



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TITULO:

**“LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA CORRUPCIÓN
PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES
REGULADO EN EL ARTÍCULO 396° DEL CÓDIGO PENAL
PERUANO”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

CRISTHIAN JEAN POOL CRUZ JIMÉNEZ

ASESOR

Mg. JAVIER DÍAZ DÍAZ

CHICLAYO- PERÚ

2019

TITULO:

“LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES REGULADO EN EL ARTÍCULO 396° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO” Tesis presentada por el bachiller Sr: Cristhian Jean Pool Cruz Jiménez, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Cristhian Jean Pool Cruz Jiménez

Bachiller

Mg. Javier Díaz Díaz

Asesor

Aprobado por:

Mg. Lito Becerra Angulo

Presidente

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe

Secretario

Mg. José Horna Segura.

Vocal

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Particular de Chiclayo, Facultad de Derecho, por la oportunidad de estudiar la Carrera Profesional deseada.

A sus autoridades representantes, por su identificación con el alumnado de la Facultad.

A las personas que de diferentes maneras motivaron en el desarrollo de la presente carrera profesional.

DEDICATORIA

A, Dios, por sobre todas las cosas, por permitir que el tan anhelado sueño se haga realidad, por su gran bendición.

A mis padres, quienes con mucho amor y sacrificio me enseñaron a respetar, luchar contra la adversidad; y con su gran amor me cobijan.

A mi Familia, por su constante apoyo y gran comprensión

INTRODUCCION

En el Poder Judicial entre enero del 2015 y diciembre de este año, el Poder Judicial ha condenado a 2,723 funcionarios y servidores públicos por delitos contra la administración pública.

Según el Registro Nacional de Condenas, el año pasado los jueces sancionaron a 1,836 involucrados en actos de corrupción, mientras que de enero a junio del 2016 hicieron lo propio con otros 887.

Entre los delitos que comprenden un número importante de sentenciados figuran cohecho activo (966 casos), peculado (829), colusión (222), aprovechamiento indebido del cargo para beneficio propio o de terceros (153), cohecho pasivo (75), abuso de autoridad (71), peculado (65), entre otros.

La presente tesis se ha desarrollado en 06 capítulos:

En el Primer capítulo desarrollamos los aspectos metodológicos de investigación, en la cual se plantea la problemática, los objetivos y la alternativa de solución.

En el Segundo capítulo correspondiente al marco teórico, se indican los aspectos generales de la Administración pública y la responsabilidad de sus funcionarios y servidores.

En el Tercer Capítulo, se desarrolla La corrupción de Funcionarios bajo la figura del delito de Cohecho Pasivo Propio en la corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales regulado en el artículo 396° del código penal peruano”.

En el cuarto Capítulo, hablamos de “El derecho penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

En el Quinto Capítulo, se expone El Derecho Penal, como última ratio, donde, queda entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal.

Así mismo presento las Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta respectivas.

RESUMEN

El tipo penal de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales regulado en el artículo 396° del Código Penal que también ha sido modificado aumentando la penalidad que era privativa de libertad no mayor de cuatro años a no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso uno y dos del Código Penal. La conducta ahora se define como aquella dirigida a influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia y puede ser cometida por el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores.

El cohecho activo genérico ahora se regula en el artículo 397 del Código Penal siendo sus modificaciones más importantes en cuanto a que la conducta típica es ahora el ofrecer, dar o prometer a funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones o realice u omita actos propios del cargo u empleo, sin faltar a su obligación, conducta típica que ha reemplazado al genérico tratar de corromper que se utilizaba en la antigua redacción, la pena privativa también ha sido aumentada de no menor de tres ni mayor de cinco años a una más grave de no menor de cuatro ni mayor de seis años en el caso del primer párrafo de cohecho activo con destino propio y con pena privativa de libertad de no menor de dos ni mayor de cuatro años a una más grave de no menor de tres ni mayor de cinco años en el caso del segundo párrafo cohecho activo con destino impropio.

ABSTRACT

The criminal type of passive corruption of jurisdictional assistants regulated in article 396 of the Criminal Code that has also been modified by increasing the penalty that was custodial not more than four years to not less than five nor more than eight years old and disqualification according to article 36, subsection one and two of the Criminal Code. The conduct is now defined as that aimed at influencing or deciding on a matter subject to its knowledge or competence and may be committed by the court clerk, rapporteur, specialist, auxiliary jurisdictional or any other analogous to the above.

Generic active bribery is now regulated in Article 397 of the Penal Code, its most important modifications being that the typical conduct is now to offer, give or promise to public official or servant a donation, promise, advantage or benefit to perform omit acts in violation of their obligations or perform or omit acts specific to the position or employment, without breaching their obligation, typical behavior that has replaced the generic attempt to corrupt that was used in the old wording, the penalty has also been increased no less than three nor more than five years to a more serious one of not less than four nor more than six years in the case of the first paragraph of active bribery with his own destiny and with custodial sentence of not less than two nor more than four years to a more serious one of not less than three nor more than five years in the case of the second paragraph active bribery with improper destiny.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO.....	3
DEDICATORIA	4
INTRODUCCION.....	5
RESUMEN.....	6
ABSTRACT	7

CAPITULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
1.3.- FORMULACION DEL PROBLEMA.	14
1.4.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.	14
1.5.- OBJETIVOS	15
1.5.1.- Objetivo General.	15
1.5.2.- Objetivos Específicos.....	15
1.6.- HIPOTESIS.	15
1.7.- VARIABLES.	16
1.7.1.- Variable Independiente:	16
1.7.2.- Variable Dependiente:.....	16
1.8.- METODOLOGÍA.....	16
2.8.1.- Técnicas	16
1.8.2- Población y Muestra	16

CAPITULO II

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, RESPONSABILIDAD DE SUS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES

2.1.- DEFINICIÓN.....	18
2.1.1.- OBJETIVAMENTE:	19
2.1.2.-SUBJETIVAMENTE:	19

2.2.- FUNCIONES DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	20
2.2.1.- LA FUNCIÓN GUBERNATIVA O POLÍTICA:	20
a).- Aspecto sustancial:	20
2.2.2.- LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS, JUDICIAL Y DE LOS ENTES NO ESTATALES.	21
2.2.3.- LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÓRGANO LEGISLATIVO...22	
2.2.4.- LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORGANO JUDICIAL.	23
2.2.5.- LA FUNCION ADMINISTRATIVA DE ENTES NO ESTATALES.	24
2.2.5.1.- El Ordenamiento Jurídico Administrativo.	24
2.2.6.- LA FUNCION DE PREDISPOSICION NORMATIVA.	25
2.2.7.- LA FUNCION NORMATIVA EN LA VIA ADMINISTRATIVA:.....	25
2.3.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO DE DERECHO.....	26
2.4.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII DEL CÓDIGO PENAL.	28
2.4.1.- Antecedentes	28
2.4.2.- Desarrollo teórico-conceptual.....	30
2.5.-RESPONSABILIDADES DE LOS TRABAJADORES EN LA ADMNISTRACION PÚBLICA.	32
2.5.1.- Los Funcionarios y Servidores Públicos.....	33
2.6.- RESPONSABILIDADES EN MATERIA ADMINISTRATIVA, CIVIL Y PENAL.	34
2.6.1.- Definición de Responsabilidad.	34
A. La Responsabilidad Funcional Del Servidor Público.	34
B) Responsabilidad Administrativa.	35
C).- Responsabilidad Civil	36
D).- Responsabilidad Penal.	36
2.7.- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.....	38

2.8.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL, CONFORME LA REFORMA NORMATIVA AL ARTÍCULO 425°, VÍA LA LEY N.º 30124	43
---	----

CAPITULO III

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, COHECHO PASIVO EN LA FIGURA DE CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

3.1.- CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS.	49
3.1.1.- Introducción.	49
3.1.2.- Regulación Normativa (Código Penal)	49
3.1.3.- Aspectos Críticos	50
3.1.3.1.- Sujeto activo.....	50
3.2.- EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO	51
3.2.1.- Definición de cohecho.....	51
3.2.2.-El bien jurídico tutelado en el marco de los delitos de cohecho.....	51
3.2.3.- Clasificación de los delitos de cohecho.	56
3.2.4.- El Delito de Cohecho Pasivo Propio.....	57
3.2.4.1.- Descripción legal.	57
3.2.4.2.- Tipicidad objetiva.....	58
3.2.4.2.1.-Sujeto activo.....	58
3.2.4.2.2.- Sujeto pasivo	59
3.2.4.2.3.- Conducta típica.....	59
3.2.4.2.4.- Consumación y tentativa	60
3.2.5.- Los "Medios corruptores" en los delitos de Cohecho.....	61
3.3.- CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES.	67
3.3.1.- Comentarios generales.	67
3.3.2.- Dispositivos Normativos Prácticos	74

CAPITULO IV

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

4.1.- EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO.....	75
4.2.-- FINALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	78
4.3.- DIFERENCIA ENTRE EL DELITO E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA. ..	85
a) Tesis Unitaria.....	87
b) Teorías Eclécticas.....	90
c).- Teoría Diferenciadora.	90
4.4.- ANÁLISIS CUALITATIVO DE CADA PARTE O VARIABLE DE LA REALIDAD CON CADA PARTE DEL PROBLEMA.....	94

CAPITULO V

EL DERECHO PENAL COMO ÚLTIMA RATIO

5.1.- LIMITES DEL PODER PUNITIVO	99
5.2.- PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD.....	100
5.3.- JURISPRUDENCIA	101
CONCLUSIONES	106
RECOMENDACIONES	107
PROPUESTA DE LA INVESTIGACION.....	108
BIBLIOGRAFÍA	109

CAPITULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

Es importante configurar el problema de la corrupción como un fenómeno principalmente político, teniendo en cuenta que la corrupción genera un impacto negativo en la consolidación de la democracia y de la gobernabilidad pues la magnitud de la corrupción en América Latina desarrollada por la multinacional brasileña Odebrecht ha tenido un impacto singular; un tsunami que no solo se llevó grandes cantidades de dinero, sino también el interés público.

Pues los más de cien proyectos involucrados en el caso Odebrecht no eran realmente obras de infraestructura para el beneficio común sino únicamente excusas para el pago de coimas millonarias en la que se involucró a más de once países (Nicaragua, México, Honduras, República Dominicana, Ecuador, Bolivia, Perú, El Salvador, Panamá, Chile, Uruguay), en la que detalla una compleja maquinaria corrupta el veintiuno de diciembre del dos mil dieciséis, en la que directivos de la empresa ante el Departamento de Justicia y la Fiscalía de Estados Unidos admiten mediante confesión haber pagado aproximadamente 788 millones de dólares a once países de América Latina en que entre el 2001 y 2016, Odebrecht juntos con sus conspiradores acordaron con otros proveer de forma corrupta ciento de millones de dólares para el beneficio de funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros, funcionarios de partidos políticos y candidatos de partidos políticos extranjeros para obtener y retener entre ellos los proyectos energéticos o de infraestructura proclamados como esenciales para el desarrollo.

Proyectos que por décadas, comunidades y organizaciones han denunciado impactos negativos en los derechos humanos y el ambiente, incluyendo su contribución al cambio climático, circunstancias que motivaron denuncias que en su mayoría fueron ignoradas por ejemplo la represa Belo Monte que comenzó a operar pese a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó detener su construcción con el fin de proteger a los pueblos indígenas afectados.

Pues el problema de la impunidad, se encuentra muy arraigado en la experiencia latinoamericana tal como lo reflejan los estudios internacionales sobre el impacto de la corrupción en estos países. De allí la necesidad de analizar los delitos de corrupción y el control jurídico que se aplica, en bienestar de los males que aquejan a los distintos países, como el Perú en que la corrupción es un grave problema que enfrenta nuestra sociedad desde los inicios de la colonia, máxime si los sucesos recientes en el Perú ha puesto de relieve, de manera dramática, que se trata de un problema latente para nuestra aún incipiente institucionalidad democrática en la que la corrupción socava las bases de las instituciones democráticas y la legitimidad del estado.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La problemática radica en que en la actualidad la doctrina señala que los delitos cometidos por un servidor o funcionario público se trata de un delito de infracción del deber sin embargo, el veinticinco por ciento aproximadamente precisa que se trata de un delito de dominio del hecho, pero hay quienes señalan que los delitos cometidos por funcionarios públicos pertenecen a los llamados “delitos de infracción del deber”, por cuanto la imputación jurídico penal no se fundamenta en el dominio del hecho que tiene el sujeto, sino en el deber del cuidado por parte del funcionario o servidor público hacia la recta administración de justicia.

La doctrina señala que los delitos de corrupción de funcionarios es una figura delictiva que restringe su radio de imputación jurídico-penal a determinados sujetos, los cuales necesariamente tienen que reunir la calidad de funcionarios o servidores públicos a fin de que puedan responder como autores, es la parte mayoritaria que impone sus conclusiones a efecto de configurar de manera meridiana este ilícito penal.

En los últimos años, los actos criminales se han incrementado en nuestro país, tanto en delitos comunes, como en los delitos especiales tales como los delitos de Corrupción de funcionarios públicos. Es por ello que actualmente a través de las noticias se toma conocimiento de los múltiples casos de corrupción en lo que se ven involucrados los funcionarios y servidores públicos, en el caso del delito de Corrupción Pasiva de Auxiliares Jurisdiccionales, como en el caso del Doctor Paico Ramírez Ricardo (secretario); y, el Doctor Marco Antonio Solano Távara, (asistente judicial), dado que en la ciudad de Chiclayo, los servidores públicos cuya conducta aparentemente delictiva concitó la atención de la población regional y nacional, debido a la connotación de los antecedentes judiciales, pues

dichos servidores públicos fueron condenados por infringir el deber de cuidado, fidelidad y la recta administración de justicia.

La problemática radica en que en la ciudad de Chiclayo; el Poder Judicial ha sentenciado a los servidores públicos Doctor Paico Ramírez Ricardo (secretario), Doctor Marco Antonio Solano Távara, (asistente judicial), por el delito tipificado en el artículo 396° del Código Penal “Corrupción Pasiva de Auxiliares Jurisdiccionales”, puesto que el 2016, estos servidores públicos solicitaron una coima de S/ 50,00 soles y de S/300,00 soles, a fin de agilizar los expedientes de reivindicación y prorratio de alimentos.

1.3.- FORMULACION DEL PROBLEMA.

¿Por qué causas de carácter jurídico se debe regular en el derecho penal los delitos cometidos por funcionarios públicos, teniendo en cuenta el principio de lesividad por el daño al bien jurídico protegido por el derecho y el Estado?

1.4.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Esta investigación es necesaria realizarla puesto que actualmente en la Administración Pública se ha incrementado de manera desmedida las conductas delictivas, por parte de los funcionarios y servidores públicos tales como: cohecho pasivo, cohecho pasivo impropio, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, tráfico de influencias, etc; conductas que no solo observamos como investigadoras, sino también identificadas por la sociedad, resultando por ello necesario que se delimite el perjuicio o lesividad que se cause al bien jurídico, para así poder dosificar legalmente las penas con un mejor criterio de proporcionalidad, a efecto de que se sancione debidamente estas conductas delictivas y sirva de ejemplo a la sociedad como guardiana de la moral colectiva.

La justificación del problema nos sirve de utilidad para así poder identificar para quien es necesario y por qué y para quien es conveniente y por qué, resultando conveniente la siguiente justificación:

- a) Será necesario para las autoridades Legislativas o el Congreso que aprueba o modifica leyes, para tomar conciencia de la necesidad de efectuar enmiendas en la legislación penal sobre los artículos de corrupción de funcionarios.

- b) Será necesario para los Magistrados Judiciales y Fiscales que tengan la herramienta normativa de aplicación de sanciones teniendo en cuenta el grado de lesividad a los bienes jurídicos tutelados.
- c) Es conveniente para el país en su sistema carcelario para así poder disminuir la población penal.
- d) Es conveniente para la facultad de derecho de la Universidad Particular de Chiclayo que está cumpliendo con uno de sus fines que es la investigación, generando conocimiento y con proyección a la sociedad.

1.5.- OBJETIVOS

1.5.1.- Objetivo General.

Determinar los límites de lesividad en los delitos de corrupción de funcionarios, debido a la falta de regulación del principio de lesividad, a fin de que se incorpore en la norma parámetros específicos en el actuar de los funcionarios o servidores públicos que afecten al bien jurídico protegido; a efecto, de determinar la habitualidad de la lesión del delito para que no se incurra en tipificar como delitos conductas que deban ser sancionadas administrativamente.

1.5.2.- Objetivos Específicos.

- a) Interpretar debidamente, y desde el punto de vista teleológico, el artículo 396° del Código Penal sobre el delito Corrupción Pasiva de Auxiliares Jurisdiccionales.
- b) Sistematizar la jurisprudencia nacional respecto de los casos incurridos por el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales mediante el cual han condenado a funcionarios o servidores públicos.
- c) Sistematizar los casos ocurridos en la ciudad de Chiclayo respecto a las sentencias condenatorias de los funcionarios públicos por delito corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.

1.6.- HIPOTESIS.

Si en los delitos jurídicos protegidos contra la administración pública modalidad corrupción de funcionarios tipificados en el artículo 393° y siguientes del Código Penal

modificado por la Ley N° 28355 se regulara el contenido con un reglamento aplicativo, entonces será posible aplicar el principio de lesividad que permita a los magistrados sancionar en proporción al grado de lesión o daño ocasionado al bien jurídico protegido.

1.7.- VARIABLES.

1.7.1.- Variable Independiente:

- La vulnerabilidad del Principio de Lesividad.

1.7.2.- Variable Dependiente:

- La administración publica

1.8.- MÉTODOLOGÍA

Método descriptivo.- Por ser un tema de análisis en la realidad peruana. Puesto que la ley en mención ha sufrido modificaciones favorables para conseguir una mejor administración y control de las funciones de los funcionario públicos.

2.8.1.- Técnicas

El fichaje: Para contrastar el presente Proyecto de Investigación, se recurrirá a la técnica de fichaje, pues permitirá, crear una base de datos referente a l tema de investigación.

Revisión de expediente: Se realizó análisis de los casos que han sido sentenciados en el Poder Judicial de Chiclayo en calidad de funcionarios (Secretarios Judiciales).

1.8.2- Población y Muestra

Población.- Poder Judicial de Chiclayo.

Muestra.- Expedientes:

Dr. Paico Ramírez Ricardo (secretario)

Dr. Marco Antonio Solano Távara

(Asistente judicial),

CAPITULO II

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, RESPONSABILIDAD DE SUS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES

2.1.- DEFINICIÓN.

Es usual que el término Administración Pública se acepte sin mayor reflexión para asuntos sin mayor trascendencia, sin embargo, cuando se pretende hacer un estudio serio sobre la materia, presenta, desde un primer momento, grandes dificultades para delimitar el campo correspondiente a su competencia, y en especial cuando su enfoque es sincrético, es decir, integral y no favorece, por tanto, a una sola escuela de pensamiento.

(DWIGHT, 2011): indica: «...El efecto inmediato de todas las definiciones de Administración Pública de una sola frase o de un solo párrafo es la parálisis mental y no el esclarecimiento y estímulo...»

JOSÉ ROBERTO DROMI¹ señala: «La noción conceptual de administración es controvertida en el orden doctrinario; las divergencias son muy diversas y variadas; por ello nada se ganará con revisar las numerosas definiciones propuestas, aunque la trascendencia del tema es fundamental, dado que de la idea de administración deriva la nota calificadora del Derecho Administrativo...»

WILBURG JIMÉNEZ CASTRO² señala: «La administración es el sistema ideológico de principios para realizar cosas por medio de personas, es decir, la dirección de un organismo social y su efectividad de alcanzar Sus objetivos, fundado en la habilidad de conocer a sus integrantes».

La administración ofrece un doble aspecto: Un sentido objetivo (sustancial-material) y en sentido subjetivo (orgánico-formal).

La administración ofrece un doble aspecto:

- Un sentido objetivo (sustancial-material) y,
- Un sentido subjetivo (orgánico-formal).

¹ DROMI, José Roberto. Ob. Cit. Pág. 157.

² WILBURG JIMÉNEZ CASTRO. Obra citada. Pág. 7

2.1.1.- OBJETIVAMENTE:

- Es una acción, un conjunto de actividades enderezadas hacia un fin, con total prescindencia de la índole del órgano, agente o autor del acto. Es la actividad concreta dirigida a través de una acción positiva a la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad, función por tanto encaminada a la integración de la actividad individual en vista del interés colectivo. Se aparta de lo formal y contingente para considerar lo sustancial, o sea que puede haber administración en la actividad de los tres órganos fundamentales del Estado (órgano ejecutivo, órgano legislativo y órgano judicial).
- Sentido material u objetivo, que es la actividad considerada en sí misma.
- Es la actividad estatal permanente, ininterrumpida, concreta y práctica que tiende a satisfacer inmediatamente las necesidades del grupo social y de sus integrantes, mediante la realización de los cometidos puestos a su cargo, por actos generales, subjetivos, actos condición y operaciones materiales.
- Es la actividad realizada por todos los entes y órganos que la integran (administración dinámica).
- No es una actividad.

2.1.2.-SUBJETIVAMENTE:

La administración implica una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar. En otros términos Administración Pública en sentido subjetivo equivale a aparato administrativo, dentro del ámbito más general del aparato estatal (Alessi y Giannini) que integra también el aparato legislativo y el jurisdiccional; de allí que se hable en ocasiones de un estado administrador, frente a un Estado Legislador y a un Estado Juez. Con más propiedad, la administración en sentido subjetivo está integrada por el conjunto de órganos que es centro de función administrativa.

- Sentido orgánico o subjetivo, que denuncia los órganos que cumplen una cierta actividad.
- Son los órganos
- Se entiende por administración pública un conjunto de entes;

- Es el sujeto, orgánicamente, se entiende por administración pública un conjunto de entes-conjunto de órganos (administración estática).

Ambos puntos de vista se distinguen en todo momento por la doctrina, pero poniendo el énfasis sobre uno de ellos.

Nosotros, de acuerdo con la doctrina preponderante en la actualidad, nos inclinamos por esta concepción formal de la administración pública; concepción que se desgrana en las siguientes afirmaciones:

1. La Administración Pública consiste en un complejo orgánico y una serie de entes -los entes públicos menores- encuadrados en el poder ejecutivo.
2. Dichos órganos y entes realizan funciones de índole legislativa, jurisdiccional y ejecutiva. Estas funciones constituyen la administración pública en sentido objetivo.
3. A sensu contrario, no puede hablarse de una función administrativa desarrollada por el Poder Legislativo o el Poder Judicial.
4. Dentro del Poder Ejecutivo se comprende también el gobierno, por lo que no puede establecerse una igualdad entre aquél y la administración pública.

De esta manera, podemos graficar:

En sentido objetivo: Función administrativa.

