

EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD. CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES

THE ABUSE OF AUTHORITY CRIME. DOGMATIC AND POLITICAL-CRIMINAL CONSIDERATIONS

Raúl Pariona Arana*
Pontificia Universidad Católica del Perú,
Universidad Nacional Mayor de San Marcos y
Universidad San Martín de Porres

In a State governed by the rule of law and respect for institutions, the power is never absolute, but rather a limited one. In that order, when public officials exceed their authority and attributions, the legal system should have a reaction.

In the present article, the author realizes an explanation and an analysis about the abuse of authority crime. According to national and international doctrine, and Peruvian jurisprudence, the author presents how to understand the legal right protected, the objective and subjective tipicity, the active and passive subjects, as well as the sanction in this crime.

KEY WORDS: *Criminal Law; Criminal Code; abuse of authority crime; public official.*

En un Estado democrático de Derecho, el poder nunca es absoluto, sino más bien limitado. En ese sentido, cuando los funcionarios públicos se exceden en sus funciones o atribuciones, corresponde una reacción de parte del ordenamiento.

En el presente artículo, el autor realiza una explicación y un análisis sobre el delito de abuso de autoridad. De acuerdo a la doctrina nacional e internacional, y a la jurisprudencia peruana, el autor señala cómo entender el bien jurídico que se protege, la tipicidad objetiva y subjetiva, los sujetos activo y pasivo, así como la pena en este delito.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Penal; Código Penal; delito de abuso a la autoridad; funcionario público.*

* Abogado. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Múnich, Alemania. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad de San Martín de Porres. Socio del Estudio Pariona Abogados. Contacto: pariona@rpa.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 26 de febrero de 2016 y aceptado por el mismo el 28 de febrero de 2016.

I. PRELIMINARES

En democracia se reconoce que el ciudadano tiene derechos fundamentales superiores y anteriores al mismo Estado. En una democracia, el poder del Estado frente a los ciudadanos debe ser ejercido con racionalidad y límites. Por ello, el control de la actuación del funcionario público en el ejercicio de funciones públicas ha sido siempre objeto de preocupación de los Estados.

Como parte de los esfuerzos por la materialización del principio del ejercicio de poder con límites, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto una regulación que sanciona el abuso en el ejercicio de funciones públicas en que incurre –con frecuencia– el funcionario público. La respuesta inicial no es, sin embargo, la sanción penal, sino una sanción administrativa-disciplinaria. Esto es correcto, pues la sanción penal, materializada en el delito de abuso de autoridad, solo debe proceder cuando el abuso de funciones sea realmente grave y perjudique en igual magnitud a una persona.

Esta fundamentación de la regulación legal permite entender que la sanción penal del abuso de autoridad es subsidiaria, que la titularidad del bien jurídico es preponderantemente del particular, que el sujeto pasivo es primariamente el ciudadano y no el Estado, como tradicionalmente se entiende, y que la interpretación de los distintos elementos del tipo penal debe ser realizada siempre restrictivamente. En este marco, el presente trabajo tiene por objeto hacer una revisión dogmática y político-criminal del delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 de nuestro Código Penal.

II. CONSIDERACIONES GENERALES Y DESARROLLO LEGISLATIVO

El Código Penal de 1924 ya regulaba en su artículo 337 el delito de abuso de autoridad con el siguiente tenor: “El funcionario público que abusando de sus funciones ordenara o cometiere en perjuicio de otro un acto arbitrario cualquiera, no clasificado especialmente en la ley penal, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena”.

El Código Penal de 1991 mantuvo el delito en el artículo 376 bajo la siguiente descripción típica: “El

funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”. En el año 2004 se introdujo en el tipo una circunstancia agravante que prescribía: “[...] Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”¹.

Posteriormente, el 3 de agosto de 2010, la Corte Suprema de Justicia presentó ante el Congreso de la República el “Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública”, signado con el número 4187-2010/PJ, en el cual proponía una serie de cambios en la regulación de determinados delitos contra la Administración Pública, entre los cuales se encontraba la modificación del delito de abuso de autoridad.

El texto del artículo 376 propuesto por la Corte Suprema señalaba: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause un grave perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años. Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos² ni mayor de cuatro años”. La reforma propuesta fue justificada así:

“El tipo penal de abuso de autoridad genérico, previsto en el artículo 376”, es reformulado al sustituirse la frase «acto arbitrario cualquiera», por la de «acto arbitrario que cause un grave perjuicio a alguien». El cambio no es meramente terminológico; tiene relación con la observancia del principio de subsidiaridad y fragmentariedad. El Derecho penal solo puede ocuparse de las conductas más graves, circunstancia que no sólo está vinculada al abuso funcional del agente, sino también a que el acto abusivo sea realmente gravoso para el sujeto pasivo. Toda otra conducta que no tenga la suficiente entidad puede ser abordada perfectamente por otras disciplinas del Derecho, como por ejemplo el Derecho administrativo disciplinario. En consonancia con la cláusula de gravedad, se propone aumentar la pena conminada máxima en un año (tres años de privación de libertad)”³.

