

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO



Sentencia de vista Nro. 1714-2015-80-0201-JR-PE-01-Ancash
el delito de abuso de autoridad.

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título de Abogado

Autor:

Trinidad Leon, Yeoman Waldyer

Asesor

Diaz Ambrosio, Silverio

Huaraz - Perú

2018

DEDICATORIA

La presente investigación está dedicada principalmente a dios por haberme permitido llegar a esta instancia, a mi familia por el apoyo incondicional que me ha demostrado y brindado durante mi carrera educativa y finalmente a mis maestros, por la sabiduría que han impartido en las aulas universitarias.

PRESENTACIÓN

La presente investigación de suficiencia profesional para optar el título profesional en la carrera de derecho, se va ilustrar y estudiar un tema muy importante dentro de nuestra legislación penal nacional, se trata sobre el delito de Abuso de Autoridad.

En este sentido se establece que el delito de abuso de autoridad tiene un contenido delictual conforme a un delito de función dentro de la Administración Pública conforme a la ley, doctrina y la jurisprudencia.

Porque, El delito de abuso de autoridad es un delito también de carácter residual y supletorio ante la falta de configuración de otros delitos cometidos por funcionarios públicos, siendo así este delito un tema que necesita mucho análisis y estudio ya que por ser amplio su aplicación es un tema de controversia de juristas a nivel nacional, siendo en este caso muy importante poder estudiar sobre este tipo penal.

También se presentará doctrina, normatividad o legislación penal vigente, jurisprudencias y así como el análisis del derecho comparado en donde se podrá establecer diversas apreciaciones y valoraciones sobre el delito de abuso de autoridad y así establecer conclusiones y recomendaciones; bajo dicha situación se podrá analizar la casuística concreta sobre el delito de abuso de autoridad.

PALABRAS CLAVES:

Tema	Abuso De Autoridad
Especialidad	Derecho Penal

KEYWORDS:

Text	Authority Abuse
Especiality	Criminal Law

Línea De Investigación: Derecho

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria y agradecimiento	i
Presentación	ii
Palabras Claves	iii
Índice General	iv
Introducción	01
Capítulo I.- Antecedentes	03
Capítulo II.- marco teórico	06
Capítulo III.- Legislación Nacional	26
Capítulo IV.- Jurisprudencia o precedentes vinculantes o plenos jurisdiccionales.	30
Capítulo V.- Derecho Comparado	40
Conclusiones	44
Recomendaciones	45
Resumen	46
Referencias bibliográficas	47

INTRODUCCIÓN

Las máximas que sostienen la estructura fundacional del Estado Constitucional de Derecho repercuten sustantivamente en el marco de la actuación de los funcionarios y/o servidores públicos, en el sentido de que sus respectivas actuaciones han de comprometerse exclusivamente al servicio de los intereses generales, conforme a su consagración *iusfundamental*.

El objetivo de la presente monografía es conocer y analizar el delito de abuso de autoridad en nuestra legislación nacional así mismo como en el derecho comparado, ya que es un tema bastante discutido en nuestra doctrina nacional, también mediante este delito se busca proteger la regularidad o correcto desempeño funcional de los funcionarios Públicos, a fin de excluir abuso de poder. La metodología de la presente investigación consistió en el recojo y análisis de la información bibliográfica mediante técnicas como el fichaje, subrayado, resumen y la categorización y análisis de contenido.

En ese sentido, en el presente trabajo se desprenden cuatro capítulos: capítulos (I), Antecedentes, (II) Marco Teórico, (III) legislación Nacional, (IV) Jurisprudencia o precedentes vinculantes o plenos jurisdiccionales, (V) Derecho Comparado. En este orden de capítulos empezamos.

En el primer capítulo de esta tesis abordaremos el antecedente del delito de abuso de autoridad, desde sus inicios y hasta la actualidad, qué es, significado y concepto,

además de cómo se siguen efectuando estos en nuestra actualidad y entidades públicas de nuestro país.

En el segundo capítulo abordaremos temas de suma importancia como lo es el abuso que la autoridad, los sujetos activos y pasivos el cual son parte de este delito (Tipicidad Objetiva), la modalidad típica, modalidad del injusto típico, la necesidad de que el acto se cometa u ordene en perjuicio de alguien, formas de imperfecta ejecución, tipo subjetivo del injusto y sus agravantes del delito de abuso de autoridad.

Por lo que corresponde al tercer capítulo del presente trabajo de suficiencia profesional, hablaremos de la legislación Nacional, siendo mencionado así desde los códigos penales anteriores de nuestro sistema jurídico nacional, tal es el caso El Código Penal de 1924 ya regulaba en su artículo 337 el delito de abuso de autoridad, pero Código Penal de 1991 mantuvo el delito en el artículo 376 y posteriormente 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 donde describe y configura el delito de Abuso de autoridad.

En el cuarto capítulo ahondaremos en cuanto a la Jurisprudencia o precedentes vinculantes o plenos jurisdiccionales a nivel nacional y local, el cual nos permite tener mayor visión y real aplicación del delito de Autoridad, Así como la adecuada identificación de los sujetos activos y pasivos y su sanción por parte de la autoridad jurisdiccional competente.

En el Quinto y último capítulo trataremos sobre el Derecho Comparado respecto al delito de Abuso de Autoridad, el cual nos va ayudar a contrastar instituciones o figuras jurídicas de distintos ordenamientos internacionales con el fin de profundizar en el conocimiento de nuestro ordenamiento, es así que hemos decidido tomar como ejemplos los países de México y Argentina, países donde se ha profundizado el estudio legal del delito de abuso de autoridad, siendo importante su aporte para el presente trabajo.

En este sentido a continuación realizaremos un análisis del delito de abuso de autoridad teniendo como base nuestro Código Penal.

I ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES INTERNACIONALES:

El abuso de autoridad, también conocido como abuso de poder o abuso de las funciones públicas, son prácticas de intercambio social en las que se ejecuta una conducta basada en una relación de poder, jerarquizada y desigual. En otras palabras, es una situación donde la autoridad o individuo que tiene poder sobre otros debidos a su posición social, conocimiento o riqueza utiliza ese poder para su beneficio.