ADMINISTRACION:

En sentido subjetivo: «Administración pública»

2.2.- FUNCIONES DEL ESTADO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Debemos tener en cuenta los aspectos sustantivos, orgánicos y procesales de las funciones del Estado, en donde encontraremos a la función administrativa:

2.2.1.- LA FUNCIÓN GUBERNATIVA O POLÍTICA:

a).- Aspecto sustancial:

Tengamos en cuenta que el aspecto sustancial (¿qué?) se define «la naturaleza» o «contenido esencial» de la actividad pública comprendida en la función del poder de que se trate.

La función gubernativa o política es la actividad estatal discrecional sin límites jurídicos. Es realizada en ejecución de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad, mérito, o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad política.

Consiste, precisamente, en fijar las grandes directrices de la orientación política. Mediante la gestión de asuntos que afectan los intereses vitales de la comunidad, respecto de su seguridad interna, relaciones internacionales y relaciones inter-orgánicas o entre poderes.

Esta función gubernativa tiene directa inmediatez constitucional con rango supremo de jerarquía. No tiene, en principio, legislación intermedia.

b) Aspecto orgánico:

Tengamos en cuenta que el aspecto orgánico ¿quién? determina el «su-jeto» u «órgano» que cumple la función.

2.2.2.- LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS, JUDICIAL Y DE LOS ENTES NO ESTATALES.

La función administrativa no está atribuida con exclusividad a ninguno de los órganos del poder público.

Un poder político unitario, actuante por el cauce de plurales funciones y ejercido por diversos órganos.

La función administrativa la hemos definido simplemente por exclusión. Siendo tres las funciones del estado, la que no sea legislativa ni jurisdiccional, tendría forzosamente que ser función administrativa. Sin embargo, todos los órganos del estado también ejercen la función administrativa, es decir, la función administrativa comprende diversidad de especies de actividad estatal; por ello su contenido es heterogéneo y su concepto indefinido. Esta especie de actividad estatal no tiene un contenido unitario, ni puramente jurídico ni puramente fáctico; las controversias doctrinarias son múltiples y varias al respecto.

La administración se presenta como una «acción» encaminada hacia un fin. Cuando la actividad administrativa tiene en vista el «bien común» y la «justicia distributiva», hablamos de la «administración pública».

De igual modo al igual que las funciones gubernativa, legislativa y jurisdiccional, en la administrativa se pueden distinguir aspectos sustanciales, orgánicos y procesales, referidos al contenido, sujeto y forma de actuación respectivamente. De la llamada «división de poderes» no resulta más que una separación de funciones y correlativamente una separación de órganos y competencias, pues, en estricta interpretación constitucional, el «poder», el «gobierno», lo integran los órganos máximos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que lo ejercen por medio de diversas funciones, evitando la concentración autoritaria o la «suma del poder público».

Las funciones del poder son distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Es decir, los modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos.

2.2.3.- LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÓRGANO LEGISLATIVO.

La actividad administrativa del órgano legislativo es variada. De modo meramente enunciativo digamos que abarca:

a).- Actividad de control inter-orgánico: La actividad que realiza el Congreso a efectos de controlar al órgano ejecutivo, como por ejemplo las investigaciones, informes, autorizaciones, etc., es de naturaleza administrativa.

b).- El juicio político: Es la actividad administrativa que pone fin a la relación de empleo público en virtud de un procedimiento constitucional.

c).- Actos de organización: Todos los actos que realiza el órgano legislativo respecto de su propia organización o relaciones al personal administrativo, pertenecen al régimen jurídico-administrativo. Así por ejemplo, todo lo referente a la organización y funcionamiento de la biblioteca (compra de libros, mesas, ficheros, nombramiento y remoción de empleados, entre otros).

d).- De autorización: También revisten naturaleza administrativa ciertos actos que, no obstante su valor formal de leyes, carecen de generalidad y tienen un contenido concreto y limitado, por ejemplo, las leyes que autorizan a la administración central a enajenar o gravar sus bienes, a transar, a las que establecen pensiones extraordinarias.

2.2.4.- LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORGANO JUDICIAL.

(CABRERA VASQUEZ, 2011)

La actividad administrativa del órgano judicial es también variada. De modo meramente enunciativo digamos que abarca:

a.- Actos de organización: Nombra, remueve empleados, alquila, adquiere locales, compra libros, edita fallos, adquiere elementos de trabajo; evidentemente todos estos casos realiza una actividad administrativa. Tratase de actos realizados por el órgano judicial relativos a su propia organización interna y a cuestiones de personal análogo a las que realizan los otros órganos.

b.- Jurisdicción voluntaria: Como actividad no jurisdiccional cumplida por los magistrados judiciales tenemos la llamada jurisdicción voluntaria o no contenciosa. Constituye típicamente una actividad administrativa, aunque por la clase de relaciones jurídicas en que incide se trata de una administración judicial con un cometido estrictamente administrativo.

La jurisdicción voluntaria es una forma particular de actividad del estado perteneciente a la función administrativa. En definitiva, se trata de una función administrativa cumplida por el órgano jurisdiccional.

La jurisdicción voluntaria no es una materia encomendada al órgano jurisdiccional como función jurisdiccional, sino como función administrativa, así tenemos entre otros: Informaciones para la dispensa de la ley, declaración de fallecimiento, nombramiento de tutores.

Se procura dar fuerza y autenticidad a ciertos actos, sin controversias, ni partes; siendo el conocimiento del juez simplemente informativo.

Las materias que comprende la jurisdicción voluntaria varían según la legislación: nombramiento de tutor o curador; habilitación para comparecer en juicio, entre otros.

Las expresiones «en cuanto procede por derecho», «sin perjuicio», «en cuanto haya lugar», son los términos utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada. Mediante ellos, los jueces no juzgan ni prejuzgan. Se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es prima facie cierto, con arreglo a las pruebas que el mismo aporta.

2.2.5.- LA FUNCION ADMINISTRATIVA DE ENTES NO ESTATALES.

Las personas públicas pueden ser no estatales, es decir, no pertenecer, orgánicamente al Estado, ni integrar la administración pública, aunque ejerzan función administrativa. Tales entidades no estatales tienen personalidad jurídica propia reconocida o concedida por el Estado y, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público; por ejemplo, la iglesia católica (con personalidad jurídica reconocida) y los colegios profesionales que hayan sido creados y organizados por ley o acto estatal.

No toda persona pública es necesariamente estatal. En definitiva público y estatal no se identifican. Actualmente existen entidades que no son del Estado, pero que cumplen actividades idénticas a las de éste y se regulan primordialmente por el Derecho Público.

Las entidades con personalidad jurídica otorgada o concedida, llamadas en doctrina cuerpos intermedios, son personas públicas que no integran la estructura orgánica estatal, ni figuran en su presupuesto, pero técnicamente cumplen función administrativa y tienen cometidos y organización semejantes en muchos aspectos a los entes públicos estatales.

De allí, pues, que tales entidades, cuando son creadas por el Estado, que les otorga personalidad jurídica, deban considerarse descentralizadas ya que se les reconoce poderes y competencia, pero reservándose el Estado el papel de árbitro y coordinador.

El ejercicio de la función administrativa por los entes no estatales plantea una vez más el tema de la colaboración y participación de los administrados en la actividad de la administración: modalidad de descentralización por colaboración, por la cual organizaciones de carácter privado realizan actividades públicas y gozan para ello de prerrogativas del poder público, por ejemplo, Colegios Profesionales.

2.2.5.1.- El Ordenamiento Jurídico Administrativo.

El Ordenamiento Jurídico se refiere al conjunto de normas y principios que regulan la función de administrar el Estado vinculadas entre sí y ordenadas de acuerdo a la importancia de las fuentes que generan dichas normas. (CABRERA VASQUEZ, 2011)

La actividad estatal es jurídica. En su quehacer rigen ciertos principios jurídicos; e aplican estimativamente los valores jurídicos. Además, en virtud de ese principio de juridicidad que rige la organización, estructura y desenvolvimiento de la actividad estatal, la misma se manifiesta o exterioriza a través de ciertas formas jurídicas.

En consecuencia, en un caso concreto, la administración se pronuncia en ejercicio de una atribución reglada o discrecional a través de una de las formas jurídicas autorizadas: Hecho administrativo, acto administrativo, simple acto de la administración, reglamento. Contrato.

Puede, al ejercerla, lesionar o afectar un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple, por lo que en todos los casos se puede controlar la legitimidad y oportunidad del proceder administrativo estatal.

La juridicidad importa también ciertas garantías a favor de los administrados.

La eficacia por meritoria que sea, no debe dejar de respetar los derechos y las libertades de los particulares, que actúan como frenos, límites y controles de la actividad administrativa.

Estos límites son señalados por la ley en virtud del principio genérico de legalidad por las normas provenientes de la misma Administración (Reglamentos) y demás principios generales del derecho.

El Estado actúa en el orden normativo siempre en este sentido, la actuación estatal se manifiesta en:

2.2.6.- LA FUNCION DE PREDISPOSICION NORMATIVA.

Consiste esencialmente en dar la ley, es decir establecer el derecho. La ley debe ser dada con anterioridad al hecho de que se trate, es decir, que la ley no es retroactiva, que sólo rige para el futuro, «ex-nunc» y no «ex-tunc».

Sólo tiene carácter constitucional la irretroactividad de la ley penal (salvo la de la ley penal más benigna). El dar la ley es atribución exclusiva del Poder Legislativo.

2.2.7.- LA FUNCION NORMATIVA EN LA VIA ADMINISTRATIVA:

Consiste en la producción de actos para proveer en concreto el cumplimiento de los fines asignados por la ley a los entes administrativos.

La ley está dada; hay que llevarla a la práctica por el órgano correspondiente que de esta manera adquiere carácter de parte o sea es un portador de intereses. (CABRERA VASQUEZ, 2011)

2.3.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO DE DERECHO.

El régimen de separación de poderes importa una repercusión importante en el marco de la Administración pública, ya no se habla ahora de una unidad concentrada de la Administración, sino de varios estamentos repartidos en sectores, que asumen competencias precisas en ámbitos específicos de actuación pública; en el antiguo régimen todos los poderes se refundían en la persona del príncipe, del monarca.

La realidad administrativa abarca únicamente un sector de lo político. Reemite a una estructura organizacional (la Administración pública), que se articula racionalmente con los individuos (administrados) en ejercicio de una función (la administrativa), y cuya regulación jurídica constituye el objeto específico del Derecho Administrativo.

Dicho lo anterior, se vincula al concepto de “Administración pública” a toda la actividad que se desarrolla, ejecuta y efectúa en el seno de los tres poderes del Estado; sin embargo, dicha acepción se centra con mayor énfasis en el ámbito del Poder Ejecutivo, en la medida que las labores del Poder Judicial y del Poder Legislativo adquieren ciertas particularidades, que de cierta forma los hacen singular y distinto de las tradicionales misiones de la Administración. Al primero de los mencionados se le reviste del poder jurisdiccional de administrar justicia, mientras que al segundo de promover la formación de las leyes, es decir, de legislar. No obstante, debe reconocerse que en ambos Poderes también toman lugar actividades propiamente administrativas.

Se delimitan, con mayor precisión, los conceptos de legislación, administración y justicia. De la mencionada teoría, anota **Donna**, se desprende que esta se manifiesta en una “división de funciones” juntamente con una “división de órganos”, de tal modo que el poder estatal debe ser ejercido por órganos diferenciados.

Las funciones del poder son distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Es decir, los modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos.

Según la división de funciones, desde una posición formal, se identifica la función pública que se realiza tomando en cuenta el órgano que la efectúa, desde las competencias que vienen informadas por la ley, **u. gr.**, judicial, legislativo o judicial; o bien se habla de

una postura material, acá se atañe a la naturaleza u esencia de la función que desempeña el órgano; ha de ser entonces judicial, si es que se emite una resolución jurisdiccional, será legislativa si es que se plasma en la dación de una ley y será administrativa si a través de un acto administrativo se procura la satisfacción de una demanda comunitaria.

De la estructura conceptual del “estado de derecho” no solo se desprende el principio de separación de poderes sino también el principio de legalidad, como vinculación estricta y basamento funcional de toda la Administración pública; un entendimiento de legalidad, que no solo ha de verse desde un plano formal, de la ley en sentido orgánico y procedimental, sino desde la cúspide y vertiente de orden constitucional, esto quiere decir de naturaleza material. La ley se convierte así en los cauces que guía, delimita y legitima toda la actuación de la Administración pública, a su vez como mecanismo de interdicción a todo viso de arbitrariedad pública, como fundamento de los derechos comunitarios.

La expresión de este sometimiento (verdadera conquista del Estado de derecho, junto con el denominado principio de libertad) la constituye el denominado principio de “legalidad”, el mismo que en sentido estricto, refiere la idea de la sujeción de los poderes públicos a las normas jurídicas y al derecho. (HUAPAYA TAPIA, 2013)

A nuestro entender la Administración pública importa la manifestación más pura del poder estatal, una dimensión pública que toma lugar a través de las decisiones que se adoptan en su seno, por parte de quienes asumen su conducción y ejecución, lo que a su vez determina su potestad reglamentarista así como su poder coercitivo.

(DROMI, 2004) Los deberes del Estado se predicen precisamente con los derechos fundamentales de los individuos, en tanto comprenden las competencias que la autoridad pública se encuentra obligada a ejercer en beneficio del conjunto social.

La Administración pública, modernamente, es una forma de cooperación, generalmente requerida para atender las necesidades humanas, por lo que sus fines son amplísimos y numerosos, ya que en todo se precisa esa cooperación. (CERVANTES ANAYA, 2013)

2.4.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII DEL CÓDIGO PENAL.

Debemos entender por “Administración pública”, tomando en cuenta su acepción desde el derecho administrativo, en mérito a su connotación desde una perspectiva del Estado constitucional de derecho, como personalidad jurídica encaminada a la realización y ejecución de las prestaciones públicas. Empero, necesitamos dotar de cierta sustantividad a dicha concepción, a efectos de cautelar su materialidad como bien jurídico —merecedor de tutela penal—. El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas.

En palabras de (BERNAL PINZON, 1965), la expresión Administración pública utilizada por el legislador debe entenderse como “el conjunto de funciones ejercidas por los varios órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad”

Lo dicho tiene especial repercusión en la tarea de distinguir entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, sabedores que ambas esferas pertenecen al derecho administrativo sancionador, como el núcleo más duro del ordenamiento jurídico; siendo que el derecho penal es privativo de las sanciones de mayor injerencia para las libertades fundamentales de los individuos, esto es, la pena.

2.4.1.- Antecedentes

A partir de la concepción de un derecho penal liberal, era lógico que los primeros bienes a tutelar, sean aquellos que sostienen la base existencial del individuo; v. gr., la vida, el cuerpo y la salud, como intereses superiores que se constituyen en la base material y en la *conditio sine qua non*, para que el individuo pueda desarrollar plenamente sus demás bienes en un ambiente de plena libertad. Desde el Código Penal de **Fuerbach** de 1823 esa fue la tendencia política criminal, en la medida que los primeros intereses jurídicos objeto de tutela eran los bienes jurídicos personalismos o pertenecientes al denominado “derecho penal nuclear”.

En tal entendido, estos son los primeros valores fundamentales que son dignos de protección penal, pero, no puede considerarse a la persona humana desde un individualismo

extremo, tal como lo expresa **Weber**, el hombre solo es persona en sociedad, y como tal ingresa a participar en una serie de interacciones sociales, de cuya participación pueden derivarse afectaciones y la frustración de expectativas legítimas.

El nacimiento del Estado Republicano y de los Estados Nacionales fue obra de toda una gesta independista en América Latina luego de la ruptura colonialista de los Estados europeos de occidente. Fue plasmándose así la conformación de democracias sociales participativas, ya no solo orientadas al plano de la legalidad estatal, de sujetar la actuación de los órganos públicos al plano de la legalidad; sino también, que la intervención estatal se dirige fundamentalmente a la prestación de servicios públicos, en la medida que el Estado social implica dirigir la actividad estatal sobre todo un abanico de prestaciones sociales, teniendo como destinatarios a los comunitarios.

Entonces, toda esta actividad pública se enmarca en el concepto de “Administración pública”, cuya legitimidad se sostiene sobre la base del interés general y sobre el bien común, en la medida que una función esencial del Estado social es de promover eficazmente los derechos del individuo, bajo la proclama garantista del artículo 1 de la Ley Fundamental, que consagra a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Bajo tal línea argumental, surge la necesidad de tutelar que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajos los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema ***ius constitutionale***.

En un Estado social y democrático de derecho los bienes colectivos deben surgir de la propia estructura social y, más concretamente, del sistema de relaciones macrosociales existente en ella, deben apoyarse sobre categorías empíricas que alcancen a expresar la idea que les sirve de fundamento: el tratarse de presupuestos o condiciones para la protección y el desenvolvimiento de los bienes individuales. (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, 2001)

El artículo 39 de la Ley Fundamental prescribe a la letra lo siguiente: “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”, en la medida que el cargo ejercido se sustenta en un deber jurídico-público que implica que toda la actividad pública ejercida por el funcionario o servidor público debe orientarse estrictamente a los intereses generales de los administrados, en tanto, el sistema socio-estatal implica una promoción activa del Estado para asegurar eficazmente los derechos del individuo.

La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno en cuanto es responsable de dirigirla (VASQUEZ, Seijja 2008) de establecer los mecanismos necesarios que permitan asegurar una Administración pública adecuada firmemente en los cánones democráticos. Consecuentemente, el concepto de Administración pública en sentido jurídico penal, como sostiene **Molina Arrubla**, puede ser examinado en el conjunto de actividades que desarrolla, presentándose entonces el concepto material de la Administración pública; o puede ser apreciada a través de los organismos que ejecutan esa actividad, teniéndose así el concepto o el aspecto subjetivo de la Administración pública.

2.4.2.- Desarrollo teórico-conceptual

En nuestra consideración, la calificación jurídico penal que se extrae de la actividad pública así como la delimitación del objeto de tutela, debe ser vista en cuatro planos debidamente identificados:

- Las actuaciones del funcionario o servidor público, que toma lugar de forma interna (intra-administrativas), y que tienen la idoneidad de afectar el normal desarrollo de la actividad pública.
- La afectación del servicio a los intereses generales, pues, son los ciudadanos los accesitarios finales de las prestaciones públicas, por ende, aquellos son los principales afectados cuando se cometen injustos materialmente perpetrados en prevalimiento de la función pública. **gr**, aquellos que llevan *in situ* un contenido patrimonial, ejemplo: peculado, malversación de fondos, concusión, colusión ilegal, exacciones ilegales, etc.
- Las conductas que suponen una privatización del cargo.
- Los comportamientos prohibidos perpetrados por los particulares (*extraneus*), que no suponen una infracción del deber, más constituyen un atentado contra la legitimidad de la función pública, contra su normal funcionamiento así como contra la objetividad e imparcialidad de la actuación funcional, **v. gr.**, usurpación de funciones, resistencia y desobediencia contra la autoridad, cohecho activo, tráfico de influencias, etc.

Quiere decir, lo anterior, que la Administración pública puede ser lesionada por la

conducta delictuosa de sus propios representantes, es decir, desde “dentro”, y entonces su autor será un ***intraneus***-, o también puede ser perjudicada por los particulares. (BERNAL PINZON, 1965)

Bien, pasaremos ahora a definir el bien jurídico objeto de tutela en los delitos contra la Administración pública, no sin antes advertir al lector que no es posible sistematizar de forma homogénea el bien jurídico tutelado, en la medida que los diversos tipos penales que se aglutinan en este título señalan diversas formas de configuración típica, pues, la intensidad de la afectación viene sustentada por el sujeto activo de la infracción, el ataque a la función pública propiamente dicha (interna o externa) y su afectación material.

Dicho lo anterior, sostenemos entonces que el bien jurídico objeto de tutela en los delitos contra la Administración pública, debe sistematizarse conforme a los principales y valores consagrados en la Constitución Política del Estado, que refleja la imagen de un Estado social y Democrático de Derecho, de cuyo cuño puede decirse lo siguiente: el Estado debe de procurar que toda la actividad pública se realice y desarrolle de forma objetiva, imparcial e independiente, es decir, es el principio de legalidad que debe irradiar el normal desenvolvimiento de la Administración pública. En palabras de ***Ortiz Rodríguez***, la Administración pública debe ser oportuna, pronta y eficaz. (MOLINA ARRUBLA, 2013)

Dicho en nuestras propias palabras: en el marco del ejercicio público pueden realizarse una serie de perturbaciones, que para poder ser consideradas ilícitos penales deben de afectar cualitativa y cuantitativamente el normal funcionamiento de aquella de forma considerable, de conformidad con los principios de ***ultima ratio***, de subsidiariedad y de fragmentariedad del derecho penal.

El bien jurídico desde una perspectiva funcional sería la objetividad, la imparcialidad e independencia como criterios rectores que debe guiar toda la actividad pública prestacional, y desde un sentido social sería las legítimas expectativas de los administrados de que la función pública sirva estrictamente a los intereses generales comunitarios. (MIR PUIG, 2000).

Desde una perspectiva general, ***Rainieri*** expresa que atentan contra la Administración pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las

actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones (ZARAZO OVIEDO, 1996)

En un Estado democrático y social de derecho, entonces, debe asegurarse la participación del individuo en las diversas actividades socioeconómicas-culturales, que son necesarias para su integración social y para su autorrealización personal; es que en un ámbito colectivo, la persona humana no solo debe tener un reconocimiento y tutela de sus derechos subjetivos inherentes a dicha condición ontológica, sino también permitir su desarrollo como tal, significa promover su acceso a los fines sociales que el Estado debe también tutelar. (CABRERA VASQUEZ, 2011)

2.5.-RESPONSABILIDADES DE LOS TRABAJADORES EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

Para llegar a determinar la **RESPONSABILIDAD**, de los trabajadores de la administración pública se ha realizado un análisis de la realidad, y; visitas periódicas a entidades de la administración pública durante el desarrollo de la presente Tesis. Rescatando la siguiente información.

La palabra responsabilidad contempla varias definiciones posibles, de acuerdo al diccionario de la Real academia Española se trata del cargo o la obligación moral que resulta para un sujeto del posible error cometido en un asunto determinado. La responsabilidad es también la obligación de reparar y satisfacer una culpa, otra definición posible mencionada por la Real academia Española, señala que la responsabilidad es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer las consecuencias de un hecho que realizo con libertad .Por tanto una persona responsable es aquella que ocasiona en forma consciente un hecho y que puede ser imputada por las consecuencias que dicho hecho genere de esta forma la responsabilidad ,es una virtud de los seres humanos.

En el derecho se habla de responsabilidad jurídica cuando un sujeto viola un deber de conducta que ha sido señalado previamente por una norma jurídica a diferencia de una norma moral ,la ley procede de un organismo externo al sujeto (el Estado) y es coercitiva.

Una persona es juzgada de acuerdo a la ley y que es considerada como responsable de la violación de una norma jurídica recibirá entonces una sanción que puede incluir pérdida de la libertad. (Encarcelamiento).

2.5.1.- Los Funcionarios y Servidores Públicos.