La propuesta de la Corte Suprema fue sometida a examen en la Comisión de Justicia y Derechos

¹ Ley N 28165, Séptima Disposición Final, publicada el 10 de enero de 2004 en el diario oficial “El Peruano”.

² El texto legal propuesto por la Corte Suprema en el Proyecto de Ley 4187-2010/PJ contenía un error material en la fijación del extremo máximo de la pena privativa de libertad. De la lectura de la exposición de motivos, se advierte que, en realidad, la pena abstracta que se sugiere es una no mayor de tres años.

³ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 4187-2010/PJ.

Humanos del Congreso de la República, que emitió un Dictamen proponiendo un texto sustitutorio que aprobaba solo parcialmente la propuesta inicial de la Corte Suprema. El cambio fue justificado así:

“Es correcto eliminar la indeterminada alusión al acto arbitrario cualquiera, de modo que la regulación de la arbitrariedad derivada del acto funcional abusivo cometido por el funcionario prescinda del adjetivo cualquiera. Ello le permite al operador jurídico una mejor pauta de interpretación del acto arbitrario en su relación con el acto abusivo y el perjuicio ocasionado a tercera persona. El criterio de la gravedad del perjuicio, trae obviamente problemas de definición, pues al ser el art. 376 un tipo genérico y subsidiario, es difícil el contenido y los límites de la gravedad. No obstante, debe entenderse que los casos de perjuicio no grave son materia de dilucidación administrativa, en invocación del principio de última ratio que orienta la injerencia punitiva. Es bueno precisar, igualmente, que al someterse a la valoración de grave la conducta abusiva por parte del funcionario público, ello podría permitir que conductas realmente graves puedan quedar impunes toda vez que será el justiciable quien deba probar en vía de investigación preliminar y en la investigación preparatoria (conforme el Nuevo Código Procesal Penal), el carácter grave de su perjuicio, con lo que se estaría invirtiendo obligaciones probatorias por quien denuncia un hecho y termina siendo frustrado en sus expectativas de justicia material. Ello dado que el Ministerio Público pocas veces asume un rol eficiente en la carga de la prueba y termina siendo el justiciable quien deba asumir ese rol a través de institutos procesales como el de la constitución en actor civil (conforme el Código Procesal Penal de 2004 –art. 96 y ss.–). Razón por la cual se prescinde de esta acotación efectuada al perjuicio”.

Finalmente, la propuesta de la Comisión de Justicia fue aprobada por el Pleno del Congreso y se convirtió en la Ley 29703 el 10 junio de 2011. El texto legal que estatuyó el nuevo –y hoy vigente– artículo 376 prescribe: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

Como se puede observar del desarrollo normativo, el legislador no aceptó la propuesta principal de la Corte Suprema, que exigía **la causación de un grave perjuicio** como presupuesto de tipicidad por razones de subsidiariedad y fragmentariedad penal⁴, y con la finalidad de evitar carga procesal innecesaria.

La actuación del Congreso de la República fue contradictoria y ha supuesto un retroceso en el desarrollo de la regulación legal del delito de abuso de autoridad, puesto que si bien reconoce en su Dictamen que “los casos de perjuicio no grave son materia de dilucidación administrativa, en invocación del principio de última ratio que orienta la injerencia punitiva”; sin embargo, y en contra de este entendimiento, termina desaprobando tal extremo de la propuesta en base a estimaciones infundadas de posible inversión de la carga de la prueba por presuntos problemas disfuncionales del Ministerio Público y, consecuentemente, anunciada eventual impunidad.

Actualmente se puede observar un desarrollo orientado a retomar el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal en la construcción del tipo penal de abuso de autoridad. Así, en las diversas propuestas legislativas, como el Anteproyecto del Código Penal Peruano 2008-2010, el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal del año 2014 y hasta en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en dicho Proyecto, se propone que para la configuración del delito de abuso de autoridad se verifique un acto arbitrario que cause no cualquier perjuicio, sino uno **grave**. Son signos claros de la evolución orientada a limitar la aplicación del tipo a casos graves de abuso de funciones públicas y dejar al Derecho administrativo disciplinario los casos de menor gravedad.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido contenido en el tipo penal de abuso de autoridad del artículo 376 del Código Penal es el correcto funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos. Se protege, en consecuencia, el interés de los ciudadanos en la correcta actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones. En este ámbito se protege –además– la corrección y la legalidad del ejercicio de la función frente a los ataques abusivos que podrían realizar. También se protege el interés del Estado en la correcta actuación de sus agentes.