Al contemplar los supuestos de abuso de autoridad o de poder tipificados en algunos ordenamientos jurídicos es sorprendente observar como varían las estructuras de poder y las numerosas posibilidades en el modo de ejercerse, todavía queda por investigarse y, en su caso, señalar que caracteres comunes pueden existir. Ciertamente este tema debe ser limitado a un estudio puntual.

También los criminólogos como los responsables del control social, hasta hace poco tiempo, han prestado escasa atención al abuso de poder. En los congresos internacionales de la sociedad internacional de la criminología, se ha tratado por primera vez, en Hamburgo, del 4 al 9 de septiembre de 1988. La criminalidad y el abuso de poder fue uno de los cuatro temas centrales del congreso.

Como consecuencia de los debates del Séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, que tuvo lugar en Milán, del

26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, la asamblea general aprobó pocas fechas después, el 29 de noviembre, la “Declaración Sobre Los Principios Fundamentales De Justicia Para Las Víctimas De Delitos Y De Abuso De Poder”, que recomendó el congreso, al mismo tiempo que aprobó la resolución 40/34 sobre el mismo tema.

1.2 ANTECEDENTES NACIONALES:

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”. 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.

Diaz (2014), tesis: El abuso de autoridad como delito de función en la legislación peruana, Tesis para optar el título de abogado. Resumen: El hecho de que una persona esté investida de un cargo público no la faculta, y menos la legitima, a obrar en contravención a la ley, pues precisamente esta delimita su proceder funcional bajo

criterios de razonabilidad, ponderación y proporcionalidad. La tipificación del injusto penal de abuso autoridad, prescrito en la norma penal, supone una orientación de política criminal destinada a cerrar espacios de impunidad, cuando la conducta atribuida al funcionario público no se ajusta a los alcances normativos del resto de tipos penales, que, de forma específica, regulan los comportamientos prohibidos que implican injustos típicamente funcionariales. El abuso de autoridad es uno de los más recurrentes delitos contra la administración pública, el más extendido, el que se halla a todo nivel de las interacciones público-estatales, el que se encuentra por lo general limítrofe y conviviendo con infracciones administrativas, el que despierta más la indignación inmediata al incidir directamente sobre derechos de las personas, sean estas naturales o jurídicas. La presente investigación tiene por objetivo analizar los Planteamientos Teóricos, Normas y Legislación Comparada, a efectos de tener base para proponer lineamientos y recomendaciones sobre la protección del bien jurídico que es afectado por el delito de abuso de autoridad. Se utilizó la metodología descriptiva – explicativa, habiéndose planteado como hipótesis que el abuso de autoridad como delito de función en la legislación peruana se vio afectada por empirismos normativos y empirismos aplicativos, la cual fue contrastada con el trabajo de campo obteniendo como conclusión, en el que efectivamente se evidenció un desconocimiento y no aplicación de los planteamientos teóricos, de las normas, y del desconocimiento de la legislación comparada.

1.3 ANTECEDENTES LOCALES:

Que, de la revisión de la relación de tesis de las universidades de esta localidad no se puede localizar diversos antecedentes sobre el tema tratado.

II MARCO TEORICO

2.1. EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD EN EL PERÚ

La tipificación del injusto penal de abuso de autoridad, tipificado en el artículo 376 del Código Penal, supone una orientación de política criminal destinada a cerrar espacios de impunidad, cuando la conducta atribuida al funcionario público no se ajusta a los alcances normativos del resto de tipos penales que, de forma específica, regulan los comportamientos prohibidos que implican injustos típicamente funcionariales.

Por eso se admite que este tipo de “abuso innominado” solamente tendría aplicación supletoria: cuando los otros supuestos de abusos de autoridad específicos no sean aplicables. (Abanto, 2011, p.225).

Por consiguiente, la presente figura delictiva, se constituye en un ilícito penal subsidiario (Soler, 1978, p. 88) y residual, pues solo resulta de aplicación cuando los injustos especiales funcionariales no pueden cobijar, en rigor, el comportamiento arbitrario imputable al funcionario público.

En tal sentido, un amplio sector de la doctrina nacional estima que la razón de ser de la inclusión de un tipo penal tan amplio como este radica en la intención del legislador de evitar vacíos normativos. (Abanto, 2011, p. 224).

Concordamos que la justificación de penalizar esta conducta obedezca a motivos de política criminal. Y si bien su construcción normativa resulta muy abierta –tal como se desprende de su tenor literal–, ello puede salvarse si es que se fijan presupuestos y criterios de interpretación muy precisos, que permitan al aplicador encajar la conducta prohibida bajo la ratio de la norma, cuando estas signifiquen per se un atentado a la legitimidad de los actos funcionariales, bajo criterios de imputación objetiva.

“La punibilidad proviene del hecho de que el funcionario actúa del modo que la ley no se lo permite, o no actúa cuando le obliga a hacerlo, o actúa de un modo prohibido por la ley o no previsto por ella. (Creus, 1996, 257)”.

“Cabe apuntar que el interés de un Estado políticamente ordenado en el cumplimiento regular y legal de los actos de autoridad es tan acentuado, que aun cuando no se produzca la lesión de un derecho ulterior, se castiga el acto abusivo en sí mismo, como un modo de tutelar los valores ínsitos del orden jurídico como tal, en tanto el cumplimiento irregular y abusivo de los actos de autoridad puede ocasionar graves trastornos y perjuicios. (Soler 1978, 135)”.

El delito de abuso de autoridad se erige como un freno al abuso del poder funcional, un mecanismo legal de contención de la arbitrariedad pública que distorsiona los objetivos de la Administración Pública en una sociedad democrática de Derecho.

2.1.1 BIEN JURÍDICO TUTELADO

Concretamente es la legalidad del acto oficial la que se afecta. Se busca que los funcionarios públicos investidos de autoridad ejerzan sus atribuciones o competencias sin vulnerar los derechos de los particulares.

De lo que se trata es de preservar la regularidad del funcionamiento de la administración pública, la legalidad de los actos administrativos.

Siguiendo a Núñez, Fernando Ángeles Gonzáles, Manuel Frisancho Aparicio. Código penal comentado. VII. Ediciones Jurídicas. Lima .1998. p.3208, señala que las infracciones que prevé esta sección representan una lesión a la administración pública, por que implican un arbitrario ejercicio de la función pública, al margen de las constituciones, leyes o deberes que la rigen.