Según CABANELLAS se entiende por funcionario “es toda persona que desempeña una función o servicio, por lo general público. La Academia, se inclina resueltamente a la equiparación de funcionario con empleado público.” Asimismo define a la función pública- apoyándose en el tratadista Mayer- como “un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación del Derecho Público de servirle”. (CABANELLAS, 2008)

La Ley 27815 Ley del Código de Ética de la Función Pública define a esta como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos” esto supone que no hace distinciones en cuanto que todo trabajador sea de cualquier rango jerárquico y de cualquier modalidad de contratación realiza función pública entendida aquella que le faculta la representatividad del Estado y de todos los ciudadanos en la realización de sus actos”.

(BENDEZU NEYRA, 2005)

La legislación peruana define, asimismo, ya sea en forma simultánea como separada estos conceptos, así se tiene que el Decreto Supremo N° 005-90-PCM “Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa en su artículo 3° “: Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”, asimismo en su artículo 4° indica” considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme el ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los Poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

Por otro lado La Ley 27815 engloba en una sola definición ambos conceptos ya que su artículo 4° dispone”: 4.1.A los efectos del presente Código se considera como servidor a todo funcionario, servidor o empleado en las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o efecto que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado”. Esta acepción es la que se utilizará en el presente trabajo a efectos de no crear confusión y/o distinciones.

2.6.- RESPONSABILIDADES EN MATERIA ADMINISTRATIVA, CIVIL Y PENAL.

2.6.1.- Definición de Responsabilidad.

Para CABANELLAS, responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido. Deuda Moral. Cargo de conciencia por un error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario. (CABANELLAS DE TORRES, 1980.)

A. La Responsabilidad Funcional Del Servidor Público.

Las entidades públicas para el ejercicio de sus funciones cuentan con dos grandes rubros normativos: uno interno, que está formado por las normas internas de cada entidad como el Manual y Reglamento de Organización y Funciones, Manuales, Directivas etc. y que son las que posibilitan su funcionamiento interno, Asimismo cuenta con un rubro normativo externo que está compuesto por la normatividad dictada por entes distintos de la entidad y que son de cumplimiento obligatorio, como por ejemplo la Ley Presupuestaria del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, entre otras. Es en este marco normativo que los servidores públicos desarrollan su accionar y es el incumplimiento de esta normatividad la que le genera responsabilidad funcional.

Al respecto ZEGARRA sostiene que la responsabilidad nace por un acto que invade la esfera del derecho, o el interés ajeno, y como el Estado es una persona moral, el acto de aquel es la operación concreta de un funcionario en el desempeño de su cargo. Por lo tanto, la responsabilidad de las autoridades y en general del personal administrativo se deriva de aquellas acciones u omisiones incurridas con motivo del ejercicio de sus funciones públicas. (ZEGARRA GUZMAN, 2003)

Esta responsabilidad debe estar encaminada a velar por el bien común, es decir por el interés público y ella debe reposar en un accionar del servidor acorde a las normas así como a los principios de moralidad y ética, al respecto BENDEZU³ sostiene que “ Todo servidor público, desde el más encumbrado hasta el más humilde, ha de cumplir a cabalidad las

³ BENDEZU NEYRA, GULLERMO. *Preámbulo*.

labores del cargo asignado, con la mayor dedicación, eficiencia y responsabilidad... debe satisfacer a plenitud la demanda poblacional o el requerimiento del público usuario...”

La responsabilidad funcional puede clasificarse en:

Por su exigibilidad

Interna, cuando el afectado es la entidad y externa, cuando lo es el administrado o usuario.

Por su actividad generadora

Responsabilidad por acción, cuando el servidor público comete una infracción en la ejecución de un acto y responsabilidad por omisión, cuando estando obligado normativamente a ejecutar un acto no lo hace incumpliendo su función (conducta omisiva)

Por la materia

Responsabilidad administrativa, civil y penal, esto se desarrollará en el siguiente literal.

Por sus consecuencias

Responsabilidad simple, cuando deviene sólo en una responsabilidad de tipo administrativo y no concurren ni la civil ni la penal y Responsabilidad Compuesta cuando incurra en más de una responsabilidad (administrativa, civil o penal).

B) Responsabilidad Administrativa.

La Responsabilidad Administrativa es aquella cuando en el desempeño de sus labores el servidor desarrolla una gestión deficiente o negligente. Considera los siguientes criterios (entre otros):

- No lograr resultados razonables en términos de eficiencia, idoneidad y economía procesal.
- No realizar una gestión transparente en cuanto a la supervisión
- Control de los sistemas operativos y fiscalizadores.
- No respetar la independencia de auditoría interna.

- No agotar acciones para preservar los bienes patrimoniales y recursos materiales de la entidad.

Este tipo de responsabilidad es consecuencia de la infracción del servidor público de algún precepto que guía su gestión, esta infracción es pasible de la aplicación de una sanción administrativa ejercida por la entidad en uso de su facultad sancionadora.

C).- Responsabilidad Civil

La Responsabilidad Civil es aquella en la que incurren los servidores por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones y que hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Para que se configure es necesario que esta se realice en pleno uso de sus funciones por dolo o por culpa.

Esta responsabilidad implica la resarción económica del daño ocasionado y ocurre por ejemplo cuando por negligencia del servidor se pierde o roba un vehículo de la entidad, este será procesado en el Fuero Civil por daños y perjuicios y de los cuales se derivara la indemnización correspondiente.

D).- Responsabilidad Penal.

Es cuando en el desempeño técnico-ocupacional el servidor incurre en acto u omisión tipificada como delito o falta. Estos ilícitos son tipificados en el Código Penal como “Delitos contra la Administración Pública “en el Título XVIII y concretamente en el Capítulo II” Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”. Entre los que se tiene: peculado, concusión, malversación, cohecho, corrupción de funcionarios, entre otros.

En este tipo de responsabilidad la sanción (pena) no es aplicada por la entidad sino por el Órgano jurisdiccional, previo proceso, y el objeto de la pena no está relacionada con la mejora del servicio sino de la actitud represora del Estado ante la ocurrencia de ilícitos que afectan no sólo a él sino a la sociedad.

Consecuentemente un servidor público puede incurrir en una o más responsabilidades conjuntas por un mismo hecho, así por ejemplo aquel servidor que se apropia de dinero que le es entregado para su custodia tiene responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las normas de cautela de dinero(Tesorería), le cabe también responsabilidad civil por el perjuicio ocasionado a la entidad y al Estado - por lo que tiene que ser resarcido- y por último le alcanza responsabilidad penal por cuanto esta acción está tipificada como peculado en el artículo 387º del Código Penal.

Esta triple responsabilidad está recogida en la legislación peruana que regula la actuación del servidor público, así tenemos

- El Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en su artículo 25 ° dispone”: Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”.
- La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su Capítulo VII, Régimen Disciplinario, artículo 19° regula que”: Los empleados públicos son responsables civil, penal o administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público”.
- La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento General Administrativo en su artículo 243° Autonomía de responsabilidades indica:

243.1. Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2 Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario”.

El cumplimiento de las disposiciones en la normas vigentes no podrá dar lugar a represalias contra los funcionarios responsables en el cumplimiento de las mismas.”

Todo esto denota, pues, que el servidor público enfrenta tres tipos de responsabilidades en el ejercicio de sus funciones (responsabilidad funcional triple) y ellas pueden presentarse separadamente o simultáneamente frente a un mismo hecho calificado de infracción a la normatividad vigente.

Esta triple responsabilidad está debidamente tipificada en las diversas normas que regulan el accionar del servidor público y por tanto este debe actuar buscando no incurrir en

ninguna de ellas por cuanto enfrenta sanciones igualmente triple: administrativa, civil y penal.

2.7.- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

La Administración pública se organiza a través de una serie de estamentos cuya correcta funcionalidad es vital para la consecución de los fines sociales que se le asigna al Estado según los preceptos constitucionales pertinentes; empero, como se ha sostenido, la Administración es un ente abstracto, de modo que su concreta actuación se manifiesta a partir de los servicios públicos que ejecutan, desarrollan y desempeñan los denominados funcionarios y/o servidores públicos.

El funcionario público, alega Laura **Ortiz**, es uno de los actores de mayor importancia dentro de la estructura burocrática estatal de nuestro país y tiene responsabilidad, ello si se tiene en cuenta la característica especial de su labor frente a los órganos de control del estado.

Funcionario público es toda aquella persona que en mérito de designación especial y legal como consecuencia de un nombramiento o de una elección y de una manera continua, bajo normas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público.

Servidor público es el denominado empleado público, es la persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización a cambio de ciertos derechos exigibles a la administración.

Ambos, funcionarios y servidores públicos ejecutan, desarrollan y desempeñan sus actividades a nombre de la Nación y como tales han de servir los intereses estrictamente comunitarios. De hecho, que la investidura de funcionario público adquiere una distinción importante con respecto al servidor público, pues solo a él se le confieren capacidades decisorias, resolutivas, lo que viene de la mano con el concepto de “autoridad”.

El ingreso a la carrera pública se determina a partir de las leyes aplicables, ora el Decreto Legislativo N.º 276 o el Decreto Legislativo N.º 728 (Ley de Fomento del Empleo) así como una vastedad de normativas que se han difuminado en los últimos tiempos en el

campo del derecho laboral público, al punto de definirse una naturaleza civil en algunos casos, cuando se observa la gran cantidad de trabajadores que se encuentran inmersos en un contrato de servicios no personales en el aparato público del Estado.

Hablamos entonces de una formalidad para el acceso a la función pública que puede ser por concurso, por convocatoria pública, así como el denominado personal de confianza que nombra directamente a los altos funcionarios del Estado; en tal entendido, la cualidad de funcionario público, importa el revestimiento que se le confiere a determinados ciudadanos para ejercer una actuación u autoridad pública, al margen del procedimiento accesitario, es decir, la vía legal y laboral, del acceso a la función pública.

Las formalidades legales y procedimentales, de cómo el ciudadano ha de ser investido con la categoría de funcionario público, supone un aspecto importante en el abordaje estrictamente del derecho administrativo, lo que a su vez comprende un régimen disciplinario que motiva la incidencia de un aparato público sancionador, una cuestión distinta tenemos en el campo del derecho penal, en el sentido de reconocer dicha cualidad a efectos de atribuir responsabilidad penal. No olvidemos que el fundamento material de los injustos que atacan a la Administración pública se fundamenta en la especial vinculación (institucional) del *intranseus* con el objeto material del delito y para ello no ha de interesar que dicho agente tenga la calidad de funcionario público, en mérito a un acceso formalmente y legalmente impecable.

El derecho punitivo debe en la medida de lo posible construir sus privativos conceptos, que sin resultar abiertamente contrarios a la esfera jurídica extrapenal puedan cubrir los cometidos de política criminal, en esa incansable tarea de proteger los bienes jurídicos, sea de orden personal, colectivo e institucional.

Nos parece interesante la distinción elaborada por **Cervantes Anaya** en la doctrina administrativa nacional, al escribir que desde un punto de vista formal, son funcionarios del Estado los designados o nombrados, según las formalidades establecidas por el estatuto de funcionarios. Desde el punto de vista material, son funcionarios los individuos que en virtud de elección especial del Estado, tienen la obligación de desempeñar fielmente una función pública, cuyo servicio no ha sido determinado cuantitativamente. (POLAINO NAVARRETE, 2013)

Desde un aspecto en puridad punitivo, podemos hacer referencia a aquellos funcionarios y/o servidores públicos de derecho (de *lure*) y aquellos que se encuentran desempeñando una determinada actividad pública de facto, al adolecer de ciertos defectos en su nombramiento y/o designación. Algunos de ellos pueden ser nombrados en mérito a un concurso público, merced a una designación del jefe del sector (personal de confianza) o mediando elección popular (presidente de la República, congresistas, alcaldes, regidores, presidentes del gobierno regional, etc.).

Lo dicho es en suma relevante, en orden a establecer el círculo de autores en aquellos injustos estrictamente sostenidos en la posición funcional, en cuanto a la comisión de delitos como abuso de autoridad, peculado o malversación de fondos, en cuanto a sujetos que pueden ser identificados como autores.

Ahora bien, desde un vistazo de la *lege lata* apreciamos que el legislador ha pretendido construir un concepto omnicomprensivo de funcionario público, tal como se desprende del tenor literal del artículo 425 del CP, concordante con la llamada “extensión de punibilidad” contenida en el artículo 392 del CP. Por consiguiente, se advierte sobre una orientación criminalizadora del legislador a efectos de hacer ingresar a la red de punición a una mayor cantidad de personas, lo que si bien puede resultar criminalmente satisfactorio es dogmáticamente desacertado cuando se incluyen a personas que no se encuentran vinculados funcionalmente con la Administración pública.

El artículo 425 del CP, declara a la letra lo siguiente:

“Se consideran 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 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 demás indicados por la Constitución Política y la ley”.

El primer numeral hace referencia a aquellos funcionarios y/o servidores públicos comprendidos en la “carrera administrativa”; el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 276 dispone lo siguiente:

“Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración pública. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos”.

Los artículos 3 y 4 del D. S. N.º 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, preceptúan lo siguiente:

“Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares. Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a ley.

Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

Todos aquellos servidores (empleados públicos), cuyo escalafón funcional se encuentra adscrito en el ámbito de la ley mencionada, constituyen sujetos formalmente integrados en la carrera administrativa, según una relación de derecho público (administrativo). En la actualidad se ha diluido significativamente la institución de la carrera pública, debido a la arremetida en los últimos años del régimen laboral privado.

En el segundo numeral se ubican aquellos que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; los primeros de los nombrados son aquellos que ejercen la función pública en virtud de un proceso eleccionario de carácter político, son los votantes que en sufragio universal eligen a sus gobernantes, como es el caso del presidente de la República, los congresistas, los alcaldes, presidentes de gobiernos regionales, regidores, etc. A su vez, en el alto escalafón funcional del Estado aparecen los ministros de Estado que son designados por el presidente de la República, estos a su vez designan a los viceministros y otros funcionarios (asesores) que son de confianza; así también los miembros del Directorio del BCR, del Banco de la Nación, el Superintendente de Banca y Seguros (SBS), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), los presidentes de los organismos reguladores (Osiptel, Osinergmin, etc.), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, los directivos del Indecopi, el contralor de la República, el presidente de Cofopri, etc.

Los funcionarios nombrados se encuentran expresamente excluidos de la carrera administrativa, como es de verse en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 276.

Extensión de Punibilidad que también recoge a los depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan, a particulares; articulado que fuera modificado por la 7ª Disposición Final de la Ley N° 28165 del 10 de enero del 2004.

En el quinto numeral se hace alusión a “los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”; se trata de servidores públicos que realizan particulares funciones públicas, en cuanto a la conservación y cautela del orden público y la seguridad nacional, tal como se desprende de la Ley Fundamental.

Si bien los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú se rigen por su propia normativa laboral, al fin y al cabo son también funcionarios y/o servidores públicos, por tanto incluidos en el tercer numeral. Tal vez los efectos simbólicos y socio-comunicativos de la norma jurídico-penal, haya inspirado al legislador hacer una mención expresa de estos servidores públicos, que en base a un plano criminológico revela una justificación de formación específica.

Finalmente, en el sexto numeral se hace alusión a “los demás indicados por la Constitución Política y la ley”; que parece expresar una cláusula abierta, una especie de prescripción omnicomprendiva donde ha de recalar todos aquellos que al no detentar algunas de las vinculaciones funcionales que se glosan en los apartados precedentes, ostentan una determinada relación funcional con la Administración pública, pero de cara a una reforma legal a futuro, es decir, que de *lege ferenda* se regulen ciertas condiciones para adquirir dicho estatus funcional. No obstante, si dicho carácter viene definido por un precepto constitucional, habría de sancionarse una normativa que desarrolle legalmente dicha caracterización, con arreglo al principio de legalidad.

2.8.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL, CONFORME LA REFORMA NORMATIVA AL ARTÍCULO 425°, VÍA LA LEY N.º 30124

La interpretación de las normas jurídico-penales ha de tomar lugar bajo criterios muy particulares, esto es, bajo un confín —axiológico y teleológico a la vez—, basado en el fin esencial del derecho penal en un orden democrático de derecho: la protección de bienes jurídicos; de forma que la política criminal que se patentiza en el orden jurídico ha de estar orientada a tal legítimo objetivo.

Dicho lo anterior, se tiene que en el marco de los delitos contra la Administración pública, —se tutelan bienes jurídicos de primer orden—, según el listado de valores compaginados constitucionalmente, entroncando valores instituciones y sociales que se ven gravemente perturbados cuando un funcionario y/o servidor público, en aprovechamiento de su competencia funcional, incurre en algunos de los delitos comprendidos en el capítulo II y ss del título XVIII del CP.

A tal efecto, es que se diseñó los llamados delitos especiales propios, pues conforme es de verse en sus articulados correspondientes, se requiere contar con la cualidad funcional que allí se describe, la cualidad de funcionario y/o servidor público, por lo que aquellos que carecen de tal revestimiento funcional, no pueden ser autores, a lo más partícipes.

Siendo así, se alza como una labor imprescindible de la dogmática jurídico-penal definir con propiedad quienes pueden ser percibidos como funcionarios y/o servidores públicos a efectos penales; y esta tarea de hermenéutica no puede elaborarse desde un plano

extrapenal, es decir, no será posible dicha construcción intelectual desde una estricta mirada al derecho laboral y al derecho administrativo, en la medida que el derecho penal ha querido diseñar normativamente su propio concepto de “funcionario público”, tal como se advierte de los incisos comprendidos en el artículo 425 del CP, dando lugar a una definición material —no formal— de incluir como potenciales autores a personas, que si bien no se encuentran insertos en el régimen laboral —propio de la carrera administrativa (Ley N.º 276)—, al estar vinculados funcionalmente con la Administración (CAS, servicio no personales), también caen en la esfera de regulación jurídico-penal, en tanto y en cuanto están en condiciones de vincular jurídico y legalmente a la Administración con terceros, como sucede en los delitos de peculado y colusión ilegal, donde el funcionario que dirige la licitación pública, que pueda estar contratado como CAS, igual puede contratar con los particulares, en representación de la entidad estatal, por ende, de defraudar al Estado, al concertarse con los licitantes.

Así también podrían mencionarse innumerables ejemplos, donde asesores (de alta dirección) que giran sus recibos por honorarios profesionales, en los hechos (funcionario de facto), pueden asumir roles de percepción u administración y así han de responder penalmente por el delito de peculado. Una posición contraria significaría debilitar injustificadamente los fines preventivos de la pena (general), así como de violentar el principio de igualdad; una situación que adquiere mayor vigor justificador cuando en el Perú se ingresa laboralmente a la vigencia de una serie de regímenes laborales, que se distancian de la carrera pública, al punto de sancionarse el Decreto Legislativo N.º 728, Ley de fomento al empleo en el sector privado, donde muchos trabajadores que laboran en la Administración pública se encuentran comprendidos en dicho régimen y, no por ello, no son susceptibles de ser considerados autores de peculado, malversación de fondos, abuso de autoridad, omisión de actos funcionales, etc.

Así, se dice que es funcionario o servidor público “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”. Declaración normativa que se concatena con lo previsto en la Constitución, cuando esta señala en el artículo 40º. Que “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los

funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

Ningún funcionario en el marco del derecho laboral, con el que se esboza en el derecho penal, y que ahora, merced a la sanción de la Ley N.º 30124 de diciembre del 2013, ha quedado definido de forma taxativa, al haberse previsto en el inciso 3 del artículo 425, que se incluyen a 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; por lo que queda sin sostén cualquier argumentación jurídica que pretenda invocar exculpación de responsabilidad penal (de no tener la condición de funcionario público), en mérito a la previsión constitucional mencionada o ley extrapenal que lo indique de tal manera.

Entonces, lo que determina tal cualidad, no es la naturaleza del régimen laboral —al que pertenece el *intraneus*—, sino su posición funcional en la Administración, su vinculación competencial con el objeto material del delito (caudales, efectos, etc.), lo que precisamente le permite afectar los intereses jurídicos que se ponen a tutela del derecho penal en esta esfera de la criminalidad. Y, así puede citarse, el caso de los funcionarios públicos que emiten informes, sobre determinadas materias, cuyo contenido permite que otro sujeto público autorice el funcionamiento de una determinada actividad socioeconómica; por lo que este, sea cuales fuese la entidad estatal en la que labore, así como el régimen laboral que lo vincula contractualmente con la Administración, es susceptible de responder ante la justicia penal, ora como autor ora como partícipe.

Consecuentemente, el concepto de “funcionario público” en el derecho penal asume una naturaleza distinta a la del derecho administrativo y el derecho laboral, formulando una acepción distinta, lo cual se corresponde con su función de política criminal; el derecho punitivo no puede condicionarse a lo que diga una esfera de la juridicidad extrapenal, ello comporta elaborar sus propias categorías conceptuales, que sin vulnerar el principio de legalidad, pueda concretizar los fines político criminales valiosos que lo patrocinan. Una postura divergente significa abrir una puerta inexplicable hacia la impunidad, intolerable desde los cimientos de un Estado constitucional de derecho.

Vemos así que las coordenadas de política criminal son las que direccionan las barreras de intervención punitiva, en la medida que el legislador —con las reformas normativas en

particular— pretende asegurarse que más sujetos públicos caigan en las redes de la represión penal, a través de fórmulas normativas que permitan cobijar las conductas reprobadas bajo los alcances normativos de los tipos penales funcionariales; de hecho, no es lo mismo incidir en una tipificación penal del delito de hurto o apropiación ilícita que en el delito de peculado, en tanto, la magnitud de la sanción es mucho mayor, proponiendo un mensaje disuasivo más intenso (prevención general negativa) en un contexto social abrumado por casos de corrupción.

No olvidemos que el fundamento material del injusto funcionarial es la realización del comportamiento típico en el ejercicio del cargo público, por lo que el estado de desvalor — que es objeto de represión— debe ser consecuencia directa de un acto, en aprovechamiento, de la esfera estrictamente competencial del *intraneus*, al ser su especial vinculación con el objeto material del delito, lo que sustenta su posición de dominio social que es empleada para contravenir sus deberes jurídico-público esenciales.

Lo dicho cobra relevancia —en márgenes interpretativos— en algunos casos, cuando por ejemplo, el individuo ha sido recién designado para desempeñar determinado cargo público o ha sido proclamado para el mismo, recibe una dadiva y/o prebenda (o la promesa de obtenerla) para una vez asentado en el cargo realice una labor contraria a sus deberes legales (cohecho) o se compromete a impulsar leyes, —que tengan como beneficiarios a determinados empresarios en el rubro minero—, para lo cual recibe una gran cantidad de dinero, incrementando así de forma significativa su acervo patrimonial (enriquecimiento ilícito). Estos ejemplos dan cuenta de la dimensión temporal del delito, donde uno de los elementos de la tipicidad penal no están aún vigentes, pero sí luego de transcurrido cierto lapso de tiempo —en los casos mencionados—, la tipicidad penal se complementa una vez que el sujeto asume en concreto el cargo, y está en posibilidad de quebrantar los deberes inherentes al cargo que desempeña.