⁴ Sobre los alcances del principio de subsidiariedad y fragmentariedad, ver: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal. Parte General”. Lima: Grijley. 2006. pp. 91 y siguientes.

En este marco, es importante el reconocimiento por parte de la Corte Suprema de que “el Estado Peruano a ciertas personas por sus conocimientos o preparación o elección les otorga una función o un cargo público para actuar en su representación organizando o dirigiendo a sus administrados, por ende les otorga un poder que no es ilimitado pues este poder público no puede ser entendido como la omnipotencia, sino que se sujeta a la Constitución y a la Ley”⁵.

En la doctrina nacional se ha señalado que el bien jurídico⁶ del delito de abuso de autoridad está orientado a “garantizar la regularidad del desempeño funcional de los funcionarios públicos, de modo que se excluyan situaciones de abuso de poder, es decir, asegurar el correcto ejercicio de las atribuciones de los funcionarios públicos, referenciándolas con exclusividad en la obediencia a la ley, el derecho y el ordenamiento jurídico”⁷.

Se ha señalado también que el objeto de protección sería la legalidad de la actuación funcional, “de reprimir aquellas conductas disvaliosas –cometidas por los funcionarios públicos– que, al desbordar el ámbito normativo, son susceptibles de constituir conductas arbitrarias, por ende, lesivas a los intereses generales de la comunidad”⁸. De igual modo, se ha subrayado que la legalidad del acto funcional sería el objeto de protección del tipo, por ello la “represión del abuso de autoridad tiene por cometido que los funcionarios públicos ejerzan sus atribuciones o competencias sin vulnerar los derechos de los particulares”⁹.

En nuestra jurisprudencia se puede observar la concepción que señala que el delito de abuso de autoridad “tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares”¹⁰.

IV. SUJETOS

A. Sujeto activo

El sujeto activo del delito de abuso de autoridad es el funcionario público. Solo quien ostenta tal calidad especial –y el complejo de deberes especiales que dicha condición supone– puede ser autor de este delito. Para la configuración del delito se requiere, además, que dicho funcionario deba encontrarse en ejercicio de funciones, ejecutando tareas, deberes o funciones propias de su cargo.

En la jurisprudencia se ha afirmado que el sujeto activo debe poseer facultades conferidas por el ordenamiento jurídico: se señala que la norma que regula el delito de abuso de autoridad “debe ser integrada con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública y, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente”¹¹.

Es interesante observar que ya en 1970 la Corte Suprema señalaba que el delito de abuso de autoridad debía ser cometido “por un funcionario público que actúa en ejercicio de sus funciones, por ejemplo, si el acusado no obró en función de guardia civil sino como particular, en estado de embriaguez relativa y bajo el amparo del uniforme, su actitud no configura el delito de abuso de autoridad. Se le condenó por el delito de lesiones”¹².

En consecuencia, dada la exigencia legal de un sujeto especialmente cualificado, autores del delito de abuso de autoridad serán únicamente los funcionarios públicos. Los particulares que intervienen en el delito solo podrán ser partícipes, ya sea como cómplices o instigadores. En cuanto a las modalidades de autoría¹³ que admite el tipo, se debe señalar que el delito de abuso de autoridad puede ser cometido también en autoría mediata o

⁵ Ejecutoria Suprema R.Q. 313-2012, de fecha 06 de mayo de 2013.

⁶ Sobre el concepto de bien jurídico en la doctrina nacional, véase: HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Tomo I. Cuarta edición. Lima: Idemsa. 2011. pp. 12 y siguientes.

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”. Lima: Grijley. Cuarta edición. 2007. pp. 218 y siguientes.

⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “Derecho Penal Parte Especial”. Tomo V. Lima: Edemsa. 2016. p. 225.

⁹ FRISANCHO APARICIO, Manuel. “Delitos contra la Administración Pública”. Lima: FECAT. 2011. p. 243.

¹⁰ Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 18 de marzo de 1998. Expediente 137-98.

¹¹ Ejecutoria Suprema R.N. 2240-2002-Arequipa, de fecha 06 de agosto de 2003.

¹² ESPINO PÉREZ, Julio. “Código Penal. Concordancias”. Sexta edición. Lima: Importadora Sevillano. 1982. p. 397.

¹³ Para una conceptualización de las formas de autoría y sus presupuestos de concurrencia en cada caso, ver: ROXIN, Claus. “La teoría del delito en la discusión actual”. Lima: Grijley. 2007. pp. 463 y siguientes; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Tratado de Derecho Penal, Parte General”. Primera parte. Lima: Civitas-Thomson Reuters. 2010. pp. 1011 y siguientes.

coautoría. No existe ningún obstáculo estructural para excluir alguna de sus formas.

B. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo del delito de abuso de autoridad es aquel que sufre la acción arbitraria del funcionario público; es aquel que la norma penal designa como el “alguien” que sufre las consecuencias del abuso de autoridad, que es primariamente el ciudadano, una persona particular. También puede ser sujeto pasivo del delito una persona jurídica.

Igualmente, sujeto pasivo del delito también es el Estado, puesto que el comportamiento abusivo –e ilegal– del funcionario público afecta al Estado, en la medida que justamente un miembro y “representante” del Estado es quien –contrariamente a lo esperado– infringe la ley, afectando la legalidad y legitimidad de la administración pública. Esta afectación a la legitimidad es de suma gravedad, pues degrada y debilita la institución de la administración pública y afecta el cumplimiento de su rol constitucional. Desde otra perspectiva, queda claro que el titular del bien jurídico es el ciudadano y el mismo Estado.

De las consideraciones expuestas, se extrae que el delito de abuso de autoridad tiene como agraviado al particular y al Estado, de lo cual se desprende que ambos están plenamente legitimados para intervenir en la investigación o proceso penal como parte agraviada, pudiéndose constituir en parte civil. Por ello, encontramos interesante la apreciación de la Corte Suprema en una Ejecutoria al sostener que “se considera como agraviado al Estado de manera equivocada, toda vez que, en el delito de abuso de autoridad, el sujeto pasivo es el particular”¹⁴.

Parte de la doctrina en el Perú señala que sujeto pasivo es el Estado y expresamente considera que al ciudadano no le corresponde tal calidad. Algunas opiniones tratan de morigerar las consecuencias de esta concepción admitiendo que al particular, si bien no le corresponde la calidad de sujeto pasivo, sí sería posible considerarlo como agraviado.

Así, se observa que en la doctrina se ha tratado de legitimar la intervención del particular en el proceso como agraviado del delito recurriendo a consideraciones generales que señalan que el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el sujeto sobre el que recae físicamente la acción¹⁵, puesto que sujeto pasivo hace alusión al titular o portador del bien jurídico cuya ofensa constituye la esencia del delito; mientras que el sujeto de la acción –perjudicado– abarca no solo al titular del interés lesionado de modo central –esencial– por el delito, sino a todos quienes soportan consecuencias perjudiciales.¹⁶

V. TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo penal contiene dos modalidades: el **cometer** un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien, y el **ordenar** un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien. Se trata de dos supuestos independientes.

A. Acto arbitrario

El tipo penal hace referencia al **acto arbitrario**¹⁷ como resultado típico necesario común a ambas modalidades. El “acto” arbitrario al que hace mención la norma no se refiere únicamente al acto administrativo –en sentido administrativo de resolución, de disposición–, sino más bien al concepto más general de “acción”, a cualquier acción arbitraria, independientemente de cómo se exprese o materialice.

El funcionario público es investido de ciertas facultades que le otorgan determinado poder en su relación con los ciudadanos, poder cuyo uso está supeditado a la obtención de los fines del Estado y que se encuentra limitado por el marco legal establecido y por los principios de **razonabilidad** y **proporcionalidad** que informan el Derecho en general. Por ello, estas facultades conferidas a los funcionarios públicos no pueden convertirse de ningún modo en carta abierta para avalar actos arbitrarios, y menos aquellos contrarios a la Ley y la Justicia.

¹⁴ Ejecutoria Suprema Expediente 1697-2001-Ancash, de fecha 23 de agosto de 2000.

¹⁵ HURTADO POZO José. Óp. cit. p.404; ver también: MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Novena Edición. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2011. p.230; ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General”. Madrid: Civitas. 2006. p.62.

¹⁶ MIR PUIG, Santiago. Óp. cit. Loc. cit.

¹⁷ MAGGIORE, Giuseppe. “Derecho Penal. Parte Especial”. Volumen III. Bogotá: Temis. 1972. p. 273. Considera que el “acto arbitrario es todo acto que concreta algún abuso de los poderes atribuidos al funcionario público [...] Acto arbitrario es el acto contrario a los deberes del cargo. Esto puede acaecer de dos maneras: o porque el acto constituye una violación de la ley (legitimidad), o porque, sin haber violación de la ley propiamente dicha, el acto constituye un ejercicio abusivo de funciones discrecionales, que no pueden ser materia de inspección de legitimidad [...] En resumen, la arbitrariedad de un acto puede depender: (a) De violación de la ley o de inobservancias de las formas legales prescritas; (b) De incompetencia relativa, es decir, de exceso en los límites de la competencia [...] y (c) De abuso de los poderes discrecionales”.