Al proteger así de forma genérica el art. 376 al normal desarrollo de la administración pública y de forma específica la legalidad del acto funcional del funcionario en ejercicio, se está brindando, por efecto concomitante, protección a las personas perjudicadas. Se trata entonces, como nos lo recuerda Manzini, de una doble garantía: del Estado y de los particulares frente a los funcionarios públicos.

La razón de ser de la inclusión de un tipo penal tan amplio (y por ello de dudosa constitucionalidad) parece radicar en el deseo de evitar vacíos. A través de este abuso innominado el legislador pretende abarcar aquellos casos que no pueden ser comprendidos por los tipos de "abuso específico" (concusión, exacciones, peculado, etc.).

2.1.2 TIPICIDAD OBJETIVA

2.1.2.1 SUJETO ACTIVO

La autoría adquiere en el presente injusto un carácter especial, en mérito a la construcción normativa que ha determinado que solo pueda ser sujeto activo el funcionario público (*intraneus*), esto es, quien se encuentra investido de la autoridad que las leyes y la Constitución le confieren.

Al constituir un delito especial propio Bernal (2000), los particulares (*extraneus*) se encuentran imposibilitados de ser autores, pues no pueden abusar de una función que no poseen: solo se puede hacer uso indebido de lo que se tiene. (Rojas, 1999, p. 91).

Más aún, no puede tratarse de cualquier funcionario, pues este debe contar legalmente con *autoridad*: se requiere que los actos realizados sean idóneos y aptos para provocar un perjuicio al derecho de alguien, de modo que solo los actos administrativos, las resoluciones administrativas y las resoluciones judiciales cuentan con dicha potencialidad.

Cuando el funcionario es un ejecutor coactivo, que actúa en un procedimiento de cobranza coactiva, se configura la circunstancia agravante prevista en el último párrafo del artículo 376 del Código Penal.

Si bien solo el funcionario con mando y autoridad, es exclusivamente autor de esta figura delictiva, debe precisarse que la acción es realizable “ordenando” y “cometiendo”. En este último caso puede tratarse de un servidor público que no es propiamente una autoridad. Se trata de dos variantes del injusto penal que serán analizadas más adelante.

Si es que un particular interviene en la realización típica, mediando una contribución positiva, podría ser catalogado como un partícipe, sea como cómplice primario o secundario.

La coautoría no es desdeñable, siempre que se identifiquen dos o más funcionarios que compartan una determinada autoridad funcional en un ámbito específico de la Administración. Será necesario que la orden sea autorizada por dichos funcionarios o, en la modalidad de “cometer”, sean dos o más servidores los que ejecuten la orden funcional.

La procedencia de la autoría mediata no resulta admisible, en el sentido que el particular (*extraneus*), al no poseer la cualidad funcional que se exige para ser autor, no podrá ejercer un dominio funcional sobre el hombre de adelante (funcionario público). La participación delictiva del particular solo puede ser constitutiva de complicidad.

2.1.2.2 SUJETO PASIVO

Siguiendo el patrón sistematizador propuesto, sujeto pasivo será el Estado como titular de toda la actuación pública que tiene lugar a través de los actos típicamente funcionariales de autoridad.

El tipo penal exige que el acto abusivo se cometa u ordene “en perjuicio de alguien”. Con ello se revela que la conducta típica, en el segundo supuesto, debe significar un estado de probable lesión al derecho de un tercero, esto es, del administrado que puede verse afectado con la perpetración del injusto.

En tal medida, no debe considerarse que este injusto funcional se configure como un delito de resultado, en cuanto a la concreta afectación del administrado (particular). De ser así, se estaría desnaturalizando su esencia de delito “de peligro”, cuya perpetración no está supeditada a la efectiva producción de un perjuicio individual, en el caso de la referida modalidad típica.

2.1.3. MODALIDADES TÍPICAS

Conforme a su redacción legal, el delito de abuso de autoridad tiene dos variantes, que adquieren singularidad según su propia naturaleza. Según el artículo 376 del CP, el acto funcional abusivo puede tomar lugar mediante los verbos “ordenar” y “cometer”.

La modalidad de “ordenar” puede ser cometida únicamente por los funcionarios revestidos con autoridad, a quienes la ley y la Constitución les han conferido potestades y poderes resolutivos en casos concretos, por ejemplo, en el decurso de un procedimiento administrativo o jurisdiccional. Se configura cuando el funcionario con

autoridad encomienda a un órgano funcional el cumplimiento o ejecución de esa voluntad. (Fontán, 1998, p. 816).

La modalidad de “ordenar” el sujeto activo solo puede ser una “autoridad” que, en el ejercicio de sus atribuciones (pero abusando de ellas) manda a otro (un funcionario o un particular) que ejecute determinado acto. (Abanto, 2001, p. 229).

Los actos de autoridad se exteriorizan cuando el funcionario dicta un acto administrativo (resolución), ordenando la ejecución de un mandato, dirigido a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Como enseña Soler, una resolución se transforma en orden cuando es confiada a un órgano del Estado con la conminación de ejecutarla o darle cumplimiento. (Soler, 1978, p. 140).

Dicha orden, para que sea legal, debe ser emitida por un funcionario con competencia funcional; de no ser así la conducta se trasladaría al tipo penal previsto en el artículo 361 del Código Penal, que sanciona la usurpación de una función pública, ejerciendo funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene. Además, debe tener una finalidad pública, estar debidamente motivada y observar las formas prescritas por la ley.

Por ejemplo, cuando el juez ordena la prisión preventiva del imputado o cuando el ejecutor coactivo da por iniciado un proceso de ejecución, se afectan derechos subjetivos del justiciable o administrado. Su desvalor se revelará si tales decisiones no se ajustan a la normativa pertinente, no concurren sus presupuestos legales o no expresan las razones y fundamentos para su dictado.

