policial, coche que era conducido por el agraviado Manuel Enrique Benites Jiménez y en el que iba también Viviana Anaís Torres Conde y su menor hija. Es del caso que el encausado Julca Dávila efectuó disparos y se acercó al vehículo, produciéndose una discusión con la señora Torres Conde y un ulterior altercado. En esas circunstancias efectuó un último disparo que impactó en el parabrisas posterior del coche que terminó impactando en la cabeza de la víctima Benites Jiménez y le ocasionó la muerte, pese a que la detención de este último ya se había producido. El arma de fuego utilizada el día de los hechos fue asignada al citado efectivo policial. El proyectil de arma de fuego ingresó por la parte posterior del vehículo que trasladaba a la víctima”<sup>30</sup>.

Por todo lo descrito anteriormente, es evidente la mala intervención que realiza el efectivo Julca Dávila, toda vez que no actuó con la diligencia correspondiente al momento de realizar la intervención.

De los hechos materia del proceso y ejecutoria en análisis, se puede precisar que la víctima, Benites Jiménez, se encontraba acompañado de dos personas, incluida una menor de edad; además, él ni sus acompañantes, tuvieron una conducta resistente al momento en que fueron intervenidos por el encausado; por el contrario, de acuerdo a la gradualidad de la resistencia de la víctima a la que se ha hecho referencia, tuvo una resistencia pasiva y cooperadora, pues Benites Jiménez detuvo su vehículo al momento en que se dio cuenta de la presencia policial, lo cual indica que estaba cooperando en la intervención sin ningún tipo de inconveniente.

---

ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

<sup>30</sup> Fundamento de Hecho Tercero B., de la Sentencia Casación N° 950-2018/TUMBES. Énfasis nuestro.



Por otro lado, el efectivo Julca Dávila no actuó de manera progresiva y diferenciada al momento en que el policía hizo uso de la fuerza conforme a los criterios ya mencionados. Pues, como es evidente, la víctima había cooperado en la intervención, teniendo una resistencia pasiva, junto a sus acompañantes. Es por ello que el policía, en principio, debió identificarse como agente policial y posteriormente, mediante una orden verbal, intervenir adecuadamente mediante términos fácilmente entendidos y comprendidos, sin necesidad de hacer uso de su arma de fuego reglamentaria, pues en ningún momento se evidencia un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves que deba ser controlado. Tampoco estaba en peligro su vida o la vida de otras personas, lo cual justifique el uso de la fuerza letal, conforme se encuentra debidamente reglamentado respecto al procedimiento para el uso del arma de fuego que debe emplear el policía<sup>31</sup>.

En consecuencia, hubo un procedimiento irregular y abuso de autoridad, en razón de que el policía realizó una intervención mediante una conducta plagada de arbitrariedad, ocasionando perjuicio al agraviado, vulneración de su derecho a la vida, y a sus deudos, quienes se vieron perjudicados, por lo menos moralmente por la pérdida de su familiar. El perjuicio, como ya se ha dejado establecido precedentemente, no solo tiene naturaleza económica, sino también comprende el daño físico y/o moral recaído en una persona y, actualmente, incluso en un animal.

Es de aclararse que el personal policial en cualquier intervención debe identificarse plenamente aun cuando esté uniformado; es decir, debe mostrar el documento que lo identifique como miembro de la Policía Nacional; esto es así, puesto que el solo uniforme no da certeza de que se trate efectivamente de un agente policial, más aún que en muchos locales comerciales se comercializa todos los elementos constitutivos de un uniforme de la policía.

Asimismo, al momento de la intervención, deberá advertir al presunto infractor de su intención de disparar su arma de fuego, dándole tiempo suficiente para que lo entienda y tome una decisión. Incluso ante peligro de su propia vida, el policía siempre estará obligado de efectuar disparos al aire como advertencia de su intervención mediante el uso del arma de fuego y, en último caso, el disparo debe hacerse en parte corporal que, en la medida de lo posible, no ocasione la muerte del intervenido. Lo que no se cumplió en el presente caso; por lo menos no se ha establecido en ninguna de las sentencias preliminares ni en la sentencia final que así haya sido.