Entonces, lo que se manifiesta en la dación de la Ley N.º 30124 —recogido en el artículo 425.6 del CP—, importa un concepto anticipado de funcionario público, que si bien contaba con respaldo doctrinario y jurisprudencial en su concepción normativa originaria, parece ser que —el legislador— en pos de cautelar el principio de legalidad en toda su magnitud y —a su vez— para fortalecer, los efectos sociocognitivos de la norma jurídico-penal, ha optado por ensayar esta fórmula legislativa, importante para cautelar la protección

de bien jurídico tutelado y para la adecuada subsunción legal de las conductas incriminadas, cuando señala que son considerados funcionarios públicos: Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Mediando la fórmula legislativa anotada, el Perú se adecúa a plenitud a la Convención Interamericana contra la corrupción, cuando en sus primeros apartados dispone que para los fines de la presente Convención se entiende por:

- “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
- “Funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

La “designación” de un funcionario, conforme lo dispone el artículo 4 del D.S. N° 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa), aquel ciudadano que es designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por la ley. Si bien, hemos postulado la autonomía conceptual del derecho penal frente al resto de ramas del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que no puede propugnarse una desvinculación total, por lo que ante designaciones de funcionarios manifiestamente irregulares, *u. gr.*, por autoridad incompetente, sale fuera del radio de acción del enunciado legal en cuestión.

Por su parte, la “elección” refiere a los denominados “funcionarios políticos” que son electos por votación popular: presidentes, vicepresidentes, congresistas, alcaldes, etc.; mediante sufragio directo, secreto y obligatorio en Distrito Electoral Único, luego de haber obtenido la cantidad de votos exigido por ley, lo cual tomará lugar luego de que la ONPE dé el conteo oficial de la votación y así se tenga como electo al funcionario en cuestión, dado a conocer por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

El conteo fuera de la mesa de urnas, que realizan las encuestadoras, no tiene valor para

definir dicho estatus jurídico-penal. Aquí se observa un mayor adelantamiento que el advertible de forma seguida. Es de verse así, en la ejecutoria emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema —Exp. N.º 06-2001—, que en sus fundamentos noveno y décimo hace alusión precisamente a la Convención Interamericana contra *la* corrupción señala que forma parte del derecho interno, al prescribir que los ciudadanos elegidos son funcionarios públicos, de que la misma añade una cláusula al artículo 425 del Código Penal por lo que al procesado le corresponde el *estatus* de “congresista elegido”, lo cual se acredita por prueba notoria consistente en el resultado general de las elecciones de abril del 2000, dado a conocer oficialmente por el resultado ratificado por las comunicaciones de la ONPE.

La “proclamación” finalmente implica un acto formal concluido todo un procedimiento que toma lugar después de un proceso eleccionario de autoridades políticas que son electas por voto popular; donde el Jurado Nacional de Elecciones, luego de haber depurado las actas electorales y resuelto todas las impugnaciones, otorga las correspondientes credenciales a los ciudadanos proclamados como presidente de la República, congresistas, etc.

CAPITULO III

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, COHECHO PASIVO EN LA FIGURA DE CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

3.1.- CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS.

3.1.1.- Introducción.

En el Código Penal de 1991, dentro del Título XVIII, Capítulo II, Sección IV se encuentran regulados los delitos de corrupción de funcionarios, entre los que figuran tipos penales como: cohecho (arts. 393° a 396°, 398° y 399°), negociaciones incompatibles con el cargo (art. 397°), tráfico de influencias (art. 400°), enriquecimiento ilícito (art. 401°).

Los delitos de cohecho son los generalmente denominados delitos de corrupción de funcionarios, los cuales representan un conjunto de delitos consistentes en la compraventa de la función pública. Es “una especie de contrato ilegal entre el funcionario y otro, en el que ambos acuerdan libre y voluntariamente un intercambio de prestaciones: el funcionario, una determinada actividad o inactividad funcional; y el otro, la entrega de un bien o la realización de una prestación a favor del primero”. Generalmente el esquema es el siguiente: (VÁSQUEZ & QUISPE FARFÁN, 2013) El funcionario que acepta o solicita el “pago” por la venta de la función pública.

El sujeto que compra el “servicio” o recibe el ofrecimiento del funcionario.

3.1.2.- Regulación Normativa (Código Penal)

A efectos prácticos, consignamos a continuación el artículo 393 del Código Penal, referido al delito de cohecho pasivo propio, que a la letra indica que:

Artículo 393.- Cohecho pasivo propio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del

Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

3.1.3.- Aspectos Críticos

Por lo general, los problemas más recurrentes que se presentan en el proceso penal seguido por los delitos contra la Administración Pública son: (MONTROYA VIVANCO, 2003).

3.1.3.1.- Sujeto activo

Debido a que son delitos de naturaleza especial, solo podrá ser sujeto activo de estos delitos (cohecho activo pasivo propio e impropio) aquel funcionario que actúa en el ámbito de sus competencias y, en ese sentido, no podrá serlo aquel funcionario que actúa invadiendo las funciones de otro. (ABANTO VASQUEZ, 2003)

La recepción del beneficio por la persona interpuesta.

El funcionario que utiliza a otra persona para recibir el beneficio (persona interpuesta) podrá ser considerado “autor mediato” (si se ha utilizado sobre el extraneus coacción, engaño, amenaza, etc.) o simplemente “autor” del delito (si la persona interpuesta actúa con pleno conocimiento de su accionar delictivo). En este último caso la persona interpuesta sería lo que se denomina “instrumento doloso no cualificado” que, siguiendo la “teoría de la unidad del título de la imputación”, debe responder como cómplice del delito de cohecho pasivo.

La no necesidad de contenido patrimonial de la ventaja o dádiva. Al respecto, se ha discutido en doctrina si un favor sexual o sentimental puede constituir un beneficio que se

entrega al funcionario a cambio de que realice un acto contrario a sus obligaciones o propio de su cargo. Existen posiciones que sostienen que la dádiva o ventaja solo puede ser aquella que tenga contenido patrimonial, (ORTS BERENGUER, 2010) mientras que existen otras que postulan que, dado el abanico de ventajas señalado por el tipo penal de cohecho (beneficio, venta, donativo, promesa), la dádiva o ventaja puede ser de cualquier naturaleza”.

3.2.- EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO

3.2.1.- Definición de cohecho.

La corrupción cuando se presenta en las esferas de competencia -en sentido amplio- de los funcionarios y servidores públicos se denomina cohecho. Es así el cohecho una especie concreta de corrupción focalizada en atención a los comportamientos de los sujetos públicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado del correcto funcionamiento de la Administración Pública y de la imparcialidad como condición funcional de sus actos.

Esta figura delictiva puede ser definida como el uso o aprovechamiento que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas (poder detentado) que brinda el cargo o empleo para beneficio particular, de grupo o de terceros, en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual puede como no efectuarse contraprestaciones.

Debe señalarse, desde ya, que en los delitos de cohecho se produce una particularidad en la tipificación penal, que los distingue de los delitos de concusión y de peculado, pues no solo se articula una respuesta sancionadora con respecto al intraneus, sino que el particular (extraneus) es también objeto de valoración de forma específica, sin apelar a las instituciones de la participación delictiva.

3.2.2.-El bien jurídico tutelado en el marco de los delitos de cohecho

El bien jurídico se constituye en la política criminal actual, el marco de referencia obligado para el legislador, con el fin de construir la conducta penalmente prohibida o mandada a realizar, como plataforma legítima de criminalización y, a su vez como proyección de despenalización, tomando en cuenta, su contenido material a efectos de delimitar el injusto penal cualificado.

(PENA CABRERA, 2016) : Dicho lo anterior, el bien jurídico importa un instrumento de hermenéutica jurídica, para sistematizar ordenadamente los comportamientos típicos, conforme al contenido del interés jurídico a tutelar, de acuerdo a la ratio legis de la norma jurídico-penal, definido por los cometidos preventivos que ha de desempeñar el derecho penal y; por otro, como herramienta de política criminal, revisando de forma crítica el derecho positivo vigente, con el fin de corregir los vacíos de la ley, promoviendo las reformas legales que sean necesarias para procurar el funcionamiento real de los fines del ius puniendi estatal, con toda la protección preventiva de bienes jurídicos. Sin embargo, fin primordial del bien jurídico es de erigirse en límite a los ámbitos de intervención del derecho penal, sobre todo cuando se pretende hacer de su uso cometidos que no se condicen con su esfera de legitimación en un Estado social y democrático de derecho, pretendiendo sofocar los focos de conflictividad social que carecen de suficiente nivel de lesividad y, por otro, ante conductas que solo merecen una reprobación ético-social, pero no cumplen con el estándar de ofensividad que se exige para la necesidad y merecimiento de pena.

En el campo de los delitos de cohecho, en los últimos años, se han producido varias modificaciones, muchas de ellas necesarias, de acuerdo a los argumentos antes señalados.

El bien jurídico tiene una base constitucional, pues en principio solo pueden ser objeto de tutela aquellos intereses jurídicos que gozan de reconocimiento por parte de la Ley Fundamental, y de ahí que se diga con corrección que la función pública en el marco de un orden democrático de derecho, debe desempeñarse con objetividad, legalidad, imparcialidad e independencia, criterios que llenan de contenido material al bien jurídico y, que a su vez permiten negar la relevancia jurídico-penal de conductas que no ponen en peligros dichos principios constitucionales, imprescindibles en la tarea delimitadora de las meras desobediencias administrativas con el injusto penal.

No son entonces bienes jurídicos personalísimos, que de forma concreta puedan ser percibidos por el común de las gentes, sino que por su naturaleza funcional, se encuentran vinculados directamente con los primeros, como mecanismo participativo de una real democracia.

Se trata, por tanto, de bienes jurídicos de naturaleza “institucional”, puesto que su titularidad está atribuida al Estado, que se representa a través de sus diversos estamentos públicos y, a la vez, “intermedios”, pues su legitimidad reposa en un fundamento individual

de la persona humana, funcional, al constituir en la plataforma necesaria para el desarrollo del individuo.

Para el desarrollo de las condiciones de participación social del individuo no solo será precisa la protección inmediata de los bienes inmediatamente circunscritos a la libertad personal, sino asimismo la protección mediata de los mismos a través de la tutela de estados intermedios de la organización social (bienes jurídicos “intermedios”, cuya ratio radica en una anticipación de la tutela penal de bienes personales, siendo el centro de la discusión no el ámbito de bienes a proteger, sino la técnica de protección), así como la protección de instituciones públicas, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos supraindividuales (bienes jurídicos institucionales).

Ahora bien, visto lo anterior, queda por dar un contenido material al bien jurídico tutelado en el título XVIII, que de forma general pueda sistematizar el interés —objeto de tutela— pues es de verse que las diversas figuras delictivas que se comprenden en dicha titulación, aunado a la especificación de la administración de justicia, responden cada uno de ellos a ciertos criterios de política criminal, amén a su propia naturaleza, lo que cual no es óbice para renunciar a la tarea emprendida. Máxime, si la definición material en cuestión, es imprescindible para delimitar el ámbito de incidencia entre las meras infracciones administrativas y los injustos penales, que ha de seguir pautas de determinación “cualitativas” o de trascendencia del acto administrativo, en el sentido que únicamente las graves perturbaciones al bien jurídico “Administración Pública”, pueden ser reputadas conductas con relevancia “jurídico-penal”, cuando el funcionario y/o servidor público afecta de forma considerable el normal funcionamiento de la función pública, desde la perspectiva de los parámetros jurídico-constitucionales de imparcialidad, objetividad e independencia de toda actuación pública. Dicha concreción material, se ajusta plenamente a los principios legitimadores del ius puniendi estatal, conforme a la idea de última ratio, de mínima intervención y de subsidiariedad en la intervención del aparato punitivo del Estado. El derecho penal debido a su carácter fragmentario, no puede considerar injusto merecedor de pena toda infracción de un deber por parte de un funcionario. Solo se reacciona frente a los “ataques” más intolerables contra la función que la Administración pública desempeña en nuestra sociedad.

Con todo, el derecho penal solo se ha intervenir ante aquellas conductas que de forma trascendente, defraudan los intereses de la comunidad, que se ven afectados cuando el funcionario perturba dicho cometido, implicando a la vez un aspecto “funcional” de referente

individual. La importancia que el buen funcionamiento de la Administración tiene para la sociedad en general justifica sobradamente la intervención penal respecto de los comportamientos que sean idóneos para lesionar gravemente la seguridad y la confianza de los ciudadanos en su correcto funcionamiento. La necesidad de la intervención penal, en un Estado democrático, solo está legitimada en la medida en que sea necesaria para la protección de la sociedad.

A tales efectos, solo las conductas típicas que vienen caracterizadas por el dolo, como tipo subjetivo del injusto, son factibles de punición, descartándose la penalización de las conductas imprudentes, bajo la excepción del peculado culposo (art. 387 del CP). En tal entendido, quedan fuera del marco de punición las conductas dentro del aparato público que no afectan de forma significativa la actuación pública, solo a partir de estándares de optimización y de rendimientos altamente calificados, como sucede en el caso de las contravenciones administrativas.

Dicho esto, cabe reputar como “intrascendente” pretender llenar de un contenido puramente “axiológico” el bien jurídico tutelado, en cuanto al prestigio”, “decoro” o “dignidad” del cargo, por carecer de fundamento político criminal desde los cánones de un orden democrático de derecho, donde la reacción punitiva solo puede responder a criterios suficientes de lesividad social, que determinen a su vez, el merecimiento y necesidad de pena. De no ser así, habría que revestir de relevancia jurídico-penal meras desobediencias administrativas, como comúnmente lo hacen las instancias administrativas, pues no saben delimitar con corrección las infracciones administrativas de los injustos penales, lo que a la postre desencadena persecuciones penales que no cuentan con el presupuesto material para su legitimación (sospecha vehemente de criminalidad igual al principio de intervención indiciarla); con el añadido de una presunta vulneración al principio del non bis in ídem.

La infracción del “deber” puede resultar válida como premisa para fundamentar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento que pueda realmente poner en peligro al bien jurídico, pero si no se le complementa con otros añadidos, que hayan de incidir en su contenido material de injusto penal cualificado, este dato será insuficiente, permitiendo la punición de conductas carentes de dicha concreción material, constitutivos únicamente de una contravención administrativa.

Cuestión muy importante, en los delitos de cohecho, que ha de conciliarse con los criterios rectores, que hacen de la conducta una no típica, cuando precisamente no se alcanza los niveles de perturbación funcional, que exige la ratio legis.

Antes de pasar al análisis que nos interesa, del bien jurídico tutelado en los injustos de cohecho, vale resaltar que ambos constituyen delitos de peligro abstracto de todos modos la punibilidad de la conducta está a la aptitud de lesión ex ante que desentraña la conducta, verificable ex post, por lo que aquellos, que si bien formalmente puedan adecuarse a la tipificación penal, deben descartarse, por no poseer un mínimo de lesividad social. Dicho esto, es de vital importancia, introducir criterios de corrección como la teoría de la adecuación social, del riesgo no permitido y el de insignificancia del disvalor del injusto, para dejar de lado conductas, que si bien formalmente pueden adecuarse a los términos formales del tipo penal, no poseen suficiente contenido material para poner en aptitud de lesión al bien jurídico tutelado; u. gr., cuando el particular le invita una gaseosa al servidor que de forma impronta y eficaz está realizando un acto propio de la función pública (correctivo interpretativo de la adecuación social o de los contactos sociales mínimos).

En palabras de CORCOY BIDASOLO, lo que pretende el legislador es motivar el control de los riesgos propios de la organización de instituciones que están al servicio del ciudadano. La legitimidad de dicha construcción teórica, como técnica de tipificación, de adelantamiento de la barrera de intervención del derecho penal, se explica en cuanto a su íntima relación con la autorrealización de la persona humana, desde un punto de vista “funcional. (PENA CABRERA, 2016)

Vale decir que en el marco de la política criminal, en la lucha contra la corrupción, ha supuesto que el disvalor de la conducta de cada uno de ellos, sea reconcedido a una tipificación penal autónoma, en el caso del funcionario será constitutivo de un delito de cohecho pasivo y, en el caso del particular o funcionario , incurrirá en la infracción penal de cohecho activo Tratándose de participación de otros (extraneus) para la realización delictiva quien recibe el dinero, para entregárselo el dinero al funcionario, no habrá problema para ser calificada dicha intervención delictiva a título de complicidad (primaria o secundaria), siguiendo el principio de la unidad en el título de la imputación de acorde con el principio de accesoriedad en la participación siempre y cuando este actúe con dolo y, no se trate de un acto de venta de influencia, pues de ser así este último estaría incurso en el delito de tráfico de influencias a título de autor.

Se puede partir de lo siguiente: en el delito de cohecho, cuando el servidor público se deja tentar por la oferta corruptora del particular o, el mismo promueve el trato ilícito, para infringir sus deberes funcionales, para omitir un acto en violación de sus obligaciones, está afectando dos aspectos puntuales: la imparcialidad en el ejercicio de la actuación pública, pues esta es quebrantada cuando el autor pone de manifiesto la preponderancia de sus apetitos personales”, sobre los estrictamente “generales”, que ha de guiar dicha actuación y, a su vez, el principio de legalidad, pues este deja de aplicar la norma aplicable al caso concreto o, la interpreta de forma antojadiza para favorecer indebidamente al particular. Lo que en un sector de la doctrina han denominado como “privatización de la función pública”, pues el intraneus, se aprovecha de su condición de servidor de la administración, para obtener un provecho indebido. El delito de cohecho, apunta Feijóo Sánchez, es el medio más radical que tiene el ordenamiento jurídico para luchar contra la “privatización” de la función pública. Orts Berenguer concluye que el bien jurídico protegido en estos se contrae a los servicios que los poderes públicos vienen obligados a rendir a los ciudadanos, con sujeción a los principios proclamados en la Constitución, particularmente el de objetividad e imparcialidad.

Distinto es el caso de la concusión, donde el funcionario hace pagar al particular emolumentos o contribuciones por encima de la tarifa legal o indebidos al no estar previstos en la ley, advirtiéndose una voluntad viciada en la persona del administrado, lo cual es distinto en el caso de cohecho, donde el *pactum sceleris* es fruto de una voluntad libre de las partes. Claro que los delitos de cohecho, en algunos casos pueden resultar actos preparatorios (cuya propia sustantividad lo hace punible) para alcanzar la realización típica de un delito de prevaricación, dando lugar a un concurso real de delitos.

Para un sector de la doctrina nacional, lo que definitivamente en la infracción penal bajo estudio se castiga —fundamentalmente— es la venalidad del funcionario o servidor público, buscando proteger jurídico-penalmente el normal funcionamiento de la Administración. Esto proviene de aquellas concepciones que entienden que el Estado es un fin en sí mismo y una afirmación de que él es un medio para el bienestar de los individuos.

3.2.3.- Clasificación de los delitos de cohecho.

Como explica (ROJAS VARGAS, 2016) los artículos 393 al 401 del Código Penal vigente (reformados por la Ley N° 28355 del 6 de octubre del 2004; por la Ley N° 29316

del 14 de enero del 2009 y por la Ley N° 29703 del 10 de junio del 2011) presentan la siguiente gama de tipos penales de cohecho:

- a) Cohecho pasivo propio (artículo 393). Tipo penal que admite tres modalidades:
 - a.1) Cohecho mediante aceptación o recepción.
 - a.2) Cohecho mediante solicitud.
 - a.3) Cohecho mediante condicionamiento.
- b) Soborno internacional pasivo (artículo 393-A).
- c) Cohecho pasivo impropio (artículo 394). Tipo penal que se subdivide en cohecho por aceptación-recepción y cohecho por solicitud.
- d) Cohecho pasivo específico (artículos 395 y 396).
- e) Cohecho activo genérico (artículo 397). Tipo penal que admite las modalidades de propio e impropio.
- f) Cohecho activo transnacional (artículo 397-A). Tipo penal que admite las modalidades de propio e impropio.

Ahora bien, conforme al enunciado del título del presente trabajo abordaremos en forma concreta el delito de cohecho pasivo propio, y especialmente analizar cómo opera el instituto de la prescripción en este tipo penal.

3.2.4.- El Delito de Cohecho Pasivo Propio.

3.2.4.1.- Descripción legal.

El antecedente más inmediato y directo del artículo 393 que regula los supuestos delictivos denominados cohecho pasivo propio es, sin duda, el artículo 349 del Código Penal derogado de 1924, el mismo que fue modificado por el Decreto Legislativo N° 121 de junio de 1981. En forma parecida fue la fórmula que adoptó el legislador en el Código Penal de 1991. Luego, tal numeral se modificó por el artículo 1 de la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004. Finalmente, luego de la modificación introducida por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, la fórmula legislativa tiene el siguiente contenido:

“Artículo 393.- El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido

con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

3.2.4.2.- Tipicidad objetiva

3.2.4.2.1.-Sujeto activo

Según se desprende de la redacción normativa, la calidad de autor solo puede ostentarla aquel que se encuentra revestido de la función pública (funcionario o servidor público), quien debe actuar con ocasión de los servicios públicos que presta a la nación; por tales motivos, se erige como un delito especial propio. (PEÑA CABRERA, 2016)

Debe precisarse que el particular que otorgue, ofrezca, acepte otorgar o prometa donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a favor del funcionario o servidor público no responderá como cómplice, sino como decíamos líneas atrás, este *extraneus* será titular de su propio injusto, esto es, del delito de cohecho activo.

Ello no implica que cohecho pasivo propio y cohecho activo dependan uno de otro para su existencia, sino que pueden presentarse de forma separada, dependiendo de la determinación del verbo rector del tipo penal *in comento*. Así, por ejemplo, si el agente funcionario o servidor público acepta o recibe algún beneficio de parte del particular, estaremos ante las figuras de cohecho pasivo propio (cuyo sujeto activo es el funcionario o servidor público) y ante un cohecho activo (cuyo sujeto activo es el particular). Por el

contrario, si el funcionario o servidor público solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, pero el particular no acepta, solamente se habrá configurado el delito de cohecho pasivo propio. En otras circunstancias, si el particular es quien ofrece promesa, donativo o cualquier otro beneficio, pero el funcionario o servidor público no acepta, solo estaremos ante el delito de cohecho activo genérico.

Por otro lado, en cuanto a la complicidad, la Corte Suprema tiene dicho que:

“La viabilidad de esta apreciación jurídica a título de complicidad primaria se sostiene en la doble estructura del delito de cohecho pasivo propio, esto es, tanto como uno de mera actividad, amparado en los supuestos ‘de aceptar promesa o cualquier otra ventaja o beneficio’ -supuesto que no admite participación alguna-, como uno de resultado, al castigarse el ‘recibir donativo, o cualquier otra ventaja o beneficio’ -que consiente perfectamente la complicidad- (...)”⁴.

3.2.4.2.2.- Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de este delito es el Estado, como titular de todas las actuaciones que toman lugar en los diversos estamentos de la Administración Pública, cuando el funcionario o servidor público priva- tiza el cargo, recibiendo ventajas indebidas a cambio de contravenir sus obligaciones funcionales.