El acto funcional regular es aquel realizado por el funcionario en el ámbito de su **competencia** –funcional, territorial, temporal–, respetando los principios, procedimientos y formalidades que la ley y los reglamentos establecen. En este marco, el funcionario público procederá arbitrariamente cuando extralimite sus atribuciones legalmente establecidas¹⁸. La arbitrariedad del funcionario surgirá de la extralimitación dolosa en el ejercicio de sus funciones, cuando interviene a sabiendas que la ley se lo prohíbe o cuando en la consecución de fines lícitos emplea medios prohibidos o desproporcionados.

En un Estado de Derecho, el funcionario público desempeña sus funciones conforme lo dispone la ley, y no conforme a su libre voluntad. En el ámbito de discrecionalidad, siempre reducido, que admite el Derecho, el funcionario debe proceder con racionalidad, proporcionalidad, equidad y justicia. Aquí, como apunta Giuseppe Maggiore, “la arbitrariedad se presenta también en el acto discrecional [...]. Esto sucede cuando el móvil del acto discrecional es contrario al interés público, o cuando coincide con algún interés privado (de secta, de enemistad, de venganza, de prepotencia). En tal caso, la arbitrariedad objetiva coincide con la subjetiva, que es la conciencia de violar las normas que regulan la propia actividad funcional”¹⁹.

La jurisprudencia ha tenido diversos pronunciamientos sobre este aspecto del delito. Así, se ha señalado, por ejemplo, que “no es un acto arbitrario la conducta del agente, que está amparada por ley o se encuentra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los principios del derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico”²⁰. Cabe señalar que un acto arbitrario será calificado como tal siempre y cuando éste revista algunas características, así: “a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”²¹.

Con todo, existen garantías constitucionales, como el principio de interdicción de la arbitrariedad, que, frente a determinadas conductas, cumple “un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión”²². Así, también se puede observar al pronunciamiento de la Corte Suprema que señala que “el delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; si no se acreditan dichos presupuestos cabe la absolución. En el presente caso al no haberse acreditado la arbitrariedad del acto de asignación en el número de horas académicas a la docente, procede absolver a la procesada”²³.

B. Cometer u ordenar un acto arbitrario

El tipo penal del artículo 376 contiene dos supuestos. El primer supuesto del delito de abuso de autoridad consiste en **cometer** un acto arbitrario que cause un perjuicio a alguien. El legislador emplea aquí el verbo cometer para hacer referencia a la **realización** del delito por parte del funcionario público. El delito puede ser realizado de **manera directa**, por **intermedio de otra persona** o conjuntamente con otras personas, lo que dará lugar a la autoría directa, autoría mediata o coautoría.

La segunda modalidad **típica es ordenar** un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien. Esta modalidad típica es un supuesto autónomo de autoría directa. De no existir esta modalidad típica autónoma, el comportamiento de **ordenar** se sancionaría como un caso de autoría mediata o como instigación (si se cumplen los presupuestos de estas formas de intervención). Para la configuración de la modalidad típica de “**ordenar un acto arbitrario**” se requiere que la orden del acto arbitrario sea cumplida; y, si no existe consumación, al menos que se haya iniciado la ejecución y, además, que se haya ocasionado un perjuicio a

¹⁸ Ver: SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra la administración pública”. Tercera edición. Lima: Grijley. 2014. pp. 179 y siguientes. Ver también: SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Peruano”. 1976. p. 101, quien señala que “desde el punto de vista del ordenamiento jurídico para que haya un acto de autoridad lícito se requiere que el agente actúe dentro de la esfera de sus competencias tanto formal, material como jurisdiccional [...]. Las disposiciones procesales, administrativas o el Manual de Organización de Funciones rigen las competencias de cada órgano, el alcance territorial de los mismos como el procedimiento a seguir”.

¹⁹ MAGGIORE, Giuseppe. Vol. III. 1985. p. 210.

²⁰ R.Q. 17-2003-Lima.

²¹ Expediente 90-2004-AA/TC-Lima.

²² Expediente 90-2004-AA/TC-Lima.

²³ Ejecutoria Suprema Expediente 3436-96, de fecha 14 de noviembre de 1996.

alguien. La relevancia penal de esta modalidad se producirá cuando la orden ilícita cause perjuicio típico al sujeto pasivo.

C. Perjuicio (causar perjuicio a alguien)

Como se ha indicado, para la configuración del delito de abuso de autoridad, en cualquiera de sus modalidades, se precisa que el acto arbitrario realizado u ordenado **cause perjuicio a alguien**. Según el Diccionario de la Real Academia Española, por “perjuicio” se entiende ocasionar daño o menoscabo moral o material. En el marco del delito de abuso de autoridad, el perjuicio que la norma penal admite puede ser de tipo económico, material, corporal, moral o de cualquier otra índole.