---

<sup>31</sup> El procedimiento para el uso del arma de fuego está regulado en el Manual de Derechos Humanos aplicados a la función policial, del año 2006 (pág. 26) y 2018 (pág. 49), aprobados mediante RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 1452-2006-IN del 31 de mayo de 2006 y Resolución Ministerial N° 952-2018-IN del 14 de agosto de 2018 respectivamente

Los manuales precitados regulan este procedimiento especificando que el uso del arma de fuego es excepcional y solo deberá utilizarse en defensa de la vida. Sin embargo, este procedimiento deberá adecuarse a los acontecimientos en los que se desarrolle la intervención, pues no se ejecutará si su práctica crea un riesgo de muerte o lesiones graves para el personal policial u otras personas<sup>32</sup>.

Por tanto, se puede inferir objetivamente que el policía, en todo momento que desarrolló su intervención, tuvo una actitud abusiva y arbitraria, incurriendo en abuso de autoridad y ocasionando la muerte de la víctima (homicidio); lo que indica que, producto de una mala intervención se produjo la comisión de dos delitos (y no de uno como se precisa en la ejecutoria bajo análisis), ocasionando perjuicios graves e irreparables como los ya precisados.

#### **e. De una irregular e ilegal intervención al homicidio**

De lo ya analizado, se tiene que la muerte del intervenido es causada por la irregular e ilegal intervención efectuada por el personal policial, ya que no cumplió con las normas legales que regulan el procedimiento de intervención policial y el uso del arma de fuego, actuando, además, en evidente vulneración de los derechos de la persona intervenida y, luego, fallecida por disparo efectuado, sin que se haya garantizado en todo momento sus derechos.

También se debe tener en cuenta que en el procedimiento policial que generó el hecho delictivo no generó riesgo efectivo, ni siquiera potencial, respecto al policía, dado que se ha podido verificar de los contenidos reseñados en el proceso que el intervenido Benites Jiménez cooperó y que en ningún momento opuso resistencia a la intervención. Por el contrario, el policía Julca Dávila efectuó disparos y posteriormente se acercó al vehículo intervenido y disparó sin la debida justificación, causando la muerte del agraviado.

En ese sentido, la conducta del efectivo policial Julca Dávila, no solo configuró el delito de abuso de autoridad, al momento de realizar una intervención impropia, sino que,

<sup>32</sup> El personal de la Policía Nacional del Perú, excepcionalmente, podrá usar el arma de fuego cuando sea estrictamente necesario y solo cuando otras medidas menos extremas resulten insuficientes o sean inadecuadas, en las siguientes situaciones:

- En defensa propia o de otras personas en caso de peligro real e inminente de muerte o lesiones graves.
- Cuando se produzca una situación que implique una seria amenaza para la vida durante la comisión de un delito particularmente grave.
- Cuando se genere un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves como consecuencia de la resistencia ofrecida por la persona que vaya a ser detenida.
- Cuando la vida de una persona es puesta en riesgo real, inminente y actual por quien se está fugando.
- Cuando se genere un peligro real o inminente de muerte del personal policial u otra persona, por la acción de quien participa de una reunión tumultuaria o violenta.

Ello quiere decir, que de acuerdo a las circunstancias será justificado el uso del arma de fuego por parte de la Policía, y si las condiciones lo permiten deberá disparar en determinadas zonas del cuerpo con la finalidad de controlar la acción letal del presunto infractor de la ley. En este sentido: *Cfr.* Manual de Derechos Humanos aplicados a la Función Policial, ob. cit., p. 49 y ss.

producto de su ilegal e ilegítima actuación, se causó un grave e irreparable perjuicio a la víctima y a sus familiares, al arrebatar la vida del intervenido vulnerando el derecho más importante del ser humano y consumando el delito de homicidio.