3.2.4.2.3.- Conducta típica

Sobre las conductas típicas, la Corte Suprema ha manifestado correctamente que: “Que el delito de cohecho pasivo propio, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas, que a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración Pública. Así, el delito de cohecho pasivo propio, recoge: a) la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del Código Penal, referida a ‘aceptar’ o ‘recibir’ donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (extraneus); o ante la materialización de dicho

⁴ R.N. N.35-2010-emitida el 29 de marzo de 2012.

ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto intraneus (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o beneficio, a cambio de la realización de una conducta que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que ambos sujetos intervinientes (intraneus y extraneus) hacen confluír sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor; b) la prevista en el segundo párrafo: cuya acción típica se concentra en el verbo rector ‘solicitar, el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja in-debida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones; y c) la modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal ‘condicionar’, supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsó a su ejecución (...).’

3.2.4.2.4.- Consumación y tentativa

Sobre este aspecto, Rojas Vargas manifiesta que la consumación dependerá de la modalidad de cohecho pasivo propio que se halle en juego.

Así, en el cohecho mediante solicitud la consumación es instantánea al tratarse de un delito de simple actividad, no se requerirá por lo tanto que el tercero acepte o dé su conformidad, menos que se produzca la entrega del bien o la concreción de la ventaja. Lo mismo sucede en el cohecho mediante aceptación de donativo, ventaja o promesa. En cambio, en el cohecho por recepción, al requerir la norma un resultado objetivamente apreciable, el delito estará consumado con la recepción del bien o la materialización de la ventaja; en el caso de aceptación de promesa, se consumará el delito con la complacencia verbal y hasta gestual del funcionario o servidor.

En lo referente a la tentativa, resulta admisible para el caso en que el delito admita graduación o espaciamiento de actos ejecutivos, por ejemplo, en el cohecho por recepción material de donativos o ventajas.

3.2.5.- Los "Medios corruptores" en los delitos de Cohecho.

(PENA CABRERA, 2016)

Los delitos de “cohecho” suponen un acto bilateral, una actuación sinalagmática entre dos sujetos, mediando prestaciones recíprocas, cada una de ellas se obliga (compromete) frente a la otra; es por ello que se trata de un delito plurisubjetivo de participación necesaria, donde la facticidad que ejecute cada una de las partes, resulta imprescindible a efectos de realización típica.

Estamos hablando de una vulneración a los principios básicos de la actuación pública, según los cometidos del Estado constitucional de derecho, donde la objetividad, imparcialidad y legalidad, se ven fuertemente afectadas por la conducta cohechadora; sobre todo por parte del intraneus, quien tiene el deber de sujetar su actuación funcionarial apegado a derecho y, por otra parte del extraneus, de no promover actos antijurídicos en el seno de la Administración.

De forma que la actividad prohibida, que se le atribuye al funcionario público viene precedida por una motivación particular, de recibir y/o obtener un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio”; aquellos elementos se erigen los motivos que impulsan el obrar prohibido del funcionario o servidor público. Es decir, el autor (intraneus) debe ir en contra de sus obligaciones funcionales o de realizarlas conforme a derecho, merced a la ventaja o beneficio que recibe o le prometen entregar, si despojamos dicha circunstancia de la conducta funcionaria, hemos de negar la tipicidad penal por los delitos de corrupción, pudiendo reputarse la conducta como abuso de autoridad y, si el funcionario actúa con arreglo a ley, el hecho será simplemente atípico.

Como hemos sostenido, la conducta ilegal del funcionario puede presentarse antes (subsecuente) o después (antecedente), del pacto corruptor, por el cual el particular se obliga a entregar al funcionario una ventaja o beneficio indebido. Según dicha premisa, ha de acreditarse una “vinculación funcional” entre la actuación del funcionario público y la dádiva que recibe o le prometen entregar, si no existe relación, habrá que negar el delito.

Luego, el donativo, la ventaja o la dádiva ha de ser entregada por el particular (extraneus) de forma libre y voluntaria, no puede advertirse vicios que vayan a afectar el aspecto volitivo del ciudadano, en tanto la injerencia de una dosis de coacción, violencia o intimidación, convierte al comportamiento en uno de concusión o de extorsión; si el agente

policial amenaza a la esposa del detenido, de que le entregue un dinero, pues de no ser así, le propina una golpiza, será un delito de extorsión, pues no está en el marco competencial legal de ningún servidor público lesionar a detenidos; y, si es que la consorte, le da un dinero al efectivo policial, para que aquel lo exculpe en el atestado policial, sí habrá un delito de cohecho propio.

Debemos entender, entonces, que son los medios corruptores los que desencadenan toda la maquinaria delictiva, que sin ellos no resulta factible adjudicar al actor (funcionario) ser agente del delito de cohecho; quien puede verse comprometido en aquel, ora por propia iniciativa ora por inducción del particular.

Es en definitiva, la codicia, el afán por hacerse de una ventaja indebida, lo que facilita que se perpetren actos de cohecho; quien tiene bien claro su marco de actuación competencial y, bien interiorizados los valores institucionales, no caerá nunca en estos actos reprobables.

Donativo.- esta acepción terminológica parece más adentrarse a instituciones privadas de Derecho Civil, da un donativo a quien aporta a un fin noble, altruista, de apoyo social, de aporte a una causa de elemental humanidad. Debemos entender el concepto en forma contraria de quien ofrece o entrega una dádiva al funcionario público para que aquél lesione la legalidad y vulnere la imparcialidad.

Las donaciones son la liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otras que la acepta.

¿Qué puede entregarse como donativo?

Primero, dinero, que puede ser efectivo, en cheque o directamente abonado en cuenta corriente, los bienes muebles no fungibles susceptibles de ser valorados en el mercado; una computadora, un vehículo, joyas, títulos valores, acciones y utilidades en personas jurídicas, etc.

Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial.

El donativo no necesariamente ha de implicar una traditio física sino jurídica, sea mediando un contrato ficticio de compra venta, de donación que puede tener como beneficiado al funcionario público o a persona allegada. Si es un bien inmueble, puede observarse no solo un contrato de enajenación a precio subvaluado, sino también un

arrendamiento a precio ganga. Lo que queremos decir con esto es que el medio corruptor puede encubrirse a través de una serie de instrumentos contractuales" cambiarlos, que hayan de esconder la verdadera naturaleza de la entrega' Inclusive, puede fingirse una sociedad comercial con el familiar del funcionario, inyectando en el capital social de la empresa una fuerte suma de dinero, lo que a la vez puede significar un delito de enriquecimiento ilícito.

Este donativo, expresado en términos mobiliarios, dinero o instrumentos bursátiles, no está subordinado a un monto determinado; no es como en el caso del injusto del hurto, donde se requiere que el valor del bien mueble supere una RMV; a efectos de la configuración del cohecho, basta con que cuente con una valoración económica cuantificable en términos dinerarios. Eso sí, debe ser un bien cierto, real e individualizable, no aquel carente de factibilidad material en el tiempo y en el espacio (imaginarios y los supersticiosos).

En la doctrina nacional, se dice que estos deben ser bienes individualizables con un contenido patrimonial o no; a su vez deben ser capaces de consumir formalmente el delito y tienen que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora ; a nuestro entender la caracterización económica es imprescindible, el regalo de una foto de una estrella de la farándula o invitar una bebida gaseosa a los efectivos policiales que han ejecutado un lanzamiento, no puede alcanzar dicha propiedad configurante; otras connotaciones pueden calar en el término “ventaja”.

La dádiva debe estar constituida por un objeto que se transfiere al autor del hecho, por parte del dador.

-Pensamos que el donativo debe reportar un provecho para el funcionario o servidor público, no necesariamente en un aspecto dinerario, sino por ejemplo la utilidad que le puede dar el empleo de un software o de un equipo o máquina para el hogar. Piénsese en el chocolate que el litigante dejó en el escritorio del funcionario, quien luego se lo obsequia a su secretaria, ni siquiera lo tomó en cuenta al momento de resolver conforme a derecho, no se podría decir que se trataría de un cohecho impropio, así como las flores que el abogado le deja a la secretaria jurisdiccional por el Día de la Madre y, así hace que lo atienda el juez con mayor prontitud. Los convencionalismos sociales, así como contactos sociales mínimos, deben ser dejados de lado como medios corruptores, contrario sensu habría que penalizarse una vastedad de conductas, lo que atenta contra el principio de mínima intervención.

La calidad de donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para mover o motivar la voluntad y los actos del funcionario o servidor hacia una conducta deseada y que resulta provechosa para el que otorga o promete.

En resumidas cuentas, el donativo es todo aquello que ingresa al ámbito de lo prohibido, todo aquello que el funcionario o servidor público no puede aceptar, de hacerlo compromete su objetividad e imparcialidad funcional.

Segundo, la “promesa” es aquel compromiso, en mérito del cual el particular se obliga a realizar a favor o dígame en provecho del funcionario o servidor público.

La promesa debe ser cierta, directa y de posible realización. No podemos estar ante aquella cuando quien se compromete a casarse con el funcionario es una persona ya casada o, cuando la promesa es irrealizable, por ejemplo de construirle una casa en la Luna o de regalarle la Plaza de Armas.

La promesa puede ser de dinero, como la entrega de títulos valores, de instrumentos bursátiles, de toda aquella cosa u objeto susceptible de ser transferida y que pueda proporcionar una utilidad al funcionario público.

Esta promesa debe ser valorada ex ante, esto es, debe de haber promovido, convencido o impulsado al funcionario a realizar un acto en contra de sus obligaciones funcionales; si no fue eso lo que lo decidió actuar de forma antijurídica, sino intereses deleznable, de perjudicar a la Administración, será constitutivo de un delito de abuso de autoridad.

La promesa como la aceptación del donativo implica un pacto tácito de complacencia recíproca de naturaleza delictiva. Si se presenta por parte del sujeto público, coacción, intimidación o violencia para obtener la promesa, el supuesto de hecho concursará con el delito de concusión. A nuestro modo de ver las cosas, cualquier atisbo de violencia, amenaza o intimidación, anula la posibilidad de un pacto corrupto, solo entonces se aplica el tipo penal de concusión.

Puede prometerse la obtención de una plaza laboral, la promoción de un cargo público, el acceso de un crédito hipotecario, la venta de un bien inmueble a un precio irrisorio, la militancia a un partido político; esta promesa debe ser susceptible de concretizarse de forma inmediata o en un futuro no muy lejano.

Parece importante añadir que esta promesa puede o no cumplirse o que importa en términos de tipicidad penal es aquella haya motivado al funcionario la realización del a

conducta antijurídica; “el tipo penal solamente exige la “aceptación” de la promesa; ella puede aplazarse o incumplirse”.

Como bien se dice en la doctrina nacional, el cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho.

Tercero, las “ventajas o cualquier tipo de beneficios”; consideramos estos x que en este aparatado se pretende cobijar todas aquellas circunstancias varias, que por diversos motivos no encajan en los donativos y en las promesas, como una vía legal de cubrir espacios de impunidad.

Las ventajas pueden tomar lugar en una serie de ámbitos de la vida social, sea en la esfera laboral, de permitir que un determinado funcionario pueda llegar todos los días tarde a su centro de labores, de permitírsele conocer de antemano las preguntas del examen de ascenso promocional, de acceder a rebajas significativas en la compra de ciertos productos, de condonar deudas dinerarias, etc.

Las ventajas que redunden a favor de terceras personas vinculadas con el funcionario o servidor tienen que ser objeto de análisis y evaluación judicial para dilucidar su nexo con los actos practicados por los sujetos públicos, en base a referentes objetivos. No se dará esta vinculación cuando el esposo del funcionario aprueba el examen en la institución que labora el segundo, en mérito a su propio esfuerzo intelectual.

En este rubro es donde puede entrar a valorarse aquellas ventajas que no cuentan con un significado patrimonial, es decir, aquellas no cuantificables en dinero, pero que de hecho pueden reportar una utilidad o aprovechamiento al funcionario o servidor público.

La Sala Penal Transitoria en el R. N. N.º 10-V-2001-Lima ha dejado sentado lo siguiente:

- “Cuando se aborda el delito de corrupción de funcionarios, hay que advertir que se trata de un tipo penal abierto, puesto que no solo se configura cuando se hace un donativo o promesa, sino también cuando se ofrece “cualquier otra ventaja”, lo cual implica que la ventaja no solo puede ser económica, sino de otra índole, inclusive puede consistir en una promesa futura”.
- “La ficción jurídica que en doctrina se conoce como ‘ventaja velada’ [...] constituye una especial forma de la promesa que realiza el sujeto corruptor

sobre el modo de influenciar en la decisión de la autoridad, que tiene en sus manos el resultado de un proceso; siendo el objeto material del delito el ‘aseguramiento en el cargo’, hecho que ha quedado debidamente corroborado ya que al no haber sometido la juez su voluntad a la de Rodríguez Medrano, se produjo una represalia removiéndola de su cargo, y cuando se publica este acontecimiento, que evidenciaba el poder autoritario y decisivo que ejercía el procesado sobre los magistrados del Poder Judicial que no se adherían al sistema, es que se decide restituirla en el mismo cargo”.

La sola posibilidad de ser atendido en el primer turno de un banco, sin hacer cola, de estacionar el auto en un lugar privilegiado, no lo concebimos como ventaja que puedan tener relevancia jurídico-penal, salvo que excedan la tradición o cualquier lógica ; u. gr., si el crédito solicitado por el funcionario público, es atendido prontamente, con el añadido de no ser sometido a ninguna calificación crediticia o comprobación patrimonialista, sí es que estaremos ante una ventaja de relevancia punitiva.

Ingresamos a un punto en discusión no fácil de dilucidar, cuando la ventaja se manifiesta en favores sexuales, es decir, el funcionario público omite levantar el acta de cierre del local comercial a cambio de un acto sexual con el administrado; es evidente que dicho acto carece de contenido económico, pero sí que genera una ventaja o aprovechamiento al intraneus. Claro que la prestación sexual debe haber tomado lugar de forma voluntaria, de que la propia mujer se haya ofrecido sexualmente al servidor público, con el fin de que aquel vulnere sus deberes funcionales; el más mínimo viso de coacción o intimidación lo convierte en un delito contra la libertad sexual. Si quien pacta el acto sexual es una persona menor de catorce años de edad, no hay consentimiento válido, por lo que no es un delito de cohecho, sino un atentado contra la intangibilidad sexual.

Así también, hay que valorar las circunstancias que rodean el hecho. No olvidemos que el poder funcional que reviste al sujeto público lo coloca en un estado de superioridad con respecto al administrado, pudiendo configurarse el tipo penal del artículo 174° del CP. Cuestión distinta se da en las relaciones amorosas que rodean a dos personas (funcionario y particular), acostumbrados a negociar ilícitamente, sin que el acto sexual sea el medio que impulse al sujeto público a contravenir sus obligaciones funcionales, donde la mujer —su pareja— es una traficante de influencias.

3.3.- CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES.

Artículo 396°- Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista; auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

3.3.1.- Comentarios generales.

Es conocido por todos que la “corrupción” que cunde en el aparato de justicia, no solo tiene que ver con magistrados (jueces y vocales), sino también con otros servidores públicos, que realizan una labor también importante, en la procura de una correcta administración de justicia.

Nos referimos a los “auxiliares jurisdiccionales”, quienes coadyuvan y complementan la actuación jurisdiccional en sus diversas manifestaciones. No solo en el Poder Judicial, sino también en el Ministerio Público, donde se identifican a los llamados “asistentes de la función fiscal” u otros con la condición de “abogados”, quienes proyectan diariamente los dictámenes u otras providencias, que son suscritas por el fiscal encargado del despacho.

Vemos que son dos opciones que tenía el legislador para penalizar el “cohecho específico de los auxiliares jurisdiccionales”; primero, de extender en un párrafo aparte su conducción típica, bajo los alcances normativos del tipo penal contenido en el artículo 395 del CP, que tal vez hubiese sido mejor por un criterio de economía legislativa o, proceder, como se hizo, tipificando una construcción del injusto autónoma, cuya plataforma de legitimación es clara: reforzar punitivamente la “imparcialidad” de los órganos que administran justicia en nuestro país.

La acriminación de un cohecho específico, para el caso de los secretarios y auxiliares jurisdiccionales, no tiene por cometido cerrar los espacios de impunidad, cuando aquellos fungen de intermediarios entre los magistrados y los litigantes; de ningún modo, la punición se sostiene en un actuar individual de estos servidores públicos, quienes según la normativa, cumplen y desarrollan labores de especial relevancia en la administración de justicia. Es

sobre sus privativas esferas de organización funcionarial que se fundamenta el disvalor del injusto y, no por servirle al magistrado de la prebenda económica que le proporciona el litigante; de ser así, aquel será pasible de responder como cómplice primario del delito de cohecho pasivo específico; tampoco, cuando redacta la resolución jurisdiccional prevaricadora, pudiendo ser pasible de imputación jurídico-penal, a título de participación delictiva por el delito de prevaricato o, en la hipótesis de ejercer influencia sobre el juez para favorecer a un litigante, pues en dicho caso ha de responder como autor del delito de tráfico de influencias.

Podría predicarse —desde un plano de puro dogmatismo— que al tratarse de servidores de niveles bajos de la administración de justicia, su conducta cohechadora habría de ser cobijada perfectamente por las figuras delictivas de cohecho pasivo, sea propio o impropio; lamentablemente, esa técnica legislativa no sería adecuada por motivos de orden criminológico, en tanto la práctica revela cómo muchos de estos servidores públicos, reciben o solicitan, ventajas indebidas a los litigantes para quebrantar sus deberes funcionales, aquellos inherentes a la tarea que desempeñan, y aquella es únicamente de servir a los usuarios del sistema de justicia. Debemos reconocer que los niveles remunerativos de estos servidores son bajos, en comparación de los sueldos de los magistrados, mas ello no puede ser empleado como justificante para incursionar en este tipo de conductas disvaliosas, que tanta mella provoca a la imagen y prestigio del Poder Judicial. Por consiguiente, razones de política criminal justifican sobradamente la tipificación del delito de “cohecho pasivo específico de auxiliares jurisdiccionales”. Así, (REATEGUI SANCHEZ, 2009), al escribir que el legislador ha creído conveniente que por razones de organización, estructura y jerarquía judicial, en uno existe un mayor disvalor del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y están facultados para administrar justicia, y de otro lado, un menor disvalor del injusto expresado en su condición de sujetos que prestan apoyo o auxilio a la función jurisdiccional, cuando en realidad son los secretarios judiciales los que por su cercanía y proximidad a los litigantes cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas “ocultas”, en contra de la función pública. (ROJAS VARGAS, 2002).

Por otro lado, debe reconocerse que los auxiliares jurisdiccionales, los secretarios, relatores y otros no cuentan con potestades decisorias o resolutivas. De ahí que se diga por

un sector de la doctrina nacional, que la técnica legislativa empleada para la construcción del tipo penal es imperfecta, pues los componentes típicos del artículo 395 no pueden ser en conjunto aplicados al ámbito de competencia de un auxiliar de justicia o de quien desempeñe un cargo similar; por lo que el tipo penal presenta serias deficiencias. (ABANTO VASQUEZ, 2003).

Dicho lo anterior, debemos entrelazar una debida correspondencia entre los términos utilizados en el artículo 395 del CP, con aquellas competencias y facultades que la ley les reconoce y confiere a los auxiliares jurisdiccionales lo que ha de desencadenar en una penalidad mitigada en comparación de la conducta corrupta de un magistrado, tal y como se devela de los marcos punitivos de ambos articulados.

Este tipo penal fue modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 28355 de octubre del 2004, incidiendo en una extensión más omnicompreensiva del círculo de autores, aparejando la pena accesoria de inhabilitación.

En lo concerniente a los sujetos de la relación delictiva, vemos primero a los sujetos activos, quienes al reunir una condición específica de actuación funcional hace de este tipo penal uno “especial propio”; quienes no tienen la calidad de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier ore análogo, no podrá responder por este injusto penal. Si es magistrado (juez : fiscal), árbitro, miembro de un Tribunal Administrativo o perito, la tipificación ha de ser reconducida a los alcances normativos del artículo 395 del CP y este otro funcionario o servidor público, bajo los efectos de acriminación de los artículos 393 y 394 del CP.

Los autores de este injusto de cohecho pasivo específico han de encontrarse en plena vigencia de su actuación funcional; los cesados y destituidos no estarán incurso en esta modalidad delictiva, sino en la de usurpación de funciones.

Los particulares (extraneus) no pueden ser considerados autores por no poseer la condición especial que exige la tipicidad objetiva, por lo que su intervención en el decurso del iter criminis, ha de ser calificada como “participación delictiva”.

Puede admitirse una codelincuencia, siempre que ambos especialistas compartan una misma competencia funcional, y así aceptan, reciben o solicitan (dolosamente) a los

litigantes, un donativo o ventaja indebida, para favorecer!: en un caso sometido a su conocimiento.

Se dice en el enunciado normativo que los posibles autores han de ser “secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo*. Conforme a lo previsto en el artículo 249° de la LOPJ, la “carrera auxiliar jurisdiccional” comprende a los siguientes grados: secretarios y relatores de las Sala de la Corte Suprema; secretarios relatores de Salas de las Cortes Superiores; Secretarios de Juzgados Especializados o Mixtos y de Paz Letrados; y, oficiales auxiliares de justicia. Así, según lo anotado, la “analogía” ha de comprender todos aquellos servidores públicos, que según la LOPJ, hayan de ejecutar labores similares, con el añadido de aquellos servidores públicos que prestan labores en el Ministerio Público. (SALINAS SICCHA, 2009)

Consideramos que no cualquier servidor auxiliar de justicia puede integrarse a este círculo de autores, solo aquellos que se encuentren revestidos con posibilidades funcionales de tomar decisiones que repercutan en el trámite del expediente o en la activación y programación de las diligencias jurisdiccionales o de las actuaciones fiscales. De forma específica, a los secretarios de juzgados, que en su actividad cotidiana tienen a su cargo los expedientes, la preparación y diligencias en el local del juzgado así como la emisión de notificaciones; por tales motivos, hemos de sustraer de este listado a aquellos que únicamente se dedican a la tarea de “mesa de partes”.

Apunta (ABANTO VASQUEZ, 2003) que no debe confundirse con las simples “secretarías”, los policías adscritos, oficinistas o demás personal que labora en las dependencias del funcionario competente y cuya labor no constituya un trabajo técnico.

La taxatividad penal es la que determina el cobijo del supuesto de hecho en el enunciado normativo, advirtiéndose de la descripción típica del artículo 396° del CP, que el legislador se centró básicamente en aquellos que coadyuvan la actuación jurisdiccional, en el ámbito del Poder Judicial. Empero, criterios de interpretación sistemática nos obligan a extender el ámbito de punición, a quienes ejecutan una labor coadyuvante en el Ministerio Público; máxime si la tipificación penal propuesta en el artículo 395 del CP es clara al incluir a los fiscales, como sujetos activos del delito. Aparecen en escena los denominados “asistentes de función fiscal” así como los “abogados”, quienes proyectan los dictámenes,

intervienen en ciertas diligencias, toman declaraciones indagatorias, etc.; una serie de actuaciones relevantes en el proceder de una actuación típicamente fiscal, en cualquiera de las esferas de actividad funcional.