El perjuicio a que hace referencia la norma debe ser **grave**. Este debe ser, además, de “naturaleza objetiva y de necesaria concurrencia”²⁴, perfectamente medible y verificable en base a criterios objetivos. Este perjuicio debe ser indefectiblemente causado por la concreción del riesgo no permitido²⁵ y ocasionado por el funcionario público al excederse en el uso de sus prerrogativas en la función que desempeña. Por esta razón, devendrá en atípica la imputación por este delito, si el perjuicio proviene a mérito de cualquier otra causa que no sea la descrita en el artículo 376 del Código Penal.

La gravedad del perjuicio típico ha sido resaltada por la propia Corte Suprema en su famoso proyecto de ley de reforma de los delitos contra la administración pública, donde propuso que esta gravedad esté expresamente regulada en la ley, a fin de esclarecer que no se trata de cualquier perjuicio, sino de uno que refleje verdadera gravedad²⁶. También se puede observar esta interpretación en diversas ejecutorias; así, se observa por ejemplo el caso de un Alcalde provincial que, en su condición de funcionario, impidió el acceso de una ciudadana para conocer un expediente administrativo, donde se señaló que para que “se materialice el delito de abuso de autoridad, se requiere de parte del sujeto activo que haya cometido un hecho lo suficientemente grave como

para ser objeto de represión penal, y no simples providencias disciplinarias”²⁷.

D. Abuso de Atribuciones (abusando de sus atribuciones)

Para la configuración típica del delito bajo estudio, que consiste en la comisión de un acto arbitrario que causa perjuicio a un particular, se requiere que el comportamiento se realice mediante el abuso de atribuciones (“abusando de sus atribuciones”). De lo señalado se entiende que el acto arbitrario debe, en primer lugar, darse en el marco de las atribuciones del funcionario público; y, en segundo lugar, “exceder o abusar de las facultades o prerrogativas que le fueron concedidas”²⁸.

Sobre el particular, son dos los posibles escenarios. Primero, que el funcionario ejercite una función que se enmarca dentro de sus atribuciones, pero que en el caso concreto no se den los presupuestos para su ejecución (**intervención**). Segundo, que el funcionario ejercite una función, propia de sus atribuciones, que en el caso concreto se den los presupuestos para su ejercicio, pero que se extralimite en su ejecución (**extralimitación**); aunque la **intervención** de algún modo importa **extralimitación**, puesto que, de no darse los presupuestos para el cumplimiento de una determinada atribución, la norma le impone al funcionario abstenerse de cualquier actuación. En otras palabras, en dicha circunstancia, el límite al funcionario viene dado por la prohibición de ejercitar su función.

Según la Corte Suprema, para que se configure el delito de abuso de autoridad “la conducta ilícita debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública y, consecuentemente, determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente”²⁹.

²⁴ Ver: Ejecutoria Superior de 30 de junio de 1998, en el Expediente 918-98-Lima: “Al no haberse acreditado el perjuicio, no existe el delito de abuso de autoridad”.

²⁵ Sobre el riesgo no permitido y otros criterios de imputación objetiva, ver: CANCIO MELIÁ, Manuel. “Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva”. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo. 2001. pp. 85 y siguientes.

²⁶ Ello se muestra en la exposición de motivos del “Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública”, signado con el número 4187-2010/PJ, donde se sugirió la sustitución de la frase “acto arbitrario cualquiera” por la de “acto arbitrario que cause un grave perjuicio a alguien”.

²⁷ Ejecutoria Suprema Expediente 5541-97-Piura-Tumbes, de fecha 25 de junio de 1998.

²⁸ Ver: FONTÁN BALESTRA, Carlos. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Tomo VII. Buenos Aires. 1978. p. 230; CREUS, Carlos. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo II. Tercera Edición. Buenos Aires: Astrea. 1990. p. 258; MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo VII, Volumen III. Buenos Aires: Ediar. 1961. p. 299.

²⁹ Ejecutoria Suprema Expediente 3436-96, de fecha 14 de noviembre de 1996.

En esa misma línea, resulta esencial en la comisión de este delito “el obrar in *fraudem legis* del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal –afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado– y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la Ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está contemplada por el conocimiento de esa improcedencia”³⁰.

Como se puede observar ya en una Ejecutoria de la Corte Suprema del 29 de mayo de 1952, la extralimitación y el abuso eran considerados elementos fundacionales del delito de abuso de autoridad; por ello sancionaron como delito de abuso de autoridad el comportamiento de un Juez que dio una orden de allanamiento de domicilio, a mérito de una simple petición de la autoridad política, sin existir instrucción ni juicio civil ante su jurisdicción³¹.