La realización típica de esta modalidad se define por la calidad ejecutiva de la resolución, cuando esta es susceptible de ser materializada por los órganos de la Administración, sin que, para su consumación típica, sea necesario que estos la ejecuten efectivamente. Esta afirmación es relevante para advertir la tipicidad

autónoma de las dos modalidades del injusto típico. Como bien señala Bernal (2000), el simple ordenar un hecho ilegítimo constituye ya un abuso de poder cometido por el funcionario público que lo ordena.

Por ejemplo, “ordena” el director de rentas o de tributos que determina que un local comercial sea clausurado, sin embargo, no es necesario que el servidor público subordinado “ejecute dicha orden” para que se consume el delito.

Puede darse el supuesto en el que el funcionario público con autoridad sea quien a su vez ejecute su propia orden (v. gr. porque el inferior jerárquico competente está imposibilitado de hacerlo). Ello implicaría apreciar un concurso real de delitos, en la medida que ambas modalidades de abuso de autoridad se perfeccionarían, por un mismo funcionario, en momentos distintos.

La modalidad de abuso de autoridad referida a “cometer” (Molina, 1995, p. 495) un acto arbitrario, puede suponer la realización material de la orden emitida por el funcionario con autoridad, por parte de un servidor público (sin autoridad): este, en virtud a los principios de jerarquía y obediencia, ejecuta la orden impartida por su superior (empero, según el caso, cada quien deberá responder por su propio injusto a título de autor).

En tal caso, es posible que el inferior jerárquico que ejecuta la orden sea eximido de pena, al amparo de una causa de justificación, concretamente de la “obediencia debida” (Peña, 2007, p. 112), siempre que concurren sus presupuestos de aplicación (inciso 9 del artículo 20 del CP). Sin embargo, dicha circunstancia –que elimina la antijuridicidad de la conducta– no puede admitirse ante órdenes manifiestamente antijurídicas (v. gr. una detención policial notoriamente antojadiza). (Soler, 1978, p. 140)

No obstante, ello debe precisarse que si, por ejemplo, el capitán de la comisaría ordena a su inferior que le dé una golpiza a un detenido, no se configurará el delito de abuso de autoridad, pues dicho acto no está comprendido dentro de sus facultades

legales; constituirá un delito común de lesiones, según la magnitud de la afectación a la integridad corporal de la víctima.

“Cometer” o ejecutar significa llevar a cabo, realizar, material o jurídicamente, el contenido de la orden, es decir, concretarla en los hechos, sobre las personas o las cosas. (Creus, 1996, p. 258).

Sin embargo, la modalidad referida a “cometer” no se encuentra subordinada necesariamente a la de “ordenar”, pues en numerosos casos no existe un inferior jerárquico que cumple la orden de su superior (v. gr. detenciones policiales, realizadas de motu proprio, fuera del caso de flagrancia delictiva, etc.). Estas formas de abuso de autoridad no dependen de una orden superior, son plenamente independientes de ella. (Abanto, 2001, p. 230) (Creus, 1996, p. 258).

La sistematicidad que debe respetar la construcción de los supuestos del injusto debería verse reflejada en una similar naturaleza de las dos modalidades del delito de abuso: “ordenar” y “cometer”, sin embargo, consideramos –guiados por el principio de legalidad– que la primera se configura como un delito de mera actividad, mientras que la segunda como un delito de resultado

“Cometer” un acto arbitrario se perfecciona cuando este incide efectivamente en los derechos de la víctima –v. gr. cuando se priva a un individuo de su libertad o se produce el desalojo de un bien inmueble–, exigiendo un resultado desvalioso. (Rojas, 1999, p. 96).

En tal sentido, cuando un policía que obra ilegalmente, por motivos ajenos a su voluntad, no llega a aprehender al ciudadano, se configurará una tentativa del delito de abuso de autoridad en la modalidad de “cometer”. Si dicha acción fue ordenada por su superior jerárquico, la conducta de este será un delito consumado de abuso de autoridad en la modalidad de “ordenar”.

2.1.3.1 LA NECESIDAD DE QUE EL ACTO SE COMETA U ORDENE EN PERJUICIO DE ALGUIEN

El legislador, a fin de dotar al abuso de autoridad de sustantividad material, regló, en el presente precepto, un elemento que define el desvalor del resultado: que el acto abusivo se dirija en “perjuicio de alguien”.

La exigencia de este elemento es objetable. La construcción de los injustos típicamente funcionariales, que atacan principios constitucionales de la Administración Pública, suele alejarse de una visión material en el sentido de que para su consumación no resulta indispensable verificar la efectiva lesión del derecho de un administrado, bastando en todo caso la idoneidad de la conducta para afectar el principio de legalidad.

El perjuicio debe ser entendido como la posibilidad de cualquier menoscabo sobre los intereses y derechos de cualquier persona distinta del propio funcionario. (Abanto, p. 233).

En algunas legislaciones penales, como la argentina, no es necesario dicho elemento fáctico, siendo suficiente la realización del acto abusivo. Estimamos que esta debió ser la línea seguida por nuestro legislador al diseñar el artículo 376 del Código Penal.

La exigencia de perjuicio puede generar problemas de interpretación de las dos modalidades de abuso de autoridad. “Ordenar” un acto arbitrario implica que lo ordenado solo debe estar dirigido a producir un perjuicio a alguien; se trata, por ende, de una modalidad de simple actividad, que no requiere que se produzca la efectiva causación de un perjuicio. En cambio, en el supuesto de “cometer”, la realización material de la acción implica la concretización del perjuicio. (Rojas, 1999, p. 234).

Se produce el perjuicio cuando se ocasiona una lesión o menoscabo a los derechos de otra persona (Rojas, 1999, p. 98); cuando un ciudadano se ve realmente perjudicado por la orden del funcionario, v. gr. con la pérdida de un bien, la privación de su libertad, etc.

Ese “alguien” a que hace alusión el tipo penal, debe ser de una persona identificable o individuo determinado. Es la persona susceptible de ser perjudicada por la orden emitida, o cuyos derechos subjetivos de lesionan cuando se comete el acto arbitrario.