El artículo 31 de la LOMP dispone que el personal auxiliar y el administrativo del Ministerio Público es nombrado por el Fiscal de la Nación.

Finalmente, sujeto pasivo de esta acción criminal es el Estado, como titular de toda la actuación jurisdiccional y fiscal, que toma lugar en sede del Poder Judicial y del Ministerio Público.

En lo concerniente a la modalidad típica, es de verse que si hemos de construir el análisis dogmático, bajo las mismas aristas contenidas en los alcances normativos del artículo 395° del CP (al fungir el artículo 396 como una “cláusula de extensión de punición”), tendríamos que someter la valoración del juicio de tipicidad penal, a los términos normativos de: “competencia” y “conocimiento”; resultando el primero de ello una acepción privativa a los fueros jurisdiccionales y los fueros fiscales, no siendo extensible dicha institución a los auxiliares secretarios jurisdiccionales, quienes por tal razón son rotados y desplazados constantemente a los diversos ámbitos de las especialidades de la judicatura.

La convocatoria de dichas plazas labores, hasta donde sabemos se efectúa en términos generales, sin especificarse competencias funcionales determinadas lo que no obsta a que siempre deba buscarse un cierto perfil de especialización jurídica en el postulante. Por consiguiente, hemos de sujetar el juicio de desvalor típico, al término “conocimiento”.

Todas las hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas con asuntos sometidos a conocimiento o competencia propios del agente ; esto quiere decir, en otros términos, que el desvalor del injusto contenido en el artículo 396° del CP tiene que ver con una negociación ilícita (pacto corrupto) que se entabla entre el auxiliar jurisdiccional o el secretario con el litigante, para que el primero sea influenciado a través de los medios corruptores que se develan en el artículo 395° del CP, con el fin de favorecerlo o de incidir en una actuación que se adscribe en la esfera competencial del sujeto activo.

Conforme lo anotado, ha de rechazarse la tipificación penal por esta figura delictiva cuando el litigante pretende sobornar al secretario judicial para que éste a su vez influya en

la decisión final a tomar por el juzgador; si esto es aséptico ante un típico caso de tráfico de influencias, aquel disvalor contemplado en el artículo 400 del CP, y no del precepto normativo en cuestión.

Y si es que el auxiliar jurisdiccional o el asistente de función fiscal solo funge de intermediario entre el magistrado y el abogado litigante, recibiendo el medio corruptor, que será entregado al juzgador, estaremos ante una responsabilidad penal a título de participación delictiva (complicidad), por el delito de cohecho pasivo específico, siempre que el auxiliar actúe dolosamente.

En resumidas cuentas, debe advertirse una “relación normativa”, entre la dádiva, promesa u otro tipo de ventaja indebida, recibida o aceptada por el auxiliar jurisdiccional, secretario u otro servidor público de funciones análogas (así como la solicitud de su entrega por parte del servidor), para que este último ejecute una acción propia de su actuación funcional, favoreciéndola o mejor dicho, en cuanto a la violación de los deberes inherentes al cargo. Es así que seguimos la postura acotada en el artículo 395° del CP de que este cohecho pasivo específico ha de ser siempre de naturaleza “propia”; si la prebenda económica lo que persigue es que el intraneus ejecute una acción u omisión —propia del cargo— sin faltar a sus deberes funcionariales, ha de responder por el tipo penal de “cohecho impropio”, contemplado en el artículo 394° del CP; solución - punitiva que se adecúa plenamente a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad. (SALINAS SICCHA, 2009)

En la ejecutoria expedida en el Exp. N.º 1622-2002-Puno, se dice lo siguiente “Aparece en autos que se inculpa al procesado, en su condición de Secretario del Primer Juzgado de Paz Letrado de Vitarte que [...] solicitó la suma de S/ 60.00, monto que fue recibido por intermedio del sujeto [...], hechos que fueron filmados y difundidos en el programa televisivo ‘Diálogo’”.

Las formas de imperfecta ejecución en esta modalidad de cohecho pasivo específico han de ser analizadas por separado cuando se trata de la primera variante típica, al calificarse como un delito “plurisubjetivo” (participación necesaria) se requiere de dos secuencias tácticas; la primera atribuida al litigante, quien ofrece el medio corruptor al auxiliar o secretario judicial y, la segunda, atribuida a la esfera de organización funcional del sujeto activo, quien debe “aceptarlo” o “recibirlo”. Solo así, la modalidad del injusto será

consumada; si es que el servidor público se niega a formar parte del pacto corrupto, el tipo penal no se habrá configurado, sin embargo el particular habrá de responder penalmente por el tipo penal, contenido en el artículo 398 del CP.

La segunda variante del injusto de cohecho pasivo específico (auxiliares jurisdiccionales, artículo 396° del CP) adquiere una composición típica singular, distinta a la anterior, en el sentido de que la perfección delictiva se alcanza con la solicitud del servidor público de la promesa, donativo o cualquier ventaja o beneficio, sin que tenga que acreditarse la “aceptación” por parte del extrareus, erigiéndose en un tipo penal de mera actividad. Lo cual supone una modalidad del injusto agravado, en cuanto a la actitud promotora y provocadora, que el agente efectúa en este supuesto delictivo.

En la decisión adoptada en el Exp. N.º 97-197-191601-JP-01, se expone que:

La solicitud de una suma de dinero por un auxiliar de justicia, a fin de influir en la decisión a favor de una de las partes, constituye delito de corrupción de auxiliar de justicia, previsto en el artículo 396 del Código Penal, el cual ha de diferenciarse del delito de cohecho contenido en el artículo 393; en el citado delito del delito del artículo 396, no se requiere demostrar que el sujeto activo ha recibido el dinero solicitado, en tanto que para la existencia del tipo penal se requiere únicamente que se haya solicitado dicho dinero .

El tipo subjetivo del injusto viene informado por el dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el auxiliar o secretario judicial acepta o recibe beneficio, promesa donativo o cualquier tipo de ventaja, sabiendo que ello toma lugar para influenciar en el ejercicio de su actuación funcional en un caso concreto, es decir, para que contravenga sus deberes inherentes al cargo. Según ello, puede afirmarse que en estos injustos de cohecho pasivo específico, se lesionan en simultáneo los principios de “imparcialidad” y de “legalidad”.

En todo lo no dicho, en este articulado, remítase al lector a lo anotado en el artículo 395 del CP. (PEÑA CABRERA, 2016).

3.3.2.- Dispositivos Normativos Prácticos

- ❖ **R.F.N. N° 1910-2012-MP-FN:** Directiva N° 004-2012-MP-FN Disposiciones que regulan el funcionamiento de la Fiscalía Superior Nacional y Fiscalía Supraprovincial corporativa especializadas en delitos de corrupción de funcionarios.
- ❖ **R.F.N. N° 781-2011-MP-FN:** Reglamento de funciones de los fiscales coordinadores regionales en delitos de corrupción de funcionarios.
- ❖ **R.M. N° 174-2016-JUS:** Protocolo de actuación interinstitucional para la prevención y represión de los delitos de corrupción de funcionarios.
- ❖ **D.S. N° 010-2017-JUS:** Reglamento del Decreto Legislativo N° 1327 que establece medidas de protección al denunciante de actos de corrupción y sanciona las denuncias realizadas de mala fe.
- ❖ **D.S. N° 003-2017-JUS:** Reglamento del Decreto Legislativo N° 1279, que establece el deber de registrar los vínculos de parentesco y otras vinculaciones derivadas de las inscripciones que lleva a cabo el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil orientado a contribuir a la efectividad de la lucha contra la corrupción.
- ❖ **D.S. N° 096-2018-EF:** Reglamento de la Ley N° 30737, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos.

CAPITULO IV

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

4.1.- EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

El Estado existe porque tiene como objetivo principal garantizar la vida en común de los ciudadanos, es por ello que se le ha otorgado la potestad sancionadora, para que de esta forma y contando con un sustento normativo pueda penar y castigar aquellas acciones que atenten contra los bienes jurídicos protegidos por el sistema legal.

Es por ello, que no se puede hablar de un derecho de incriminar por parte del Estado, sino de un deber del mismo para imponer penas con sanciones, puesto que su existencia se debe a la misión de mantener la coexistencia, es decir de preservar la paz y la tranquilidad entre los ciudadanos, así pues, sólo imponiendo pena o sanciones administrativas podrá tutelar aquellos bienes jurídicos que sean atacados ya que existiera un conocimiento previo por parte de ciudadano que ante cualquier ataque a los bienes jurídicos obtendrá una respuesta por parte del Estado.

El Estado con el poder que le ha sido atribuido podrá imponer penas o sanciones cuando se infrinja lo establecido por la norma, los mismos que deberán ser justos y razonables, y cuando los ciudadanos no estén dispuestos a seguirlos, podrá ejercer su elemento de dominación, es decir, podrá obligar por la fuerza a obedecer sus decisiones, por lo que el poder público ejercerá el elemento de dominación a través de la pena o la sanción administrativa. Si bien es cierto, anteriormente el Estado tenía la facultad de imponer penas a aquellas conductas que fueran en contra de la religión, moral o costumbres, en la actualidad se castiga a aquellas acciones que van en contra de sus principales fines, es decir el de lograr una vida en común, pacífica, libre y materialmente asegurada.

El Estado es quien posee el ius puniendi, y este poder le ha sido atribuido con la finalidad de evitar acciones u omisiones que son consideradas socialmente reprochables.

En este sentido la Constitución Política del Estado en su artículo 2º, numeral 24, inciso “d” “muestra claramente al ius puniendi como institución monopolizada por el Estado, siendo

el fundamento para que este, en exclusiva con las garantías correspondientes, pueda procesar a la ciudadanía por un acto u omisión que previamente haya sido calificado como antijurídico y susceptible de la punición advertida en la Ley”.

Teniendo el artículo anterior como antecedente al artículo 2°.20° de la Constitución de 1979 y el 25°.1 de la Constitución Española de 1978, siendo esta última de donde precisamente se obtuvo el sustento y los alcances que dieron lugar a que se introduzca a dicha regla en el derecho peruano, por lo que, de acuerdo al análisis que se ha ido desarrollando en la doctrina española, se puede afirmar que el ius puniendi tiene un fundamento constitucional que es indiscutible.

El Sistema Constitucional hace mención a los tres poderes del Estado atribuyéndole la potestad sancionadora a los órganos jurisdiccionales, sin embargo, la necesidad en los estados de que la administración pública también ejerza esta potestad ha aumentado al punto que en la actualidad la potestad punitiva del estado es ejercida también por la administración pública.

La Constitución Política del Estado en el artículo 138° señala lo siguiente:

Artículo.- 138.- FUNCION JURISDICCIONAL- CONTROL DIFUSO.

La potestad de administrar justicia emana del pueblo que se ejerza por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución ya las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma Constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior.

Así pues, de acuerdo a lo señalado en el acotado artículo se podría deducir que constitucionalmente la potestad sancionadora no es reconocida para la administración pública, sin embargo, ello no debe ser interpretado como una negación de su existencia, ya que existen normas que reconocen la potestad otorgada a la administración y a ello se suma a los fundamentos basados en razones de orden práctico.

Por lo que se puede afirmar que el ius puniendi se encuentra en manos del Estado, poder que no es compartido con otros titulares, y frente a esto surge la interrogante ¿De porque el Estado es quien puede sancionar?.

El fundamento que puede surgir inmediatamente sobre este poder monopólico de imponer penas con sanciones por parte del Estado es aquel que se sustenta en el tercero imparcial, es decir, que el Estado podrá decidir adecuadamente al ser un tercero ajeno al conflicto surgido, evitando de esta manera caer en penas con sanciones irracionales y desproporcionadas. Sin embargo, este fundamento que parece el adecuado encontrará su deficiencia cuando surja la pregunta ¿De por qué entonces el Estado también decide en aquellos casos en que el afectado resulta siendo el mismo?, dando lugar a encontrar la respuesta del poder monopólico del Estado en otro fundamento.

Así pues, existe un fundamento que contesta esta interrogante y es que cuando se comete un delito o una infracción administrativa los intereses afectados son intereses públicos, intereses que únicamente son velados por el Estado, por lo que será el encargado de reaccionar ante esta situación imponiendo penas o sanciones según corresponda.

Por lo tanto el poder punitivo de un estado social y democrático de derecho, deberá ser sometido a límites que frenan objetivamente al poder estatal. Por lo tanto las facultades que el sistema jurídico otorga a los Magistrados para que impongan las sanciones penales o administrativas, deriva del ejercicio de la soberanía popular otorgada por la Constitución y los Derechos Políticos que son los que garantizan la participación en igualdad de la creación de aquellas leyes. Es decir, se debe tener en cuenta el adecuado ejercicio de estos elementos para que no se caiga en interpretaciones extremistas del principio de legalidad y tampoco ser influenciados por el partido político de turno.

Pudiendo apreciar la diferencia que existe entre los dos poderes sancionadores que divide el Ius Puniendi del Estado.

Por un lado, la sanción penal puede llegar a comprender penas privativas de libertad por lo que la reprochabilidad es muy elevada, es impuesta luego de haberse seguido un proceso debidamente formalizado, debe cumplir con las garantías previstas en ordenamiento, y el juez es el encargado en este caso de sancionar.

La sanción administrativa, la misma que es entendida como un daño que se impone al administrado como reacción a una conducta en contra de la legalidad, por su parte, se aplica luego de seguir un procedimiento administrativo en el que las garantías formales son menores, no se impone penas privativas de libertad por lo que su reprochabilidad es menor que en el caso penal, su potestad es aplicada en base a la ley, reglamentos, etc.

En tal sentido el derecho penal es quien proporciona al derecho administrativo, en un inicio, sus instrumentos, los mismos que la administración pública adopta en concordancia con la particularidad que le es propia, por lo tanto, el ius puniendi es uno sólo pero a su vez y dadas las necesidades en particular se divide en potestad penal y administrativa.

Por lo que resulta innegable acotar que en la actualidad la administración ha ido suplantando la actividad sancionadora penal teniendo como base los mayores medios técnicos aplicados por la ley y el principio de subsidiaridad, es decir, que el derecho penal solo interviene (cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho, como las medidas Civiles, Laborales, Administrativas o Mercantiles, cuando los restantes medios jurídicos menos costosos no pueden garantizar una tutela eficaz.

Máxime si a lo largo del tiempo se ha ido desarrollando diferentes posturas en base a los criterios que debe seguir el legislador al momento de atribuir el ius puniendi ya sea en el orden penal o administrativo, teniendo en cuenta que uno de los criterios que debe adoptar el legislador es el de analizar que la pena a imponerse sea eficaz respetando la libertad del ciudadano.

4.2.-- FINALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Que, el poder concedido a la administración deviene de un único ius puniendi, pues tanto la pena como la sanción administrativa la puede imponer el Estado, por lo que resulta inevitable reconocer la legitimidad del poder punitivo que detenta el derecho administrativo, sin embargo pese a que el poder del estado se ha dividido en dos poderes, entre ambos se puede apreciar una serie de aspectos diferenciadores.

Por lo tanto, lo que se pretende ahora es determinar la finalidad perseguida por el derecho administrativo sancionador, así pues, se cabe que, históricamente hablando, JAMES

GOLDSCHMIDT supera la idea de que la Administración tiene a su cargo el resguardo de la seguridad jurídica y concibe la idea de que la Administración debe asegurar el bienestar de la sociedad, en ese sentido, coloca al ser humano como parte de toda una comunidad entendiendo que como tal, tiene deberes en el orden jurídico, que en última instancia dependen de su libertad y deberes que provienen de la administración es decir el fin del derecho es promover el bien estatal.

Una distinción más clara sobre la postura de GOLDSCHMIDT la tiene CASSAGNE, que señala; “La distinción cualitativa que existe entre los delitos judiciales e infracciones administrativas, determinadas por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido de un bien jurídico, en las infracciones se está ante la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la administración pública”.⁵

Por lo que resulta esencial la diferencia que se vulnera en ambos injustos, esto pues por principio de lesividad del derecho penal, la intervención del Estado únicamente es legítima en tanto se proteja un bien jurídico, sin embargo observamos un matiz en aquello que le daría legitimidad al uso de la potestad sancionadora, en el sentido que no se daña un bien jurídico, sino que se infringe un deber que debe cumplir. En ese sentido, la relación existente entre ambas potestades sancionadoras explicaría los matices de ambos principios, resultando necesario retener esta idea para sustentar la convergencia de principios.

Así para ERIK WOLF, lo referente al infractor señala que, “el autor no es socialmente dañoso o peligroso, sino socialmente descuidado”. Por lo que de esta perspectiva, se puede afirmar la existencia en la aplicación empírica de los principios de la potestad sancionadora de la administración y el derecho penal, por lo que de esta manera formula la hipótesis de que infracciones penales *stricto sensu* pueden ser consideradas como infracciones administrativas si el legislador así lo desea, dependiendo para tal calificación únicamente de factores espaciales y temporales (esto en referencia a su sustancia)⁶, la diferencia entre ambas se encuentra en los elementos formales de las infracciones administrativas, las que son:

⁵ <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>

⁶ <http://studylib.es/doc/5264739/la-potestad-sancionadora-y-su-relaci%C3%B3n-con-el-derecho-penal>

La potestad entregada expresamente al legislador, quien configura el ilícito, determinando la sanción y entrega su conocimiento y determinación a la administración (existiendo la desconfianza que el legislador delimite el ámbito de la potestad sancionadora de la administración desconociendo las garantías de los ciudadanos que sean sancionados); b) Que, este sujeta al régimen jurídico que es propio de la administración del Estado: el Derecho administrativo; c) Que, en su aplicación, requiere de un procedimiento administrativo previo al cual se debe sujetar en cada una de sus etapas; d) Que, la determinación de la infracción, la responsabilidad y la correlativa sanción se establezca mediante un acto administrativo.”

Para GARCÍA PULLÉS, el papel del legislador es en la realidad, la consecuencia de la falta de determinación de conceptos jurídicos que permitan diferenciar sustancialmente los ilícitos administrativos de los ilícitos penales, señalando que: la categorización de una conducta como constitutiva de delito o de una contravención administrativa es cuestión derivada al exclusivo análisis político del legislador, más aún, si esta legítima preocupación es considerada como una premisa necesaria de pronta solución, sin embargo, García Pullés propone la solución de la falta de diferencias sustanciales entre faltas y delitos se puede subsanar con el “régimen jurídico circundante”. No obstante, la crítica se hace a los ordenamientos jurídicos Chileno y Argentino, pues diversos autores traen ejemplos sobre la falta de garantías en la aplicación del derecho administrativo, sin embargo, tal problema no acontece en el Derecho Peruano toda vez que en la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), la potestad sancionadora de la Administración está sujeta a principios positivados, principios que hacen las veces de garantías en su aplicación y que son sumamente parecidos a los del derecho penal, pero matizados. Es en ese sentido que la problemática referente a la falta de garantías está subsanada en el Sistema Jurídico Peruano, sin embargo, aún es necesario el establecimiento de diferencias sustanciales entre ilícitos administrativos y penales, para limitar al legislador en su actividad tipificadora⁷.

Siendo los siguientes principios:

⁷ <http://ucsp.edu.pe/investigacion/derecho/wp-content/uploads/2013/11/La-potestad-sancionadora-y-su-relaci%C3%B3n-con-el-derecho-penal.pdf>

a).- El “Principio de Legalidad”, las infracciones administrativas y sus respectivas sanciones solamente se establecen por normas con jerarquía de ley, subsidiariamente, se pueden utilizar los reglamentos para establecer de manera más clara una conducta que será tipificada como sanción. Hay que resaltar también que como garantía, esta disposición proscribía la privación de libertad como sanción, satisfaciendo una garantía no considerada en disposiciones legales de otros países.

Este principio, que nace primeramente en el Derecho Penal es traspasado con respectivos matices a la Potestad Sancionadora de la Administración, en ese sentido, se cumplen las llamadas garantías materiales y formales del principio de legalidad.

Respecto a las garantías materiales, es interesante ver cómo Eva Menéndez establece una relación con el principio de seguridad jurídica y la *lex certa* del principio de legalidad, que “hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el máximo esfuerzo posible”. En ese entendido, como lo hemos especificado *supra*, la problemática referente a la posibilidad del legislador de tipificar conductas que puedan ser perjudiciales para los administrados (Chile y Argentina), se ve parcialmente satisfecha, sin embargo, aún consideramos pertinente que se haga una construcción dogmática (positiva de ser posible) de las diferencias sustanciales específicas entre ilícito administrativo y penal, como una utilidad práctica, la problemática persiste pues es posible que haya una ley que tipifica conductas como infracciones administrativas y si bien esta conducta puede estar taxativamente redactada, aún existe la posibilidad de que la *ratio legis* de tal disposición no tutele, ni siquiera en última instancia, un bien jurídico, hay que reconocer sin embargo que con esta garantía, se reduce tal posibilidad.

La garantía formal contenida en el principio de legalidad hace referencia a la reserva legal, de esta manera, se reserva únicamente a la ley la facultad de atribuir la potestad sancionadora a una entidad de la administración pública y de determinar una sanción, esto último sin perjuicio de que el reglamento administrativo pueda completar y satisfacer la garantía de *lex certa* de la disposición tipificadora. Lo expresado aquí es relevante para demostrar que en este principio al aplicarse en el derecho penal, “dicha reserva no es tan intensa como en el ámbito penal, quedando demostrada entonces la aplicación del principio

de legalidad con su respectivo matiz en la potestad sancionadora de la administración pública.⁸

b).- Segundo principio el “Principio de Debido Procedimiento”, se debe tener en cuenta que el Derecho Penal tiene su propio proceso, que sigue todas las garantías en el entendido de que debe garantizar primordialmente el derecho a la defensa del imputado, a manera genérica, el argumento para este caso es sencillamente que todo proceso que se siga en contra de una persona que vaya a restringir algún derecho, debe garantizar que la restricción a ese derecho es legítima y por sobre todo justa, cuál es entonces la perspectiva que se hace cuando se aplica dicho principio del Derecho Penal a la Potestad Sancionadora de la Administración, se debe tener en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”

De esta manera, debemos entender que el debido procedimiento (contenido en el art. 8 de la Convención Americana Derechos Humanos) en el marco administrativo es menos exigente y las garantías en el procedimiento sancionador deben garantizar al menos la no arbitrariedad.

c).- El Principio de Razonabilidad; no tiene directa relación con algún principio del Derecho Penal en sentido estricto, sin embargo, se puede afirmar que es un principio derivado del de proporcionalidad de las sanciones, en ese entendido, a *contrario sensu* de lo establecido por el principio de proporcionalidad, sería absurdo afirmar que la pena sea más favorable que cometer el hecho delictivo, las personas solamente delinquirían de ser así. En lo que respecta a la segunda parte de lo dispuesto por el principio de razonabilidad, es evidente que la consideración de diversas circunstancias que hace el órgano competente para la imposición de la sanción se refiere a la responsabilidad por el hecho (responsabilidad

⁸<http://ucsp.edu.pe/investigacion/derecho/wp-content/uploads/2013/11/La-potestad-sancionadora-y-su-relaci%C3%B3n-con-el-derecho-penal.pdf>

objetiva en sede penal), consideramos que toda vez que la norma es más descriptiva en los criterios a considerar para la imposición de la sanción administrativa, esto satisfaciendo el respeto de las garantías que debe tener toda persona cuando va a sufrir la imposición de una obligación, regulando la discrecionalidad del órgano sancionador de la Administración Pública, siendo éste el matiz que se hace a este principio al trasladarse a la Potestad Sancionadora.

a) **El “Principio de Irretroactividad”** en Derecho Penal es traspasado íntegramente y con todas las garantías que posee hacia el Derecho Administrativo, ahora, esta norma, a diferencia de la norma Española que consagra el principio de irretroactividad en el derecho administrativo sancionador, contiene explícitamente la irretroactividad *in pelus* y la retroactividad *in bonus*, la norma española, señala Menéndez, no consagra la retroactividad *in bonus*, sin embargo la aplicación de este elemento del principio de irretroactividad fue incluido vía jurisprudencial. En cierto sentido, podemos afirmar que la norma Peruana es mucho más completa, por lo tanto, primero vamos a referirnos al contenido del principio de irretroactividad y hacer algunos comentarios referentes a lo que se debe entender por “favorable”.