Si bien es cierto, tal como se ha explicado anteriormente, para que se configure el delito de abuso de autoridad es necesario que se ocasione un perjuicio grave, tanto para la víctima como para el Estado, producto de la desvinculación del agente que posee facultades y prerrogativas otorgadas en razón de sus funciones; en este caso sí se han ocasionado dichos perjuicios; en tanto, el delito de abuso de autoridad, originó un perjuicio grave al intervenido quitándole la vida, así como también a sus familiares (por lo menos daño moral) y además, al Estado, perjudicando la imagen de la Policía Nacional del Perú, por la irregular actuación (desvinculación de las normas que regulan su actuación) de uno de sus agentes. Además, es evidente que, en este caso concreto, también se ha originado el delito de homicidio (perjuicio al intervenido al haber vulnerado a su derecho a la vida). Es decir, el policía incurrió en dos delitos independientes, pues protegen bienes jurídicos distintos.

**f. La Administración Pública como sujeto pasivo del delito de abuso de autoridad**

Como es evidente, la actuación del efectivo Julca Dávila ha sido desproporcionada, en la forma en la que se produjo la intervención a la víctima y sus acompañantes, vulnerando de esta forma todas aquellas normas extrapenales que regulan expresamente la manera en la que debe actuar frente a determinados sucesos, teniendo en cuenta las circunstancias.

De lo antes dicho, se desprende que el sujeto pasivo del delito de abuso de autoridad ha sido la administración pública, pues el encausado Julca Dávila, al realizar una intervención abusiva y desproporcionada, infringió las normas extrapenales a las que se encuentra sujeta su actuación, vulnerando aquella vinculación que lo supedita al Estado y quebrantando no solo la constitucionalidad de la institución que representa, sino que además genera desconfianza y debilidad en la legalidad de la misma. Es por ello que, la administración pública se ha visto afectada por los hechos cometidos por el efectivo policial, lesionando aquellos deberes y expectativas normativas que lo vinculan. Sin embargo, las consecuencias de dichos actos abusivos han recaído sobre la víctima Benites Jiménez, en el sentido que se ha visto despojado de su derecho fundamental a la vida, lo cual implica que, en este caso, el delito de abuso de autoridad no solo origina perjuicio a la administración pública, sino también al particular (ambos sujetos pasivos del delito).

**g. La víctima del perjuicio en el delito de abuso de autoridad**

Como se ha señalado anteriormente, el tipo penal de abuso de autoridad exige expresamente que el perjuicio que se causa por el acto arbitrario del funcionario público debe

recaer sobre alguien, sujeto distinto a la administración pública, pues esta se ve vulnerada por la simple incurrancia del funcionario público en su desvinculación e incumplimiento de las normas que regulan su actuación. Sin embargo, no es el único afectado en la ejecución del delito, pues el perjuicio concreto podrá recaer sobre una persona natural o jurídica, que también sufrirá las consecuencias de la conducta arbitraria del sujeto activo.

Si bien, la posición de la doctrina aún no está definida respecto a la precisión sobre la persona que pueda considerarse sujeto pasivo en el caso de los delitos de abuso de autoridad,<sup>33</sup> resulta claro que el sujeto pasivo y el sujeto perjudicado por la mala actuación del policía, están vinculados entre sí, pues ambos han sido afectados por la conducta arbitraria del mismo sujeto activo.

Por un lado, tal como se ha mencionado en el apartado anterior, el sujeto pasivo es la administración pública, por ser titular del bien jurídico afectado por el funcionario público vinculado a esta; pero es evidente que el perjuicio también ha recaído sobre el agraviado Benites Jiménez, pues no solo se ha visto perjudicado por la mala intervención del acusado Julca Dávila, sino que producto de esta mala intervención fue víctima de un segundo delito que conllevó el perjuicio irreparable respecto a su derecho fundamental a la vida.

#### **3.4 ¿Cómo se causó el perjuicio?**

En este apartado, se analiza la importancia de diferenciar los dos perjuicios que fueron ocasionados por los hechos devastadores, causados por el efectivo policial Julca Dávila.