No se configurará el delito cuando el funcionario actúe según la esfera de sus atribuciones. La jurisprudencia, en un caso donde los agentes, en su calidad de funcionarios públicos, realizaron la clausura de un local comercial, refirió a que estos “se han limitado a cumplir con sus deberes de función, ejercitando sus atribuciones y autoridad dentro de los límites y con el procedimiento que la ley señala, no constituyendo su accionar delito de abuso de autoridad”³².

Los casos donde el funcionario, fuera del marco de sus atribuciones, competencias, o fuera del ejercicio de sus funciones, ejercita un acto arbitrario con perjuicio del particular, no configuran el delito de abuso de autoridad contenido en el artículo 376 del Código Penal. Estos casos, según la estructura que presenten, podrían configurar otros delitos.

VI. TIPO SUBJETIVO

El delito de abuso de autoridad contenido en el artículo 376 del Código Penal es un delito doloso.

Para la configuración del dolo³³, se requiere que el funcionario público sea consciente de que está realizando un acto arbitrario en perjuicio de un tercero, que puede ser tanto una persona natural o jurídica. Se requiere la conciencia de que se está extralimitando en sus funciones y perjudicando a una persona.

En la Jurisprudencia pueden observarse diversos pronunciamientos orientados a subrayar el carácter doloso del tipo y las posibilidades de error en la comisión del delito. Así, se indica que una actuación dolosa del funcionario público supone una actuación “con voluntad y conocimiento de que abusa de las atribuciones que posee, en infracción de las leyes y reglamentos [...]. Cabe acotar que no es un acto arbitrario la conducta del agente que está amparada por la ley o se encuentra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los principios del Derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, también podría concurrir en un *error de tipo*, por desconocimiento de que el acto era ilegal y abusivo; en tanto esta circunstancia es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión”³⁴.

Asimismo, se ha desarrollado la idoneidad del “error de tipo” en la figura delictiva bajo análisis. Tal es el caso donde la autoridad, de manera equivocada, ordenó una medida cautelar contra un vehículo de propiedad de una empresa distinta a la que iba dirigida tal acción procesal –debido a la similitud de la razón social–, afirmando que “siendo ello así debe considerarse que según refiere dicho *error* habría sido cometido de forma involuntaria, versión que no ha sido desvirtuada en autos, pues no existe ningún medio probatorio que demuestre lo contrario; en tal sentido, no se ha acreditado de forma fehaciente que el encausado haya actuado con ‘dolo’, es decir con conocimiento y voluntad, por tanto no se ha probado de manera indubitable la configuración de los elementos constitutivos del delito imputado, teniendo en cuenta que el dolo es un elemento esencial del tipo materia de análisis”³⁵.

³⁰ Ejecutoria Suprema Expediente 20-2003-A. V, de fecha 18 de octubre de 2005.

³¹ ESPINO PÉREZ, Julio. Óp. cit. p. 396.

³² Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones Para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 18 de marzo de 1998. Expediente 137-98.

³³ Para la determinación de los presupuestos del dolo y la discusión sobre su normativización, ver: ROXIN, Claus. “La teoría del delito en la discusión actual”. Óp. cit. pp. 167 y siguientes.

³⁴ Ejecutoria Suprema R.Q. 17-2013, de fecha del 1 de julio de 2013. Véase también la Ejecutoria Suprema Expediente 1917-92, Junín, de fecha 12 de mayo de 1993.

³⁵ Sentencia emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 7 de setiembre de 2009. Expediente 1074-2006.

En similar sentido, la Corte Suprema puntualizó –en otro caso– que “la sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos probatorios que acrediten fehacientemente la responsabilidad del imputado, contrario sensu procede su absolución; que de autos se advierte que no se ha acreditado una conducta dolosa por parte del acusado, no contemplando además el ilícito –materia del proceso– un accionar culposo, lo que amerita su absolución”³⁶.

VII. PENA

El delito de abuso de autoridad es sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años.