Si bien este perjuicio puede configurarse de diversas maneras, debemos recordar que el delito de abuso de autoridad es de naturaleza eminentemente subsidiaria, por lo que será desplazado por tipos penales más específicos. En tal sentido, si, por ejemplo, el perjuicio importa un menoscabo al patrimonio estatal merced a la apropiación del funcionario a cargo, se configurará un delito de peculado; si es producto de una concertación en un proceso de licitación, se configurará el delito de colusión ilegal. Si el perjuicio es consecuencia (extratípica) del dictado de una resolución judicial contraria el texto de la ley, se configurará el delito de prevaricato.

2.1.4 TIPICIDAD SUBJETIVA:

El delito de abuso de autoridad, en cualquiera de sus modalidades, únicamente resulta punible a título de dolo (conciencia y voluntad de la realización típica). El autor, por ende, debe ordenar o cometer el acto siendo consciente de su ilegalidad y de que puede perjudicar a alguien.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal: la emisión de una orden arbitraria o la realización de un acto arbitrario, así como que estas se emprenden en perjuicio de alguien.

La “ilegalidad” de la actuación funcionarial se encuentra comprendida en la estructura del tipo penal, por lo que la conciencia de la antijuridicidad (error de prohibición) se entrecruza con la conciencia de la ilegalidad (error de tipo). Al poder aplicarse ambas reglas, debe preferirse aquella que sea más beneficiosa para el agente, es decir, las del error de tipo. (Abanto, 1999, p. 235).

Aparte del dolo, no se exige la presencia de ningún elemento subjetivo de naturaleza trascendente. La maldad, la venalidad o cualquier otra clase de finalidad o propósito ulterior del autor, no es relevante a efectos de la tipicidad subjetiva.

2.1.5. AGRAVANTE:

El segundo párrafo del artículo 376 del Código Penal agravaba el delito de abuso de autoridad en el siguiente sentido: “Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

Sobre el particular, debe apuntarse que el abuso y la arbitrariedad en que pueden incurrir los funcionarios públicos, pueden acontecer en cualquier ámbito de los estamentos públicos, sea en un ministerio, en una municipalidad, en un juzgado, en un tribunal administrativo, etc.

De modo que no es correcto estimar que un acto sea más arbitrario por el solo hecho de provenir de un procedimiento de cobranza coactiva, pues este no es un dato que genere a priori un mayor grado de antijuridicidad.

Si bien en la presente agravante no se habla de escalas de afectación a los ciudadanos, la única manera de entender el plus de desvalor que entraña, ha de verse en las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de un procedimiento de ejecución coactiva, en cuanto a la lesión de derechos subjetivos de los administrados (Rojas, 1999, p. 173).

Para aplicar la circunstancia agravante debe haberse iniciado el procedimiento de cobranza coactiva. Este, conforme al artículo 29 de la Ley N° 26979, se inicia por el ejecutor mediante la notificación al obligado de la resolución de ejecución coactiva, la que contiene un mandato de cumplimiento de la obligación exigible coactivamente, dentro del plazo de siete días hábiles de notificado, bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar.

El procedimiento de “cobranza coactiva” importa el conjunto de actos destinados al cumplimiento de una obligación por parte del administrado. La obligación deriva de la acreencia impaga de naturaleza tributaria o no tributaria, o de la ejecución incumplida de una prestación de hacer o no hacer a favor de una entidad de la Administración Pública, proveniente de relaciones jurídicas de Derecho Público (véase el inciso f) del artículo 2 de la ley).

El artículo 13.1 *in fine* de esta ley, dispone que la entidad, previa notificación del acto administrativo que sirve de título para el cumplimiento de la obligación, y cuando existan razones que permitan objetivamente presumir que la cobranza coactiva puede devenir en infructuosa, podrá disponer que el ejecutor trabe como medida cautelar previa cualquiera de las establecidas en el artículo 33, por la suma que satisfaga la deuda en cobranza.

Dicho artículo 33 establece una serie formas de embargo como el embargo en forma de depósito o secuestro conservativo, que se ejecuta sobre los bienes que se encuentran en cualquier establecimiento, inclusive los comerciales o industriales u oficinas de profesionales independientes.

Las medidas cautelares que establece la ley, en el procedimiento de cobranza coactiva, son idóneas para afectar derechos e intereses de los administrados, de modo que, si son ordenadas o ejecutadas arbitrariamente, darán lugar a la circunstancia agravante mencionada.

Además, con la inclusión del art. 376-A, el legislador señala una agravante genérica, en la cual se consuma cuando se condiciona la distribución de bienes

correspondientes a programas públicos y sociales con la finalidad de obtener ventaja política o electoral.

Sostenemos que es una agravante genérica, porque en puridad de concepto son auténticos elementos típicos, encontrándose algunas de ellas en la parte especial, jugando el papel de circunstancias agravantes específicas o calificativas

Y otras de las agravantes que el legislador ha considerado es el Artículo 376-B, El funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años”

III LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1 El Delito de Abuso de Autoridad en la legislación nacional:

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”.

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 dos 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).

La propuesta de la Corte Suprema fue sometida a examen en la Comisión de Justicia y Derechos 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 acusación de un grave perjuicio** como presupuesto de tipicidad por razones de subsidiariedad y fragmentariedad penal, 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.

IV JURISPRUDENCIA O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA APELACION N.º 24-2015, SANTA SENTENCIA DE APELACIÓN

Lima, diecinueve de mayo de dos mil diecisiete **VISTO:** el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia absolutoria de fojas ciento cuarenta, del cuatro de septiembre de dos mil quince, expedida por la Sala Penal de Apelaciones, actuando como Sala Penal Especial. Interviene como ponente el señor **Prado Saldarriaga**.

CONSIDERANDO

Primero. ANTECEDENTES

1.1. La Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del distrito judicial del Santa, mediante requerimiento de acusación de fojas 01 (cuaderno de debate), instó al juez Superior de Investigación Preparatoria dicte el auto de enjuiciamiento contra **Carmen Antonia Berrocal Gonzales**, Fiscal Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Nuevo Chimbote, por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de abuso de autoridad.

1.2. Que, el Juez Superior de Investigación Preparatoria, luego de realizada la audiencia de control de acusación, por resolución número catorce del 23 de abril de 2015, de fojas 18 (cuaderno de debates), emitió el correspondiente auto de enjuiciamiento. El Tribunal Superior de Juzgamiento, por resolución de fojas 25, del 22 de junio de 2015, dictó el auto de citación a juicio oral.