En primer lugar, tal como se ha hecho referencia en el apartado anterior, producto de la mala intervención del policía se produjo el perjuicio grave requerido para que se configure el delito de abuso de autoridad, pues desde el primer momento, era evidente que la intervención fue desproporcionada, causándose el perjuicio no solo sobre la administración pública, sino que también recayó, y con mayor intensidad, en el intervenido Benites Jiménez.

Sin embargo, la actuación del policía no solo configuró el delito de abuso de autoridad, sino que, con el último disparo, se extralimitó en los parámetros establecidos para configurar el delito de abuso de autoridad y generó el delito de homicidio, causando de esta manera un perjuicio irreparable sobre la víctima y perjudicando moral y psicológicamente, también a sus acompañantes.

---

<sup>33</sup> Cfr. Salinas Siccha: (...) pues mientras en la ejecutoria suprema del 24 de septiembre de 1996 se sostiene que “el Estado es el sujeto pasivo y no una persona particular como erróneamente se ha consignado en la resolución material de grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado”; en la ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2001 se argumenta que “se considera como agraviado al Estado de manera equivocada, toda vez que en el delito de abuso de autoridad, el sujeto pasivo es el particular. En: *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 159 y ss.

Es por esto que, producto de todo el análisis planteado, se infiere que la gravedad del perjuicio no solo generó la configuración del delito de abuso de autoridad, sino que también generó un delito de mayor gravedad en contra de la víctima, pues las consecuencias son irreparables. De este modo, se comprueba que el perjuicio al que se refiere el artículo 376 del código penal, fue grave y, por ende, impulsador de la acción punitiva del estado con la aplicación de las normas pertinentes del derecho penal; sin perjuicio de que también se incurrió en el delito de homicidio; siendo que ambos delitos debían ser atribuidos al efectivo policial, pues todo se inició a partir de su mala intervención.

### **3.5 El resultado lesivo**

Siguiendo con todo lo indicado en los apartados anteriores, es preciso señalar que, el perjuicio grave causado por el abuso de autoridad, en el caso materia de análisis, ha concluido con un resultado lesivo y un daño irreparable, tanto para el sujeto pasivo (el estado), como para la víctima (el particular afectado).

#### **3.5.1 Principio de lesividad material y fragmentariedad en el derecho penal**

¿Sobre quién recae la lesividad material? Según se ha explicado en los capítulos anteriores, ha quedado claro que la lesividad material en el delito de abuso de autoridad se ha afectado tanto al Estado como al sujeto sobre el cual se configuró la lesión de sus derechos, el agraviado.

La lesión al Estado se ha configurado como producto de la actuación contraria a toda normativa legal vigente que regula la intervención por parte de un policía; lo cual ha dado como resultado la desvinculación del efectivo policial con la entidad estatal que representa, vulnerando las facultades que le fueron conferidas y de las cuales tenía pleno conocimiento por su formación académica; por tanto, su actuación debió efectuarse respetando y preservando los derechos fundamentales inherentes a la persona intervenida, habida cuenta que, la gradualidad de la fuerza con la que debe actuar el efectivo policial, debe depender del nivel de resistencia que presente el intervenido que, en el presente caso no se ha evidenciado que haya sido una fuerte resistencia; lo que deja en evidencia la mala intervención por parte del efectivo policial.

El perjuicio se evidencia en los mismos contenidos de la Sentencia de Casación N° 950-2018/Tumbes, en la que se enunciano cómo se ha materializado el daño irreparable sobre el señor Manuel Enrique Benítez Jiménez, agraviado, debido a la mala intervención del policía Jeyri Kevin Julca Dávila, que causó la muerte de la víctima. Se precisa que la actuación del agente policial no garantizó el cumplimiento de sus facultades asignadas para



evitar el daño, sino que, por el uso excesivo de la fuerza, cometió el delito de abuso de autoridad y el delito de homicidio.