Sobre el contenido del principio de irretroactividad, “la función principal de esta prohibición es la de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, de tal modo que se evite que puedan verse afectados *a posteriori* por normas que castigan *ex novo* un comportamiento o que agravan la sanción de los ya tipificados al momento de su comisión”, evidentemente, tal contenido se traslada íntegramente al ámbito administrativo.

Ahora, lo que se debe determinar con mucha más precisión es lo expuesto por el Tribunal Constitucional Peruano (en adelante TC), en la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, en el expediente 00002-2006-PI/TC. En esta sentencia, el F.J. 12 señala que el Ordenamiento Jurídico Peruano adopta la teoría de los hechos cumplidos, pero hay una excepción en materia penal, por lo tanto, hay que determinar aquí si es que aquella excepción en materia penal puede ser trasladada a la potestad sancionadora de la Administración. La problemática toma lugar cuando la ley no disponga su retroactividad, en tal sentido habría una aplicación ultractiva de la norma “derogada” a las situaciones jurídicas no extinguidas, por lo tanto, no dependería de la favorabilidad de la norma su aplicación a

la situación jurídica existente, sino únicamente el tiempo en el que nacieron las mismas (todo esto en un marco tributario).

Lo dicho anteriormente parece lógico, sin embargo, *la ratio* de que se aplique la favorabilidad en el derecho penal es que éste último es restrictivo de derechos y que nace además de una sola fuente, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, precisamente por ese hecho, la favorabilidad de la norma debería ser una excepción a la potestad sancionadora de la Administración, primero porque restringe derechos (no de la misma magnitud que los que restringe el derecho penal) y además porque, como ha sido sostenido en este trabajo, viene también de una misma fuente, que es el *ius puniendi* del Estado, es entonces que *a pari*, es correcto utilizar la favorabilidad en materia administrativa sancionadora, por eso mientras menos restrictiva de derechos sea la norma, se preferirá en uso a la situación jurídica correspondiente.

e) Principio de Presunción de Licitud, claramente derivado del Principio de Presunción de Inocencia Penal, con sus respectivos matices, en el entendido de que en el segundo se presume inocente a la persona, en el primero, se presume que el actuar del imputado es contra su deber (se puede afirmar que el deber es el de contribuir con el bien común en la sociedad) de respetar las disposiciones de la administración.

Ahora bien, es sumamente importante referirnos al contenido de este principio, pues es en virtud de esta presunción *iuris tantum*, que el *onus probandi* le corresponde al Estado, este contenido se traspasa también a la potestad sancionadora, el incumplimiento de esta disposición acarrea inmediatamente la vulneración al debido proceso, más aún en sede administrativa, se otorga un plazo para que el imputado con la infracción haga los descargos respectivos, además, en sede contenciosa administrativa, se puede volver a valorar el contenido de la motivación de la imposición de la sanción, no siendo esto así en materia penal.

Finalmente, corresponde realizar un análisis del “Principio de *non bis in ídem*”, lo que se debe determinar entonces para la aplicación de este principio es la identidad de sujeto, de hechos y de fundamento (o causa de la sanción), es muy importante traer lo expresado por Zaffaroni, ante la problemática en la que hay una identidad de supuestos en las normas administrativas sancionadoras y las penales, “Respecto de otras penas accesorias cuya

imposición atribuyen las leyes al Poder Ejecutivo, so pretexto de su naturaleza administrativa ya hemos advertido su inconstitucionalidad”. En ese entendido, la pena administrativa que venga como accesoria a la sanción penal puede estar hasta cierto punto permitida, sin embargo no cuando representa nuevamente una sanción por la misma conducta, todo esto en referencia a las sanciones disciplinarias interpuestas a los funcionarios.

Es por ello que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son partes de la facultad punitiva del Estado, por lo que no existe forma de argumentar una separación absoluta o total independencia del derecho administrativo sancionador respecto del derecho Penal, al hacer esto caeríamos en el fenómeno de la despenalización del derecho administrativo. En este sentido, CASSAGNE señala que en la aplicación del derecho administrativo sancionador, se deben respetar, al menos, la garantía a un control judicial suficiente (el contencioso administrativo) y observar las garantías del debido proceso (que se constituye como garantía en la ley LPAG).⁹

Por lo tanto, si es que no es posible afirmar una separación absoluta sin que confluyan los riesgos mencionados anteriormente, tampoco se puede dejar al libre albedrío del legislador la tipificación de conductas consideradas como infracciones administrativas, de esta manera, debemos entender que es necesario darle una justificación a la aplicación del Derecho Penal y que esta se haga extensivo al Derecho Administrativo Sancionador, por lo tanto, diremos que el Derecho Penal tiene como límites el principio de lesividad y en última instancia la Constitución, el Derecho Administrativo Sancionador tiene evidentemente los mismos límites, referentes al principio de lesividad que hemos analizado *supra*, pero hay que hacer aquí un énfasis más. La razón de que la Constitución sea límite de la actividad sancionadora de la Administración no es *stricto sensu* la misma que el Derecho Penal, sino que al ser una rama del derecho Administrativo, se ve subordinado a los principios de este último y tiene de la misma manera como límite a la Constitución pues constituye un poder del Estado.

4.3.- DIFERENCIA ENTRE EL DELITO E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA.

En la época del despotismo, aún no se hablaba de una separación rotunda entre el derecho penal y el derecho administrativo, lo único que se podía apreciar era la división de

⁹ <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13462/14089>

funciones entre los tribunales y las autoridades administrativas. El estado no podía renunciar fácilmente a los medios coactivos con los que contaba para imponer su poder.

Sin embargo, ello generaría una hipertrofia del derecho penal puesto que con el paso del tiempo se iban incluyendo a las mismas conductas no punibles, generando su paso una innecesaria carga elevada a los tribunales. Siendo entonces que en el estado liberal se plantea la diferencia existente entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

En sus inicios el derecho penal criminal designa una parte especial a las parcas dentro de su sistema normativo, sin embargo, surgieron diferentes ideas con el objetivo de separar estas faltas del derecho penal criminal por considerarse excesivo la imposición de penas. La finalidad de plantear esta separación fue la de asignar a la administración las infracciones penales de escasa entidad por no ser consideradas acciones criminales y descargar el trabajo de los tribunales. Sin embargo, si bien se dio la separación de ambas ramas del derecho, debido a que se consideró un exceso criminalizar determinadas conductas, en la actualidad esta diferencia existe entre el derecho penal y administrativo siendo el objeto de discusión en referencia a las conductas que deben ser merecedoras de penas o merecedoras de ser sancionadas como una infracción administrativa, dando como resultado el surgimiento de diversas teorías.

Para poder analizar la diferencia existente entre el delito de infracción administrativa es necesario tomar en cuenta las teorías que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo, así pues, se pueden distinguir dos bloques en referencia a las posturas que se han desarrollado: las tesis diferenciadoras y las tesis unitarias, a las cuales se suma también las tesis eclécticas.

Generalmente el término más utilizado es el de la teoría cualitativa, la misma que hace referencia a la existencia de una diferencia esencial entre la sanción penal y la sanción administrativa; y cuantitativa cuando la diferencia que se reconoce entre la sanción penal y administrativa es únicamente por términos cuantitativos, numéricos o de gravedad, sin embargo en el presente análisis, y dado que es considerado con mayor precisión la distinción que se establece entre teorías diferenciadoras y teorías comunitarias, se hará referencia a los últimos términos mencionados.

a) Tesis Unitaria.

Es la tesis mayoritaria, la misma que sostiene que tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador poseen la misma naturaleza, es decir, que no existe un criterio esencial que los diferencie, sosteniendo además que la potestad punitiva otorgada al Estado se ve reflejada tanto en las penas como en las acciones administrativas, sin embargo, la tesis unitaria trae consigo la tesis denominada cuantitativa pero sostiene algunos fundamentos unitarios adicionales, ello porque considera que no siempre hay una correlación entre los delitos y las infracciones administrativas cuantitativamente hablando. Es decir, en algunas oportunidades la administración tiene la potestad de sancionar infracciones muy graves.

Para defender esta teoría surgirán algunos argumentos, tales como la finalidad perseguida por el derecho penal del derecho administrativo sancionador, en el cual se sostiene que ambas ramas del derecho tiene como fin el tutelar bienes jurídicos, dejándose atrás la idea de que sólo el derecho penal tutela bienes jurídicos y el derecho administrativo sancionador se encarga de castigar temas de infracción de la norma, es por ello que no coincide con la distinción entre los bienes jurídicos centrales, para el ámbito penal, y bienes jurídicos periféricos, para el ámbito administrativo, sosteniendo además que en aquellos casos en los que legislador distingue la clase de ilícitos, lo hace siguiendo criterios de cálculo, así por ejemplo, en el supuesto de conducción en estado de ebriedad, el bien jurídico protegido será la seguridad vial, pero que al tomar en cuenta los principios de proporcionalidad, fragmentariedad y última ratio debe señalar si determinada conducta configura un ilícito penal o administrativo, pero tanto el derecho penal como el administrativo sancionador tienen una zona común en la que los objetos de tutela coinciden.

Es por ello que resultan gráfica la idea sostenida por, CEREZO MIR, quien señala que legislador no establece sus mandatos y prohibiciones para generar obediencia a los ciudadanos sino para evitar que se generen un daño, indicando además que existe una línea del ilícito material el mismo que desde el derecho penal se va atenuando hasta llegar a las que se denominan infracciones administrativas, pero que esta línea nunca llega a desaparecer del todo.

Desde el punto de vista temporal, existe una amplia fluidez entre ambos sectores por lo que no se puede establecer un criterio de límite, ella quiere decir que en el futuro una determinada conducta podrá dejar de ser protegida penalmente cuando ya no necesite tal protección y existirán ilícitos administrativos que dada la circunstancia necesitarán de la protección penal, esto es, que si estos cambios son necesarios tendrán que realizarse. Asimismo desde el punto de vista jurídico positivo, el legislador ha establecido diferencias entre la sanción y la pena que sólo se pueden explicar desde la teoría cuantitativa, estableciendo mínimos en determinadas conductas para que puedan ser consideradas delitos, por ejemplo la tasa de alcohol en el tipo de conducción en estado de ebriedad, por ejemplo en el caso del Código Penal Peruano esta conducta se encuentra tipificada indicando que la conducta infractora se producirá cuando la presencia de alcohol en la sangre sea mayor a 0.5 gramos-litros.

Así pues de acuerdo a lo señalado por el artículo en mención, el legislador ha tipificado la conducta conducción en estado de ebriedad en el ámbito penal, el mismo que se configurará sólo cuando haya superado los mínimos de alcohol señalados, por lo que según este punto de vista el legislador establecerá mínimos que permita diferenciar entre un delito y una infracción administrativa.

Por último, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, ambas ramas del derecho tienen la misma forma de reacción, y esto se puede sostener porque existirán casos en que la administración optara por medidas de represión tan graves o más a como reprimiría el derecho penal, apreciándose por ello la existencia de una igualdad de condiciones, motivo por el cual nace la necesidad de someterla a semejantes controles que los establecidos para el derecho penal, es decir, que se confirmaría una vez más la identidad sustantiva entre estas dos ramas del derecho.

Asimismo, se sostiene la prohibición de acumular sanciones penales y administrativas por los mismos hechos, es decir, que en virtud del principio del no bis in ídem en su vertiente procesal un mismo hecho no puede ser objeto de dos procedimientos, principio que está implícito en el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139° inciso 3° la Constitución Política del Estado, y este fundamento sólo se puede sostener al reconocer que ambas ramas del derecho tienen identidad sustancial.

Por otro lado, algunos autores sostienen que el ilícito penal y el ilícito administrativo no se diferencia ontológicamente por su contenido, si no que su diferencia radica en el ámbito de las sanciones, por lo que el ilícito será penal si se le atribuyen una pena criminal y será administrativa y se le impone una sanción administrativa. El autor aclara que no existe diferencia cualitativa ni cuantitativa, si no que el ilícito en un determinado sector dependerá de la sanción que se le atribuya.

Por su parte, otros autores manifiesta que al tomar como criterio la tesis unificadora, que las únicas diferencias existentes son las de carácter accesorio, por lo que niega la existencia de alguna diferencia sustancial entre ambos sectores.

Asimismo, García de Enterría, sostiene que la dualidad existente entre las sanciones administrativas y las penales judiciales surgió de los orígenes de la revolución francesa, en el cual las monarquías del siglo XIX adoptaron un sistema represivo, pero no abandonaron sus poderes sancionatorios, es decir, se adoptó un sistema penal judicializado pero a la par la administración desplazó totalmente sus poderes.

Por lo que el autor concluye que, intentar dar una justificación teórica o tratar de terminar una sustancia propia entre ambos modos de sancionar han fracasado, señalando que el núcleo irreductible observado es que sólo en un proceso judicial se podrá imponer penas privativas de libertad, y que el fin de ambas sanciones son diferentes, siendo la finalidad de la sanción penal la de la reinserción social y reeducación, y la sanción administrativa tiene finalidad más pragmáticas llegando atribuir responsabilidad objetiva. Asimismo sostienen que en ambas ramas del derecho se protegen bienes jurídicos, por lo que la diferencia que existe entre el derecho penal y el administrativo sancionador es puramente formal, es decir que el ilícito administrativo será castigado por las autoridades administrativas y el ilícito penal será sancionado por los tribunales de justicia cuya consecuencia si era el de imponer una pena prevista en el Código Penal, en base a esa lógica que señala que el legislador se guiara seguía por el principio de subsidiaridad a través del cual se sancionara administrativamente las conductas que pueda ser castigadas sin necesidad de recurrir al ámbito penal.

Este autor además menciona que si los juristas llegan a ver la falta como un injusto puramente formal, ello se debe a la lejanía que existe en realidad con el sector encargado de regular esta infracción. Por lo que concluye que lo único que diferencia a las sanciones

administrativas de los delitos es la gravedad de la conducta, por lo tanto la diferencia es puramente cuantitativa.

Los defensores de esta teoría basan además sus argumentos en dos ventajas centrales. Por una parte, da lugar a la aplicación en el derecho administrativo sancionador de los principios que el derecho penal ha desarrollado, y por otra parte también se puede señalar que al ser dos sectores que son sustancialmente iguales se aplicarán las mismas garantías (principio de imputación subjetiva, de personalidad, de legalidad, etc)

b) Teorías Eclécticas.

Otra postura, es la teoría ecléctica, la misma que es también conocida como tesis mixta puesto que su fundamento es admitir en un primer momento que entre infracción administrativa y penal existe una diferencia cuantitativa, pero no descarta tampoco la diferencia cualitativa, sosteniendo que esta última surge en el contraste que existe entre los delitos centrales del sistema y de las infracciones administrativas.

Por lo que existirá un punto en que la diferencia cuantitativa se transforma en cualitativa. Existiendo un límite en el cual la cantidad se transforma en cualidad, ello porque los delitos que tienen cierto peso requieren de un castigo penal y en cambio los casos de bagatela serán calificados como contravenciones.

c).- Teoría Diferenciadora.

La teoría diferenciadora se sostiene que existen diferencias sustanciales entre el ilícito administrativo y el penal, es decir, existe una diferencia cualitativa.

Para poder desarrollar con claridad esta teoría es necesario, desde nuestro punto de vista, mencionar en primer lugar la teoría clásica de base ética, según ésta teoría, la distinción que existía entre el ilícito penal y el administrativo era que al principio se le atribuía el carácter de lesión éticamente reprochable y de un bien jurídico y el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro. Esta corriente se inicia en Alemania, teniendo como principal representante a la GOLDSCHMIDT,¹⁰ se llega a sostener que los ilícitos

¹⁰ <http://joelmelegarejoallegretto.blogspot.pe>

penales se caracterizaban por el daño o puesta en peligro concreto de un bien jurídico, y las contravenciones se concretaba con la omisión de obediencia a la administración.

Sin embargo, en la década de los años sesenta el bien jurídico empezó a tener un desarrollo doctrinal en el que dejó de ser entendido bajo una concepción ética y paso más bien a ser fundamentado desde el punto de vista socio funcional por lo que dio lugar a que se viera un cierto acercamiento del derecho penal con la regulación administrativa originando que la misma fuera debatida fácilmente por quienes defienden la teoría cuantitativa que señalaban encontrar la distinción en la mayor o menor lección de los bienes jurídicos, pero, la teoría cuantitativa no logra explicar la distinción que existe entre los criterios de imputación de determinación de responsabilidad sustancialmente diferentes entre ambas ramas del derecho, asimismo existen garantías de diverso signo (formales y materiales) que logran diferenciar entre una sanción y otra.

En el derecho administrativo sancionador peruano el legislador ha desarrollado el modelo objetivo, distinguiéndose así al derecho penal. Esta afirmación es sustentada con los principios aplicados en ambas ramas, ya que si bien el derecho administrativo sancionador aplica principios que proviene del derecho penal los mismos se aplican de diferente manera para que se pueda ajustar a las particularidades del derecho administrativo sancionador, la misma que se diferencia de la función jurisdiccional.

Por su parte, KINDHAUSER, si bien desarrolla una idea peculiar con respecto a la protección del bien jurídico sosteniendo en que ha esta protección debe considerarse la relación entre el bien y su titular en el Derecho penal, llega a sostener también que el derecho penal es no sólo cuantitativa sí no cualitativamente diferente del derecho administrativo sancionador. (FRISANCHO APARICIO, 2017)

Se ha señalado que existan principios tales como el de legalidad, no bis in ídem, tipicidad, entre otros que el derecho administrativo sancionador adoptado del derecho penal, pero a su vez sostiene que en su naturaleza se puede encontrar una sustancial diferencia y son estas diferencias las que hacen que ambas ramas no funcionen de la misma manera, así pues y sólo por mencionar una de las diferencias, el derecho penal es un derecho de última ratio en cambio el administrativo sancionador es de aplicación inmediata, es decir, que en el

derecho administrativo sancionador al ser los órganos especializados los procesos serán rápido.

El Poder Judicial, emana su potestad al pueblo, tendrá legitimidad para imponer una pena, el mismo que será visto como un ser racional, y la administración pública, por su parte, impondrá una sanción administrativa para mantener el orden en un sector social, teniendo en cuenta que no se priva de libertad al infractor bajo ningún argumento.

Asimismo, en la actualidad los jueces penales se encargan imponer penas cuyos delitos se encuentran expresados en la legislación, en cambio la administración es ejecutora de las sanciones impuestas siguiendo a normas que no le son ajenas puesto que colabora en su creación mediante los reglamentos, convirtiéndose además en la gestora de todo interés público. Por otro lado, que de acuerdo a los antecedentes históricos, era la administración quien tenía la potestad sancionadora siguiendo una estructura que dista de la que ahora ejerce el derecho penal.

Es por ello, la finalidad perseguida en el derecho penal “es proteger bienes concretos en casos concretos y siguiendo criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. En cambio en el caso del derecho administrativo sancionador se persiga ordenar, de modo general, sectores de actividad (reformular mediante sanción un determinado modelo de gestión sectorial).

Por lo que se puede deducir que el derecho administrativo sancionador es el derecho encargado de sancionar conductas que vayan en contra de los modelos sectoriales de gestión, siendo entonces su enfoque principal el de una visión general contrario a lo que sucede en el derecho penal que tiene su vista puesta en bienes jurídicos concretos en principio.

De acuerdo a lo desarrollado, el derecho administrativo sancionador está dirigido a sancionar aquellas conductas que alteren el orden de un determinado sector regulado, en cambio en derecho penal se encarga de sancionar conductas que van en contra del mantenimiento de los elementos que son fundamentales en la sociedad, es por ello que las consecuencias jurídicas en ambas ramas del derecho son diferentes.

El derecho penal del derecho administrativo sancionador tiene en común una herencia de carácter constitucional, pero que ambos han encaminado de distinta manera debido a la diferencia existente entre ambos, así pues la administración se encarga de gestionar intereses públicos, siendo que su finalidad y marco normativo ha sido dado por el legislativo, pero colabora reglamentariamente con las leyes, por lo que esta colaboración forma parte también de su gestión, cosa que no se da en el derecho penal ya que los jueces penales no pueden intervenir en las normas que se manejan.

En conclusión en *ius puniendi*, emana del Estado y es utilizado en el derecho penal para poder imponer consecuencias jurídicas a acciones que resulten contrarias al ordenamiento. En su desarrollo, se ha indicado que este poder se ha otorgado al derecho penal y administrativo, es por ello que, ambas ramas del derecho tienen la facultad de imponer tanto penas como sanciones administrativas respectivamente.

Pues el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal son redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales, pues el legislador no tiene una “discrecionalidad absoluta” para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.

Dado que el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicable a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que supere la propia gravedad del delito cometido, ni tan le es que signifiquen una infra-penalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fue en afectados (Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento 35).

Ahora bien, no se trata tampoco de que la sola existencia de un bien jurídico a ser protegido genere *per se* la necesidad de recurrir a la sanción penal para protegerla. Ello, no sólo porque la sanción penal es la última ratio, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que sólo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos bienes a través de medidas menos restrictivas, sino también

porque el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible. (Exp. N° 4235-2010-HC fundamento 33).

Si bien la persecución penal de los delitos contra administración pública ha sido justificada desde el derecho penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”, entendiéndose que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atenta contra principios constitucionales.

Para Goldsmith, cualquier tipo de diferenciación se basa en sustancia ya que la controversia no ofrece bienes de civilidad jurídicamente protegidos, sino interés administrativos declarados como tales administrativamente “La contravención no es un injusto como el delito, sino en todo caso sólo una infracción administrativa. (FRISANCHO APARICIO, 2017)

4.4.- ANÁLISIS CUALITATIVO DE CADA PARTE O VARIABLE DE LA REALIDAD CON CADA PARTE DEL PROBLEMA.