El tipo penal contempla una circunstancia agravante³⁷: “Que la comisión del acto arbitrario derive de un procedimiento de cobranza coactiva”. En este caso, la pena prevista será no menor de dos ni mayor de cuatro años. Esta agravante es producto de una reforma producida en el año 2004, y que tiene como precedente la presentación de una serie de proyectos de ley que, entre los años 2001 y 2002, proponían modificaciones al procedimiento de ejecución de cobranza coactiva. Dichas iniciativas legislativas pasaron la evaluación y debate correspondiente en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, la que emitió un Dictamen proponiendo la modificación del artículo 376 del Código Penal para incorporar la agravante relativa a procedimientos de cobranza coactiva, bajo la siguiente consideración:

“Con motivo de la aplicación de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva y su reglamento; y de la utilización del poder tributario y sancionador que la ley reconoce a las municipalidades, se viene presentando un fenómeno delictivo con características muy particulares, muchas veces el monto de las obligaciones excede todo parámetro objetivo. Las irregularidades en que incurren estos funcionarios son: a) Se inicia o se continúa con la tramitación de procedimientos de ejecución coactiva sin cumplir con los requisitos legales; b) Se inicia procedimientos de ejecución coactiva sin ser competentes para ello; c) Las

municipalidades distritales vienen celebrando convenios de cooperación en la cobranza, pese a no ser competentes para ello; d) Se inicia o continúa con el trámite de procedimientos de cobranza coactiva pese a que existen resoluciones del Tribunal Fiscal o de la Corte Superior que ordenan la suspensión del mismo, entre otros. En ese sentido, debido a la incidencia numérica y económica derivada de estas conductas y dada la complejidad del fenómeno delictivo comentado, se resuelve modificar el artículo 376° del Código Penal y agregarle un segundo párrafo agravado que sancione penalmente con pena no menor de dos ni mayor de cinco años cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva”³⁸.

La citada propuesta fue llevada al pleno del Congreso de la República, que la aprobó parcialmente. El extremo máximo de la pena conminada que se propuso fue reducido a cuatro años, pues se tomó en cuenta que al ser cinco años, los jueces podrían dictar mandato de detención, evidenciándose, de esa manera, una desproporcionalidad.

La agravante referida a los “actos arbitrarios que deriven de un procedimiento de cobranza coactiva” comprende los casos donde el ejecutor coactivo, funcionario público, se extralimita en sus funciones al momento de tramitar y ejecutar una cobranza coactiva. A manera de ejemplo, se pueden mencionar las siguientes conductas: ordenar una medida cautelar sin fundamento normativo, ejecutarla sin las formalidades exigidas por ley, así como vía acto administrativo, contradecir o cuestionar las resoluciones y/o mandatos emitidos por el órgano jurisdiccional o administrativo competente, que incidan en el trámite de los procedimientos de ejecución coactiva, como el que se pronuncia por la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva³⁹.

La Corte Suprema se ha pronunciado en un caso donde se alegaba la concurrencia de esta agravante, señalando que “se encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad por cuanto ha quedado demostrado que la encausada, ejecutora coactiva de la municipalidad, dolosa y arbitrariamente ha trabado embargo sobre bienes de la

³⁶ Ejecutoria Suprema Expediente 571-97-Lambayeque, de fecha 11 de marzo de 1998.

³⁷ Introducida por la Séptima Disposición Final de la Ley 28165, publicada el 10 de enero de 2004.

³⁸ Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, ver en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/d99575da99ebf2e006d1cf0/e92acc357bb7e591052574d4006c3d2c/\\$FILE/01425DCMAY111203.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/d99575da99ebf2e006d1cf0/e92acc357bb7e591052574d4006c3d2c/$FILE/01425DCMAY111203.pdf). Citado el día 10 de febrero de 2016.

³⁹ Sobre la competencia territorial del funcionario municipal y el ámbito de aplicación de la norma, véase NAKASAKI SER-VIGÓN, César. “La actuación de los ejecutores coactivos municipales: ¿Delito de abuso de autoridad?”. En: *Ius et Praxis* 31. 2000. p. 200.

agraviada, quien no tenía ninguna obligación con la citada comuna”⁴⁰.

Por el contrario, si el acto administrativo –resolución– del Ejecutor Coactivo se encuentra en el ámbito de la regularidad –cumpliendo con las normas y formalidades prescritas–, esto es, dentro de la legalidad prevista por la Ley 26979 y su modificatoria –Ley 28165–, su conducta deviene en atípica, toda vez que “una resolución será arbitraria cuando no pueda justificarse de forma convincente con los materiales normativos (disposiciones jurídicas y técnicas de interpretación)”⁴¹.

VIII. CONSIDERACIÓN FINAL

Con la sanción penal del delito de abuso de autoridad, el legislador peruano ha optado por reafirmar el mensaje político criminal de que el funcionario público, al ejecutar sus funciones públicas, debe cuidar siempre los límites que las leyes le imponen. Sin embargo, la reacción penal no procede frente a cualquier abuso de funciones, cuya sanción corresponde al derecho administrativo disciplinario, sino únicamente frente a actos arbitrarios graves con claro perjuicio de una persona.

⁴⁰ Ejecutoria Suprema del 3 de junio del 2001, Expediente 4562-Lima.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”. Barcelona: Atelier. 2006. p. 307.