Se debe tener en cuenta que, el perjuicio a alguien debe necesariamente causar una lesión grave al bien jurídico protegido; solo de esta manera el derecho penal interviene para hacerse sancionar al causante del daño irreparable ocasionado. Por ello, de lo expuesto líneas arriba, se considera que, en el presente caso, ha sido necesaria la aplicación de las normas del derecho penal, por la gravedad de la situación, concretizada en la muerte del señor Benítez Jiménez. Si no existiera este grave perjuicio grave, se estaría en una mera omisión de deberes de función que merecería solo una sanción administrativa, dado que el derecho penal solo es aplicable para sancionar las actuaciones que revistan mayor gravedad.

### ***3.5.2 Daño psicológico y moral ocasionado a las víctimas secundarias del delito de homicidio***

El daño referido es el que se produce en las víctimas secundarias en el delito de homicidio; es decir en aquellas personas que tienen relación cercana o familiar, con la víctima principal del delito.

De acuerdo con los parámetros legales que existen en el ordenamiento jurídico peruano, no siempre será posible resarcir el perjuicio causado ante la pérdida de la víctima principal, teniendo en cuenta que el daño a la víctima secundaria no solo es patrimonial (en este caso opera la figura de la indemnización), sino que también puede darse, como en el presente caso, un daño moral y psicológico, como ser el estrés postraumático que se irá presentando a lo largo del tiempo.

Teniendo como referencia que el homicidio perpetrado en el presente caso ha sido producto de un evento imprevisto, iniciado y consumado por la mala intervención del efectivo policial, concluyendo con la muerte del Sr. Benites Jiménez. De acuerdo con los hechos narrados, la víctima se encontraba en compañía de la señora Torres Conde y su hija menor de edad, presentes al momento de ejecución de los hechos generados por la intervención del policía Julca Dávila quien efectuó el disparo que ocasionó la muerte de la víctima ya mencionada; por lo tanto, los hechos y las respectivas consecuencias, fueron presenciados por las personas que acompañaban a la víctima principal, convirtiéndolas en víctimas secundarias. Es decir, el perjuicio no solo recae sobre bienes patrimoniales, sino también, ha quedado comprobado que las víctimas secundarias sufrieron un daño moral y psicológico, producto del evento delictivo irreparable, infiriéndose que les será sumamente complicado retomar su vida normal, tal como era antes del homicidio que presenciaron.

Es de considerarse que el mayor daño psicológico y moral recaerá en la menor de edad, afectando gravemente su desarrollo, y con posibles consecuencias devastadoras, como el estrés postraumático y otros problemas adicionales que perjudiquen su salud mental, por su temprana edad; lo que no obsta para considerar el perjuicio moral y psicológico causado a la Sra. Torres Conde, pues también presenció los hechos delictivos imprevistos; daños que podrían incapacitarla significativamente para desarrollar su vida normal a nivel personal, laboral, familiar o social. Además, podría generársele problemas como depresión, falta de motivación, baja autoestima, ataques de pánico, ansiedad y malestar general.

Dicho todo lo anterior, es evidente que el perjuicio no solo se causó sobre la víctima principal, sino que producto de la mala intervención policial y posterior homicidio, se ha causado, además, perjuicio sobre las víctimas secundarias, lo cual trae serios problemas en su vida, que, en principio, deberían ser atendidos para poder superar los trágicos sucesos.







## Conclusiones

**Primera.** Las normas del derecho penal no son aplicables ante cualquier tipo de perjuicio causado sobre una víctima, sino que, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, sólo se aplican en los casos en que el perjuicio generado revista gravedad sobre los bienes jurídicos protegidos; además, cuando las otras ramas del derecho no sean suficientes para resarcir el daño causado, esto en virtud del principio de *última ratio*. De la misma manera, en base al principio de lesividad, será necesario que se produzca un resultado sobre el objeto protegido y no solo una puesta en peligro sobre este.