Producido el juicio oral conforme al procedimiento legalmente previsto, se procedió a dictar sentencia.

1.3. La sentencia de primera instancia fue emitida por la Sala Penal de Apelaciones, el 04 de septiembre de 2015, de fojas 140, mediante el cual absolvió a **Carmen Antonia Berrocal Gonzáles** de la acusación fiscal por los cargos imputados de abuso de autoridad en presunto agravio de **Marco Antonio Cabrera Cabanillas**. El Fiscal Superior apeló el fallo absolutorio mediante recurso formalizado a fojas 163. El Tribunal Superior concedió el recurso de apelación, por resolución número veintitrés de fojas 391, del 16 de septiembre de 2015.

1.4. Elevada la causa en mérito al recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, este Tribunal Supremo por decreto de fojas 32, del 19 de enero de 2016, corrió traslado a las partes contrarias para la absolución de agravios correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo cuatrocientos veintiunos del Código Procesal Penal.

1.5. Que no se apersonaron a la instancia el representante del Ministerio Público ni el Procurador Público del Ministerio Público, a pesar de estar debidamente notificados, conforme se advierte a fojas 34, 35 y 36.

La procesada **Carmen Berrocal Gonzáles** se apersonó a la instancia (fojas 37).

1.6. La Sala Suprema por auto de fojas 41, del 20 de mayo de 2016, declaró bien concedido el recurso de apelación promovido por el señor Fiscal Adjunto Superior, disponiendo se notifique a las partes procesales a fin de que ofrezcan medios probatorios.

Segundo. DE LA ADMISIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

Como se observa en el cuadernillo formado en esta instancia, se notificó a las partes la admisión del recurso de apelación, las que no ofrecieron prueba para actuarse en la audiencia de apelación efectuada el 11 de mayo de 2017, conforme al artículo 424 del Código Procesal Penal, por lo cual deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia, conforme lo previsto en el inciso 4 del artículo 425 del citado Código.

Tercero. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. El representante del Ministerio Público al fundamentar su recurso de apelación ratificado en la audiencia de apelación, cuyo escrito obra a fojas 163 del cuaderno de debates, alegó que la sentencia de primera instancia vulneró la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales por existir error en la valoración de las pruebas y razonamientos contradictorios, por ende, es una resolución arbitraria por los siguientes fundamentos:

3.2. En los considerandos 9.5 y 9.8 de la sentencia -hecho probado-, no

explica bajo qué pruebas argumenta sus conclusiones.

3.3. En el considerando 9.6 de la sentencia -hecho probado-, señala que según el médico legista **Rubén Arroyo Medina**, la lesión de la agraviada en el antebrazo izquierdo fue ocasionado por agente contuso; sin embargo, este perito no señaló en el plenario que la lesión sería producto de un forcejeo e indicó que no pudo ser por un golpe de puño y a mano extendida.

3.4. En el considerando 9.3 de la sentencia -hecho no probado-, el Colegiado manifiesta que otorga mayor valor probatorio a la declaración oralizada del testigo **Carlos Alberto Corrales Roque**, empero no justifica razonablemente por qué le da mayor valor en relación a los testigos **Víctor Jiménez Gonzales** y **Karol Melissa Davila Avellaneda**, si estos también estuvieron presentes en el escenario de los hechos; el Colegiado no ha desarrollado los criterios de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia, de acuerdo al **acuerdo plenario N° 2-2005/CJ-116** que son vinculantes.

Si bien los Magistrados, tienen la facultad de la libre convicción y criterio

discrecional, no se puede concluir que tal testimonio le parece verídico porque le parece, la Constitución y las tendencias jurisprudenciales exigen la debida justificación, del porqué le parece verídico en relación a los demás, lo contrario es simplemente arbitrariedad. Además, no se precisó, por orden de quién es que se abrió el maletín, que resulta importante para contextualizar el hecho.

3.5. El Colegiado concluye que el hecho es típico y se adecúa al tipo penal del delito de **Abuso de Autoridad**, pero en aplicación del principio de *ultima ratio* y carácter fragmentario del sistema penal es atípica, porque la perturbación o lesión del bien jurídico no es lo suficientemente grave para considerarlo relevante, por tanto, no es antijurídica.

3.6. En cuanto a la lesión del bien jurídico, el Colegiado considera que no es grave, pero no explica o justifica por qué no tendría que intervenir el derecho penal y en su caso quién debió intervenir para resolver el conflicto; en el caso, la procesada abusando de sus atribuciones, de forma alterada y denigrando la dignidad de su asistente administrativo, la intercepta e impide el

paso, a la hora de la salida y a viva voz **“Dame tu maletín, te ordeno que me des tu maletín, me lo das o te levanto un acta, de aquí no vas a pasar”**, pide que abra el maletín que llevaba, forcejea con el agraviado que pedía explicaciones, y finalmente lograr ver y no encontrar nada relevante, se retira; esta superó el nivel funcional, pues vulneró el derecho a la dignidad como persona humana -Art. 1° de la Constitución Política del Estado-, sobre el particular el Tribunal Constitucional ha señalado “...la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas: Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: **a)** criterio interpretativo; **b)** criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y **c)** criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares”.

3.7. El Colegiado afirma que todo se debe a la negativa del agraviado en permitir que su superior vea su maletín, razonamiento que no es de recibo de esta Fiscalía, por cuanto no es posible sostener la absolución, en base a que el agraviado es quien habría permitido el abuso de autoridad y por ende se habría autoexpuesto a peligro o lesión del bien jurídico.

3.8. El Colegiado no explica por qué da valor a la versión de la procesada, sin medio de prueba que lo corrobore -pues el propio Colegiado concluye que sus testigos no corroboraron su dicho-, en el sentido que se encontraba motivada para intervenir al agraviado, por ciertas irregularidades, y peor aún, cuando la versión fue incongruente, pues dijo que le informaron los vigilantes de la irregularidad -quienes han desmentido haber informado- y en otra parte de su declaración señala que fue una persona que le informó -en el alegato oral ante el Fiscal de la Nación-, que su asistente entregaba el maletín en horas de la mañana con documentos a los otros vigilantes -quienes también negaron-, para que estos llevaran al tercer piso de la misma Fiscalía, retornando el maletín vacío en horas de la tarde,

además no [son] sostenibles estas versiones, pues si dice que retornaba vacío en horas de la tarde el maletín, no tenía sentido intervenirlo, pues lo razonable era en horas de la mañana, donde se podría encontrar los documentos. El Colegiado no justifica razonablemente por qué es creíble.