En nuestro Código Penal como muchos otros códigos modernos inicia su contenido normativo con la regulación de un Título Preliminar incorporando con una serie de pautas rectoras, principios constitucionales y penales que desde una perspectiva histórica, cultural e ideológica deben orientar la actividad legislativa y la praxis judicial en el campo del derecho penal. Así tenemos que el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal cuyo tenor literal dice: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”. De esta manera, se recoge en nuestra legislación penal el llamado “**principio de lesividad**”. Según la doctrina nacional, tal principio cumple una función relevante dentro de un Estado social y Democrático de Derecho comprende: **i)** Que, todos los preceptos penales deberán por principio, proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico; **ii)** Que, un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una función libre del ciudadano; **iii)** Que, la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado. Es por ello que al hablar de principio de lesividad podemos decir que es la valoración de la

afectación al bien jurídico protegido de manera muy grave para que el Estado actúe, con su manifestación más agresiva, que permita defender a los individuos y a la colectividad, y así pretender regresar o mantener la estabilidad y tranquilidad de la sociedad (entendida como convivencia pacífica de seres libres y responsables), sino el Estado perdería legitimidad, la pena no tendría sentido, pues trata con personas. ¿Sobre qué se construye todo el sistema Jurídico? ¿Cuál es su objeto de protección? Ante una situación conflictiva “muy grave intervendrá el Estado para restaurar la obediencia al sistema jurídico, la tranquilidad social, pudiendo, también, dejar aspectos que involucran a la sociedad en manos de los particulares, cuando se deba –casos menos graves.

Así, el principio de lesividad se relaciona intrínsecamente con los principios de ultima ratio y fragmentariedad. Es decir, que el derecho penal gana legitimidad de intervenir en un Estado de Derecho cuando efectivamente algo que merece protección ha sido lesionado, o corre peligro de serlo, pero sólo si las otras ramas del Derecho (y de su estado protector) no han podido protegerlo con las armas con que éstas cuentan, sólo entonces el Derecho penal intervendrá para tratar de poner orden y paz con la coerción y coacción que lo caracteriza, y con sus armas: Las penas. El poder de imponer penas por parte del Estado debe verse limitado y esa es una de las funciones que cumple el bien jurídico, y que veremos más adelante, como una manifestación del carácter fragmentario del Derecho penal, cuando pretende limitar la libertad de la persona.

Esta realidad funcional del Estado, en su manifestación más gravosa, como es el Derecho penal, suele privar a los hombres del don máspreciado la libertad, por lo que debe andarse con cuidado cuando se determinen sus límites (política-criminal). Ya que ésta realidad funcional es así de importante, ¿Qué debe tener una “entidad” tan alta que obligue al Estado a intervenir para restaurar el orden? ¿Qué objeto de la decisión político-criminal estatal deberá ser protegido con el Derecho penal, cuál es el objeto de éste: ya que toda ciencia se especifica por su objeto—? Aunque respetamos las posiciones modernas, estimamos que sus explicaciones basadas en que el Derecho penal vela por mantener la estabilidad de la norma o la vigencia normativa no es una explicación contundente –ni material– para darnos respuestas a las preguntas planteadas, a lo mucho serán una explicación instrumental –basadas, normalmente en la defensa de la norma en sí misma, y no en la persona–bastante útil si no se quiere averiguar la subjetividad (dolo) o culpabilidad del autor de los ilícitos–teniendo en cuenta lo difícil que a veces resulta probar el dolo o la culpa–, sino que se limita a “imputarle” –que ya es

bastante— la conducta y su resultado al sujeto por haber desestabilizado la norma, el mandato normativo —las más de las veces dependiente de las concepciones sociales, psicológicas o políticas de las mayorías, y así sigue manteniendo el orden social y a la comunidad al castigar las conductas graves— que sería lo único importante para estas posiciones, en contraposición con la protección que merece el ser humano, según la influencia de HEGEL la norma jurídica —y el Derecho en general y completo — no tiene razón de ser sin un bien o conducta que lo determine. Pero que quede claro que este no depende de la existencia de aquella, sino al revés. Para que el Estado deba intervenir con su última ratio, la política-criminal debe ser eficaz, y así sólo castigarse los ataques más graves a los bienes más importantes de la sociedad, y los ataques que, a pesar de que se han puesto los medios necesarios, no se logran evitar. Graves, ¿Para quién? Los ataques que causen más estragos —que los dejen totalmente indefensos — a los sujetos pasivos o titulares de los bienes jurídicos —de que son desprovistos o lesionados—. Porque es a ellos a quienes afectan las conductas delictivas, no a los bienes jurídicos en sí mismos (ni a la comunidad en sí misma), es a ellos a quienes tiene que proteger el Estado, y, luego, lo importante para ellos es lo que debe proteger el Estado: sus bienes jurídicos. Por otro lado, la referencia a un ataque “grave” nos pone en el campo de una nueva distinción doctrinal, pues, entonces, el bien jurídico podría ser lesionado de una manera formal o de una material. Es formal si la conducta cumple con todos los elementos del tipo penal, pero, por política-criminal (único factor contundente de ésta distinción), a un bien jurídico lo considera afectado insuficientemente (así, el ataque podría ser considerado una falta, más que un delito, o ni siquiera falta penal, sino infracción administrativa, o quizás hasta ser atípico); por ejemplo, la cuantía en el “delito” de hurto o en la “falta” de hurto. En cambio, la lesión material acontece cuando la entidad de la gravedad es valorada de manera suficiente por la política-criminal (según los límites intrínsecos contenidos en cada derecho o bien jurídico), para que se cumpla el principio de lesividad. Es este último matiz-la lesión material— el que determina la gravedad o no del ataque.

Es por ello que resulta necesario que el Legislador distinga en los delitos de Corrupción de Funcionarios la clase de ilícitos siguiendo criterios de cálculos, como se ha tenido en cuenta en estos tipos de delitos para determinar su sanción (delito o falta).

Artículo: 274 °.- Conducción en Estado de Ebriedad. (bien jurídico protegido la seguridad vial)	Este tipo penal el legislador ha establecido diferencias entre sanción (falta) y pena (delito), pues solo se puede explicar la descripción de este tipo penal desde la teoría <u>cuantitativa</u> , dado que se ha establecido un mínimo de 0.5 gramos- litro de alcohol en la sangre.	Por lo que para sancionar este tipo penal se tiene en cuenta los principios de proporcionalidad, fragmentariedad y última ratio, en la cual dicha conducta señala la diferencia entre ilícito penal o administrativo.
Artículo: 441°.- Lesión dolosa y Lesión culposa. (faltas contra la persona)	En este tipo penal se distingue entre falta dolosa y medios agravantes, pues el que cause a otro una lesión dolosa que requiera <u>hasta 10 días</u> de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será sancionado con prestación de servicio comunitario de 40 a 60 jornadas. Infiriéndose que en este tipo penal el legislador también ha tenido en cuenta gravedad de la lesión.	Es decir este tipo penal también se aplicó la teoría <u>cuantitativa</u> para determinar la diferencia entre ilícito penal o administrativo
Artículo: 444°.- Hurto Simple y Daño (Bien jurídico protegido patrimonio)	Este tipo penal es de mucha importancia dado la teoría <u>cuantitativa</u> , aplicada en este tipo penal prescribiendo que para que se configure este tipo penal (falta), requiere que no sobrepase una remuneración mínima vital,	Es por ello que como han sido establecidos estos tipos penales llaman seriamente la atención, dado que la diferencia esencial que existe entre los delitos y faltas, es puramente un criterio <u>cuantitativo</u> en razón que se mantienen tanto los elementos objetivos y subjetivos del

	sancionado al que violente el tipo con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ciento veinte jornadas o con sesenta a ciento ochenta días multa (..)	tipo penal al momento de efectuar el juicio de tipicidad.
--	---	---

Es por ello que surge la necesidad de que la tipificación establecida en la norma en la sección IV-delitos de corrupción de funcionarios sea modificada, en la cual el legislador establezca en estos tipos penales parámetros mínimos de lesividad en atención a la gravedad de la lesión al bien jurídico tutelado, pudiendo ajustarse a un régimen dualista (delito o falta), pues si tenemos en cuenta sobre todo la tipificación de faltas contra el patrimonio este tipo penal establece que para que configure una falta requiere que el bien (sustraído) no sobrepase una remuneración mínima vital, de lo que se infiere que no existe una coherencia en la norma pues en caso sub materia que nos ocupa en la realidad problemática resulta que al servidor público Ricardo Paico Ramírez, ha sido sentenciado por el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales imponiéndole una pena de cinco años de pena privativa de la libertad, por supuestamente haber solicitado una coima de cincuenta nuevos soles (S/ 50,00), lo que resultaría una burla al comparar este tipo penal con la tipificación del artículo 444° hurto simple del Código Penal.

Pues resulta obvio que si las normas constitucionales o penales fueran reformadas y señalaran de manera expresa el “quantum de la afectación al bien jurídico protegido” o el mínimo de lesividad de la infracción, el legislador penal no tendría más alternativa que incluirlos como posibles autores de los delitos descritos en el Código Penal Sección IV- Corrupción de Funcionarios, pues consideramos necesario la precisión de esta posibilidad en este tipo penal, pues la Ley vigente o futura, ya sea penal o administrativa, debe guardar concordancia, en primer lugar con la Constitución Política del Estado, los Tratados o Convenios Internacionales, las Normas Rectoras del Derecho Penal especialmente en los principios de Lesividad, Proporcionalidad y Flexibilidad de la pena, sobre todo cuando sus actos u omisiones no tienen la más mínima posibilidad de afectar o poner en peligro el servicio de la función pública dirigida a favor de los particulares. No se puede convertir en deberes institucionales lo que en realidad son deberes éticos o generales.

CAPITULO V

EL DERECHO PENAL COMO ÚLTIMA RATIO.

5.1.- LIMITES DEL PODER PUNITIVO

Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de ultima ratio, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal.

Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas "formales e informales". Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio.

Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social³. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.

La función punitiva del Estado social y democrático se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente () () (Derecho Penal subjetivo). Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que, el poder del Estado se haya controlado y limitado (). Esta función está fundamentada y limitada por la Constitución Política (), y en ella se encuentra su justificación política () (), como también en las normas internacionales. En nuestro caso, partimos del modelo de Estado social y democrático de Derecho (). Así, el principio de Estado de Derecho busca el sometimiento del poder punitivo al derecho; el principio de Estado social sirve para dar legitimidad a la función de prevención en función a la protección de la sociedad; y, el principio de Estado democrático pone al Derecho Penal al servicio del ciudadano ().

Se tiene que el Derecho Penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Este principio, es admitido unánimemente por la doctrina penal-según el cual “el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general” ¹¹

En aplicación de este principio el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones 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. Es así, pues, como el Derecho Penal muestra el carácter subsidiario, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo cual resulta fundamental al momento de abordar un caso concreto.

5.2.- PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

Se trata de la última ratio o extrema ratio (), en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social. Ejemplo: una determinada política social, sanciones civiles, administrativas antes que penales.

Así también lo cree la jurisprudencia(): “con relación a la función que el Derecho Penal desarrolla a través de sus sanciones, ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues la afirmación de que el Derecho Penal constituye la última ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado;

¹¹ [Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Segunda edición. Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, dos mil diez, pagina trescientos noventa y tres].

en este sentido, es difícil pensar en la existencia de un bien jurídico que sólo sea defendible por el Derecho Penal”().

5.3.- JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. 3004-2012, CAJAMARCA

En aplicación del principio de mínima intervención el ejercicio del Ius Puniedi debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad.

Lima, trece de febrero de dos mil catorce.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Alejandro Douglas Morí Chávez del seis de julio de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos veintitrés; interviniendo como ponente el señor Juez Suprema Pariona Pastrana; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO.

PRIMERO. Que, el procesado Mori Chávez en su recurso formalizado de fojas ochocientos treinta y ocho, sostiene que la pericia contable no fue validada en el nuevo juicio oral, mediante debate pericial, siendo la mencionada pericia del año dos mil seis; los recibos de teléfono sobre los que se realizó la pericia, no están cancelados por la Municipalidad Distrital de Yonán- Tembladera, sino con su propio peculio, lo cual no generó perjuicio económico a la empresa telefónica o la entidad municipal; canceló los meses de octubre y noviembre del dos mil dos, a excepción del mes de diciembre, debido a que el recibo fue entregado recién en el mes de febrero del año siguiente, cuando ya no desempeñaba el cargo en el municipio, por lo cual no existe delito.

SEGUNDO. Que, según la acusación fiscal de fojas ciento noventa y dos, se imputa al encausado Alejandro Douglas Mori Chávez que durante su gestión como Alcalde de la Municipalidad de Yonán – Tembladera, en circunstancias que trasladó las oficinas de dicha Municipalidad hacia su domicilio, indebidamente trasladó la línea telefónica de la entidad

edil, asignada con el número cincuenta y siete sesenta quince, efectuando llamadas telefónicas de carácter personal a los países de Argentina e Italia, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre del dos mil dos, situación que conllevó a que al Municipio le restrinjan el servicio del uso del servicio telefónico.

TERCERO. Que, existe consenso que el Derecho Penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad un momento determinado, de tal manera que en la legislación comparada se ha mencionado que “El Derecho Penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el Derecho Penal. Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el Derecho Penal se caracteriza por prever sanciones en principio más grandes -las penas y medidas de seguridad-, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos -los delitos-. [Santiago Mir Puig, Derecho Penal- Parte General, Editorial REPPERTOR, octava edición, Barcelona dos mil ocho, página cuarenta]. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la sentencia número doce guión dos mil seis guión Pl oblicua TC, el Derecho Penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas y, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, en este sentido, se tiene que cuando el Derecho Penal se erige como la última ratio supone que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos.

CUARTO. En esta línea argumentativa se tiene que el Derecho Penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Este principio, es admitido unánimemente por la doctrina penal-según el cual “el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general” [Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Segunda edición. Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, dos mil diez, página trescientos noventa y tres]. En aplicación

de este principio el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones 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. Es así, pues, como el Derecho Penal muestra el carácter subsidiario, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo cual resulta fundamental al momento de abordar un caso concreto.

QUINTO. En la misma línea debemos referirnos al principio de lesividad que señala que 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, conforme lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que señala que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”: sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario.

SEXTO. En un plano estrictamente dogmático, lo acabado de mencionar tiene su correlato en la teoría de la imputación objetiva, en virtud de cuyos fundamentos se tiene que la configuración de la tipicidad atraviesa un filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica sólo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social, o que produzcan una “perturbación social” en el sentido objetivo [Jakobs, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, traducción de Manuel Canción Metiό, Grijley, Lima mil novecientos noventa y ocho, página veintidós y siguientes], de lo contrario la intervención del Derecho penal plasmada en la imputación jurídico-penal no reflejaría las, expectativas normativas de la sociedad por una genuina protección penal.

SÉTIMO. También es necesario precisar que en los argumentos [ratio decidendi] que constituyen la fundamentación de la Ejecutoria Suprema del tres de marzo de dos mil ocho, obrante a fojas trescientos treinta y tres, se precisó que la conducta del recurrente configuró el uso indebido de línea telefónica, lo cual ha sido reconocido por éste, criterio que se mantiene, no obstante dicha infracción no tiene transcendencia necesaria para ser susceptible

de sanción penal, esto es, que si bien la misma constituye un comportamiento contrario a la norma [utilizar la línea de una institución pública para fines personales], la respuesta del ordenamiento jurídico tiene como última ratio al Derecho Penal, medio de control social, que está reservado para conductas sociales sumamente reprochables, situación que no se enmarca la conducta del encausado Morí Chávez, la cual a toda luces, configura una infracción normativa que debe resolver en la vía administrativa.

OCTAVO. En el presente caso, se tiene que la Contraloría General de la República [fojas treinta y dos] constató que el recurrente y sus familiares fueron objeto de agresión física, y que bienes de la Municipalidad fueron dañados por los pobladores y como consecuencia de ello, el encausado Morí Chávez -como titular de la entidad edil-, trasladó el Despacho de los asuntos municipales a su domicilio, lo cual describió el Jurado Nacional de Elecciones -fojas veintinueve-, dejando en libertad al mencionado procesado para determinar el lugar donde atendería al público, a fin de no suspender la atención a los pobladores, situación que conllevó a que también se trasladará la línea telefónica afectada de la entidad municipal al domicilio del recurrente, que luego utilizó para realizar llamadas telefónicas nacionales e internacionales de carácter personal; imputación que es aceptada por el referido encausado en la sesión audiencia del cuatro de julio de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos catorce, conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que se haga uso indebido de la línea telefónica de la institución para realizar llamadas sobre asuntos particulares; sin embargo, ello en el contexto social que se desarrolló, lo hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una “perturbación social” que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención drástica del Derecho Penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho Penal, y mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, es que en atención al principio de última ratio, corresponde absolver al encausado Morí Chávez de la acusación fiscal por el delito imputado.

NOVENO. A lo anterior debe agregarse que el Ministerio Público postuló el delito de peculado de uso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal; debiéndose precisar que si bien el comportamiento del recurrente se enmarcaría en dicho supuesto, en y virtud de los considerandos precedentes, tal conducta no es pasible de represión penal, pues dada su intranscendencia, en el contexto social que se

desarrolló, existen otros medios de control social menos rigurosos, pero no por ello menos efectivos que el Derecho Penal, que deben ser activados previamente.

Por estos fundamentos: **declararon HABER NULIDAD** en la sentencia del seis de julio de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos veintitrés, que condenó a Alejandro Douglas Mori Chávez como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado de uso indebido de bienes públicos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Yonán- Tembladera, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el período de un año, bajo reglas de conducta, y fijó en un mil nuevos soles la cantidad que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la citada municipalidad, más los intereses legales; reformándola: **ABSOLVIERON** a Alejandro Douglas Morí Chávez de la acusación fiscal por el referido delito y citada agraviada; **ORDENARON**: la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la causa; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional de la señora Juez Supremo Barrios Alvarado.

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUÉZ

CEVALLOS VEGAS

CONCLUSIONES

- 1) Que, resulta objetable que mediante una ley se incluya como autores del delito contra la administración pública a personas que sólo cumplen un rol auxiliar o de mano de obra en las instituciones públicas u organismos del Estado. Pues estas personas no tienen ningún poder de decisión. En todo caso, su inclusión como posibles autores de estos delitos especiales y la represión de sus acciones tendría que pasar por los filtros de la necesidad y merecimiento de pena para ser castigados proporcionalmente
- 2) Que, para determinar si una conducta constituye delito o infracción, se debe tomar en cuenta los criterios esenciales con las que cuentan, pues no se puede llegar a una concepción absoluta debido a que dependerá de circunstancias temporales que desarrolle la propia sociedad, así pues, se podría incluso cambien el significado determinada acción que se consideraban merecedora de una sanción penal para dejarle en el ámbito administrativo. Pero, ello no implica que los cambios sociales o decisiones políticas que se den el tiempo sea razón suficiente para que terminadas conductas aparezcan como una infracción administrativa.

RECOMENDACIONES

- 1) A los funcionarios del Sector Público, específicamente operadores jurídicos que ejercen cargos dentro del Poder Judicial, Ministerio Público, entre otras que se relacionan directamente con la justicia y acción judicial; se les recomienda que se deben efectivizar los mecanismos de control a todos los servidores de su sector a su cargo.
- 2) Que, para conocer si al sujeto activo de un ilícito penal en agravio del estado se le puede imputar penalmente la comisión de un delito contra administración pública, el intérprete debe aplicar lo establecido en el Código Penal, el Código de la función ética, la Ley Administrativa y Laborales correspondientes a la función y al servicio público del estado.
- 3) Que, al sancionar un delito cometido por un servidor público en perjuicio de la recta administración pública se aplique el principio de lesividad a fin de que dicho actuar sea sancionado administrativamente y no en la vía penal, teniendo en cuenta que el derecho penal es la última ratio o último recurso.

PROPUESTA DE LA INVESTIGACION

Luego del análisis realizado en el presente trabajo de investigación se propone que se debe efectuar una modificatoria del artículo 396 ° del Código Penal

DICE:

Si en el caso del artículo 395 el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (*)

DEBE DECIR:

Si en el caso del artículo 395 el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, cuyo monto supere una remuneración mínima vital, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (*).

Bibliografía

1. ABANTO VASQUEZ, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.
2. ABANTO VASQUEZ, M. (2003). *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra.
3. BENDEZU NEYRA, G. (2005). *Ley de Bases de la carrera Administrativa*. Anotado y Sumillado. . Lima: Editorial El Carmen. Pág.39.
4. BERNAL PINZON, J. (1965). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogota: Temis.
5. CABANELLAS DE TORRES, G. (1980.). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires. : Pag.283.
6. CABANELLAS, G. (2008). *"Funcionarios y Servidores bPúblicos"*. Buenos Aires: Op. Cit.pag.138.
7. CABRERA VASQUEZ, M. (2011). *Derecho Administrativo & Derecho Procesal Administrativo*. Lima: Ediciones Legales.
8. CERVANTES ANAYA, D. (2013). *"Manual de derecho administrativo"*. Lima: Rodhas. p. 23.
9. DROMI, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Argentina: Gc.
10. DWIGHT, W. (2011). *Estudio de la Administración Pública*. En R. CABRERA VASQUEZ, *DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO* (págs. 30-30). Lima: San Marcos .
11. FRISANCHO APARICIO, M. (2017). *Delitos contra la Admiistración Pública*. Lima: LEgales Instituto.
12. HUAPAYA TAPIA, R. (2013). *"Tratado del proceso contencioso administrativo"*. Lima: p. 109.
13. MIR PUIG, C. (2000). *Los Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona: Editor. p. 20.

14. MOLINA ARRUBLA, C. (2013). *"Delitos contra la Administración pública"*,. Lima: CIT., P. 17.
15. MONTTOYA VIVANCO, Y. (2003). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: Ob. cit., p. 83.
16. ORTS BERENGUER, E. (2010). *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.714-715.
17. PENA CABRERA, A. (2016). *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ACTUALIDAD GUBERNAMENTAL* . LIMA: PACIFICO EDITORES. .
18. PEÑA CABRERA, A. (2016). *"Delitos contra la Administración Público"*. Lima: Instituto Pacifico S.A.C.
19. POLAINO NAVARRETE. (2013). *Delitos contra la Administración Pública"*. Lima: p. 276.
20. REATEGUI SANCHEZ, J. (2009). *Derecho Penal. PARTE Especial*. Lima: Jurista Editores.
21. ROJAS VARGAS, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
22. ROJAS VARGAS, F. (2016). *Delitos contra la Admiistración Pública*. Lima: Grijley.
23. SALINAS SICCHA, R. (2009). *Delitos contra la Admiistración Pública*. Lima: Grijley.
24. VÁSQUEZ, J., & QUISPE FARFÁN, F. (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en de-litos contra la administración pública*. Lima: INSTITUTO DE Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp), p. 79.
25. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, S. (2001). *"El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos 'del cargo')"*. Lima: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC).
26. ZARAZO OVIEDO, L. (1996). *El enriquecimiento ilícito*. Santa Fe.
27. ZEGARRA GUZMAN, O. (2003). *Comentarios a la Ley del Procedimiento General Administrativo. Análisis de la Ley 27444*. Lima: Editorial Praxis. Págs.337,338.

ANEXOS