**Segunda.** El delito de abuso de autoridad se sanciona penalmente cuando el perjuicio grave se produce por una actuación dolosa, es decir el funcionario público decide actuar en contra de las leyes, reglamentos y deberes administrativos. Por otro lado, se sanciona con el derecho administrativo cuando el funcionario actúa de manera culposa; es decir sin dolo.

**Tercera.** En los delitos contra la administración pública, el bien jurídico protegido no recae sobre el correcto funcionamiento de esta, sino sobre los roles especiales que ostenta el funcionario público, los cuales lo vinculan a una institución del estado. En ese sentido, en el delito de abuso de autoridad, el sujeto activo solo podrá ser el funcionario público que comete u ordena el acto abusivo, pues en base a estas conductas, afecta su deber institucional altamente personal. Ello indica que, en este delito, no cabe la posibilidad de partícipes (extraneus), sino solamente de uno o más autores.

**Cuarta.** En el delito de abuso de autoridad se puede considerar una pluralidad de sujetos pasivos: i) la administración pública –identificada como el sujeto pasivo principal–, producto de la desvinculación del funcionario público al vulnerar las normas que lo vinculan a la institución y ii) el particular –sujeto pasivo principal (agraviado) o secundario (perjudicado)–, sobre quienes recae el perjuicio grave, al ser afectados o lesionados gravemente en sus derechos subjetivos.

**Quinta.** El efectivo policial se extralimitó en la actuación de intervención y realizó un mal uso de la fuerza, a pesar de que existe normativa nacional e internacional que regula la misma, considerando que el uso de la fuerza letal solo se empleará cuando se evidencie un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves. Asimismo, en el caso analizado, se ha utilizado un arma de fuego, sin que haya habido necesidad extrema que justifique su aplicación, vulnerándose los principios de necesidad y proporcionalidad.

**Sexta.** La Corte Suprema en la Casación 950-2018/Tumbes ha emitido un fallo cuestionable; pues conforme al análisis efectuado en esta investigación, sí se han configurado los delitos de homicidio y de abuso de autoridad. En el caso concreto, el delito de homicidio

ha sido consecuencia del abuso de autoridad, producto de la mala intervención del efectivo policial.



## **Recomendaciones**

**Primera.** Se establezcan disposiciones específicas para otorgar pensión vitalicia a los deudos directos (cónyuges y/o hijos) de víctimas cuyas muertes hayan sido provocadas por abuso de autoridad ejercido por algún o algunos miembros de la Policía Nacional del Perú, siempre y cuando se establezca jurisdiccionalmente el nexo causal entre el accionar del policía y del fallecimiento de la víctima.

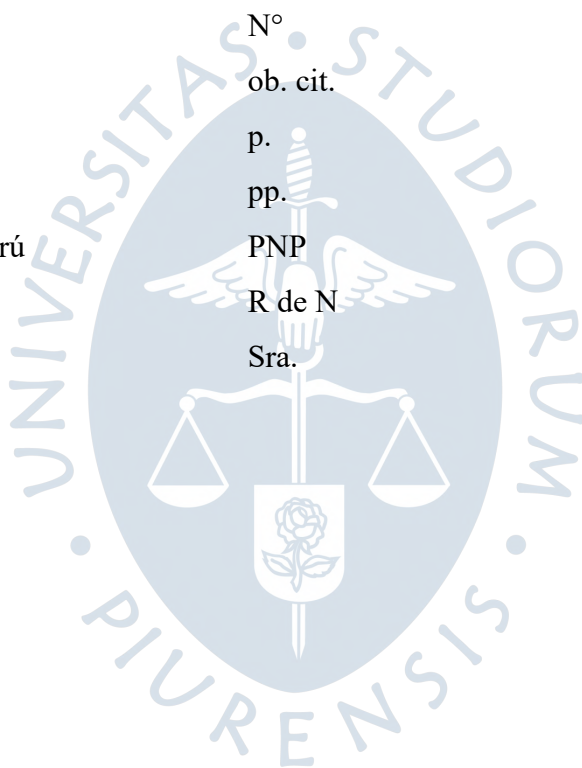
**Segunda.** Se incremente el tiempo de estudios en formación profesional de los futuros policías, especialmente para dar cupo a mayor profundización en cuanto a formación ética y respeto a los derechos humanos.