3.9. El Colegiado afirma que no se ha probado el daño o perjuicio, con ninguna prueba, quiere decir que analizó los elementos configurativos del delito de abuso de autoridad; sin embargo, se aparta del criterio de fragmentariedad y *ultima ratio* del derecho penal.

3.10. Que existen testimonios como del agraviado (dijo se sintió vejado moralmente, maltratado, no había justificación para poner a disposición el maletín), corroborado con la declaración de los testigos **Carol Melissa Dávila Avellaneda** (observó que el agraviado estaba destruido, era humillante lo que estaba pasando y le dio pena verlo allí, no era la primera vez que la doctora gritaba) y **Víctor Alexander Jiménez** y **Carlos Alberto Corrales** (el tono elevado de voz de la procesada y sujeción al agraviado) que acreditan el perjuicio moral.

En consecuencia, de lo argumentado se concluye con suficiencia, que existe vulneración a la debida motivación de la sentencia.

Cuarto. DE LA AUDIENCIA DE APELACIÓN

La audiencia de apelación se realizó el once de mayo de dos mil diecisiete, habiendo concurrido a esta, el representante de la fiscalía suprema y la acusada, que al ser abogado ejerció directamente su defensa. Al informar el recurrente señaló que se ratifica en los extremos de su recurso de apelación, y que la procesada ocasionó un daño personal al agraviado. La acusada niega los cargos, indica que cuando le solicitó al agraviado que abriera el maletín, este la empujó, lo que ocasionó que sus lentes cayeran al piso y se rompieran; así como le ocasionara una equimosis en el antebrazo izquierdo, por lo cual se retiró a su despacho y no observó el interior del maletín.

Quinto. IMPUTACIÓN FISCAL

Conforme al requerimiento de acusación fiscal de fojas uno (cuaderno de debates) se atribuye a la señora **Carmen Antonia Berrocal Gonzales**, que cuando desempeñaba el cargo de Fiscal Provincial Provisional

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

vigilantes que lo abra y revise, encontrando en su interior, únicamente un táper de refrigerio y folletos de un curso organizado por la Escuela del Ministerio Público.

Sexto. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

6.1. Argumentos generales

6.1.1. Que el presente proceso se ha desarrollado en virtud a lo previsto en el artículo cuatrocientos cincuenta y cuatro, literal cuatro[1], del Título III del Código Procesal Penal, referido al Proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (ver fojas 199) toda vez que a la encausada **Carmen Antonia Berrocal Gonzales** se le imputa haber cometido el delito de abuso de autoridad en su condición de Fiscal Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Nuevo Chimbote.

6.1.2. En tal sentido, emitida la sentencia absolutoria en contra de la encausada Berrocal Gonzales, el representante del Ministerio Público interpuso su respectivo recurso de apelación, a efectos que la causa sea elevada a la Sala Penal de la Corte Suprema a fin de dar cumplimiento al principio de pluralidad de instancias,

previsto en el inciso seis, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado.

6.1.3. Habiéndose cumplido con la formalidad establecida por la Ley -plazo y modo- para la interposición del presente recurso, este Supremo Tribunal debe emitir la decisión correspondiente, para lo cual tomará en consideración lo actuado a nivel de primera instancia y, de ser el caso, merituar la nueva prueba que se hubiera presentado y actuado en segunda instancia -lo que no ha sucedido en el presente caso, como se indicó anteriormente-.

6.2. El delito de abuso de autoridad

6.2.1. El delito de abuso de autoridad se encuentra regulado en el Capítulo II, artículo 376, del Código Penal.

6.2.2. 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 (sí 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 alguien. La relevancia penal de esta modalidad se producirá cuando la orden ilícita cause perjuicio típico al sujeto pasivo [2].

6.2.3. El delito de abuso de autoridad requiere un acto arbitrario que el agente ejecute dolosamente contra un tercero y que sea de estimable relevancia y gravedad.

6.2.4. Los actos de control que realiza un superior en su espacio de competencia sobre un subordinado no

alcanzan la calidad típica que describe el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal. Que, en todo caso, los posibles excesos de gestión o disciplinarios tienen mecanismos administrativos de control y corrección internos y propios.

Séptimo. PRONUNCIAMIENTO DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

7.1. De la revisión de autos se advierte que el agraviado **Marco Antonio Cabrera Cabanillas** (asistente administrativo de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Nuevo Chimbote) denunció [3] a la acusada **Carmen Antonia Berrocal Gonzáles** (ex Fiscal Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Nuevo Chimbote) por abuso de autoridad al ordenarle que abra su maletín con prepotencia (fojas uno).

7.2. La citada encausada afirma que por los hechos irregulares que se venían sucediendo en la oficina de la Fiscalía, como pérdida de pruebas de diferentes investigaciones (pericia y audio), es que desconfiaba del agraviado **Marco Antonio Cabrera Cabanillas**, tal es así que en el año 2011 lo denunció, por el delito de encubrimiento real; la misma que fue declarada no ha lugar

por faltas de pruebas, conforme obra a fojas 360.

7.3. Siendo ello así, la acusada como Jefa y responsable de la Fiscalía a su cargo, al observar que el agraviado salía de la oficina con el maletín, asumiendo que aquel podría estar sustrayendo pruebas de las investigaciones que se tramitaban en dicha oficina, optó por darle el encuentro y solicitarle que abra el cierre del maletín.

7.4. Esta acción por parte de la acusada **Carmen Antonia Berrocal Gonzáles** no se puede considerar de arbitraria, ya que actuó con el ánimo de evitar la sustracción de pruebas que obran en las carpetas fiscales. Esto es, actuó en cumplimiento de uno de sus deberes como responsable de dicha documentación y ejerciendo actos de control directo para custodiarlos y evitar su pérdida.