### Lista de abreviaturas

Artículo	Art.
Comité Internacional de la Cruz Roja	CICR
Confrontar	Cfr.
Decreto Legislativo	D.L.
Decreto Supremo	D.S.
Ejemplo	ej.
Etcétera	etc.
Expediente	Exp.
Ministerio del Interior	IN
Número	Nº
Obra citada	ob. cit.
Página	p.
Páginas	pp.
Policía Nacional del Perú	PNP
Recurso de Nulidad	R de N
Señora	Sra.







## Lista de referencias

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra
- BUERES, A. J. (1992). El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 1, p. 237 a 259
- CALDERÓN SUMARRIVA, A. (2020). *El ABC del Derecho Penal*. San Marcos.
- CORIGLIANO, E. Delitos de peligro. La frontera de lo punible en el Derecho Penal. *Revista internauta de la Práctica jurídica* (18), 2006, p. 2. [http://www.mariocorigliano.com.ar/pdf/delitos\\_de\\_peligro.pdf](http://www.mariocorigliano.com.ar/pdf/delitos_de_peligro.pdf)
- GARCÍA CAVERO, P. (2019). *Derecho Penal, Parte General*. Tercera Edición: Ideas
- MUSCO, E. Y FIANDACA, G. (2006). *Derecho Penal – Parte General*: Editorial Temis.
- PARIONA ARANA, R. (2015). El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales. *THĒMIS – Revista de Derecho* (68). 91–100. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/Themis/article/view/15585>
- PRADO SALDARRIAGA, V. (2011) *Manual de derecho penal. Parte general*. Tomo II. Cuarta edición: Idemsa.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Disponible en: <https://dpej.rae.es/>
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2019). *Código Penal Comentado, Vol. II*, Ediciones Legales.
- ROJAS CASTRO, D. (2019). *La legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ordenamiento jurídico penal peruano*. [Tesis doctoral, Universidad Nacional de Trujillo, Perú]. <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/14833>.
- ROJAS VARGAS, F. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal - Parte General. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas
- SALAZAR SÁNCHEZ, N. (2004). Delitos contra la Administración Pública. *Jurisprudencia Penal*. Jurista Editores.
- SALINAS SICCHA, R. (2015). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Problemas actuales de política criminal Anuario de Derecho Penal 2015-2016*. Pp. 93-126 (2009). *Delitos contra la Administración Pública*: GRIJLEY

- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R. (2020). Los delitos contra la Administración pública en el Perú: aproximación a una clasificación tripartita”, *Revista de Derecho*. PUCP - Vol. 22, Año 2020, p. 33 (2018). *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*. Palestra.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006) *Derecho Penal. Parte General*. Grijley (2003). Límites a la función punitiva estatal. *Derecho & Sociedad*, (21), 2003. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355>



## **Documentos legales**

### **Normas**

Constitución Política del Perú.

Nuevo Código Procesal Penal: Decreto Legislativo N° 957

Ley Orgánica del Ministerio Público: Decreto Legislativo N° 052

Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú: Ley N° 30714

Reglamento de la Ley N° 30714, Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú; aprobado por Decreto Supremo N° 003-2020-IN.

Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

### **Normas Internacionales**

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 7

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 6 (1) y 9 (1)

### **Expedientes**

Casacion-950-2018-Tumbes, del 27 de noviembre del 2019. Sentencia emitida por la Sala penal Permanente de la Corte Suprema de la República – Perú

Acuerdo Plenario 4-2016/CIJ-116 de la Corte Suprema de Justicia: Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias

Acuerdo Plenario 5-2019/CJ-116 XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia: Actuación Policial y exención de responsabilidad penal. De fecha 10 de setiembre del 2019

### **Periódicos**

Diario oficial El Peruano.