Además, la acusada puso en conocimiento de la Junta de Fiscales los hechos acontecidos, tal como se advierte a fojas 118 y 363.

7.5. De otro lado, no existen pruebas fehacientes de la supuesta prepotencia de la acusada; que si bien los vigilantes, **Víctor Alexander Jiménez**

Gonzales y Carlos Alberto Corrales Roque, como testigos presenciales afirman ello, la acusada sostuvo que estos son los mismos que ayudaban al agraviado a sacar las pruebas del despacho fiscal, por lo cual lo vertido por ellos se debe tomar con las reservas del caso; más aún, si en el parte de ocurrencias no anotaron si hubo o no agresión física, debido a que la acusada afirmó haber sido empujada por el agraviado lo que originó que sus lentes se cayeran al suelo y se rompieran, y se ocasionara una equimosis en el antebrazo izquierdo, tal como se indica en el certificado médico legal número 002270-L, de fojas 11 7 y 267 (equimosis rojo oscuro de 2.5 x 1.0 en la región posterior y media del antebrazo izquierdo ocasionado por agente contuso).

7.6. De otro lado, para que se configure el delito de abuso de autoridad, se debe acreditar un perjuicio relevante a la parte afectada lo que no se ha acreditado en autos.

7.7. Por tanto, al no haberse acreditado el acto arbitrario ni perjuicio ocasionado al agraviado con la conducta de la encausada, procede su absolucón.

Octavo. De la revisión del expediente se advierte a fojas 124 y 125 del tomo I, documentos que corresponden a la investigación seguida contra **Noe Ñahuinlla Alata**, por delito de prevaricato en perjuicio de Wilmen Zacarías Cárdenas Martínez número ciento cinco – dos mil doce – Huancavelica, los cuales deben ser desglosados y anexados al expediente respectivo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con el artículo 425, apartado tres, literal b) del Código Procesal penal, declararon:

I. INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público.

II. CONFIRMAR la sentencia de fojas 140, del 04 de septiembre de 2015, que absolvió a **Carmen Antonia Berrocal**

González, de la acusación fiscal por el delito de abuso de autoridad, en perjuicio de **Marco Antonio Cabrera Cabanillas**.

III. ORDENARON que la presente sentencia de apelación sea leída en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal.

VI. DESGLOSAR por secretaría de la Sala Penal Superior los documentos que obran de fojas 124 y 125 y agregarlos al expediente que corresponda.

V. MANDARON que se devuelvan los ‘actuados al Tribunal de origen para los fines legales correspondientes.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

V DERECHO COMPARADO

5.1. MEXICO:

El Concepto de Abuso de Autoridad que proporciona el Diccionario Jurídico Mexicano (1994), de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: (escrito por Alvaro Bunster) La reforma de 30 de diciembre de 1982 a los delitos cometidos por servidores públicos (título XV del libro II del Código Penal Del Distrito Federal), inspirada en la divisa de la renovación moral de la sociedad, ha agrupado en las doce fracciones del artículo 215 los abusos de autoridad. Agentes de estos delitos son, desde luego, los servidores públicos investidos de autoridad, esto es, dotados de facultad de imperio, de tomar determinaciones y de imponer obediencia. A veces la ley restringe lógicamente aún más la condición de servidor público y la contrae al encargado de administrar justicia (fracción IV), al encargado de la fuerza pública (fracción V) y al encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de sanciones privativas de libertad (fracción VI).

Código Penal Federal:

CAPITULO III - Abuso de autoridad

Artículo 251:

Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

1. Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto;
2. Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare;
3. Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud;
4. Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley;
5. Cuando el encargado o elemento de una fuerza pública, requerido legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio se niegue a dárselo o retrase el mismo injustificadamente. La misma previsión se aplicará tratándose de peritos.
6. Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente;
7. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones;
8. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente.
9. Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio;
10. Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de

que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado;

11. Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación;
12. Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación;
13. Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación o la tortura, y
14. Obligar a declarar a las personas que se mencionan en el artículo 243 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, acerca de la información obtenida con motivo del desempeño de su actividad.
15. Omitir el registro de la detención correspondiente o dilatar injustificadamente poner al detenido a disposición de la autoridad correspondiente.

Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones I a V y X a XII, se le impondrá de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Igual sanción se impondrá a las personas que acepten los nombramientos, contrataciones o identificaciones a que se refieren las fracciones X a XII.

Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones VI a IX, XIII, XIV y XV, se le impondrá de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

5.2. EN ARGENTINA:

El capítulo IV del título XI del Código Penal Argentino, agrupan diversas infracciones que implican un arbitrario ejercicio de la función Pública,

desoyendo las prescripciones constitucionales o legales que la rigen. Precisamente el reproche penal consiste en el acto abusivo en sí mismo, por cuanto atenta la regularidad y legalidad de los hechos constitucionales.

Capítulo IV

Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos

ARTICULO 248. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

ARTICULO 248 bis. - Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen.

ARTICULO 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

ARTICULO 250. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

ARTICULO 251. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

ARTICULO 252. - Será reprimido con multa de pesos setecientos a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

ARTICULO 253. - Será reprimido con multa de pesos setecientos a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.

VI CONCLUSIONES

Primera: 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.

Segunda: El tipo penal de abuso de autoridad contiene dos modalidades delictivas: el abuso de autoridad mediante ejecución de un acto arbitrario y el abuso de autoridad consistente en ordenar un acto arbitrario. Se debe diferenciar la naturaleza del delito (de resultado o de mera actividad), según la modalidad delictiva que se trate. Ya que para su aplicación y sanción se encuentran muchos vacíos legales por ser un tipo penal amplio y supletorio.

Tercera: El legislador al no encontrar enmarcado algunos actos ilegales dentro de los tipos especiales de los delitos contra la Administración Pública, ha optado por tipificar el delito de Abuso de autoridad, para evitar vacíos legales, pero ocurre todo lo contrario en los procesos legales.

VII RECOMENDACIONES

Primera: Se deberá tener en cuenta, que el delito de abuso de autoridad, en cualquiera de sus modalidades, únicamente resulta punible a título de dolo (conciencia y voluntad de la realización típica). El autor, por ende, debe ordenar o cometer el acto siendo consciente de su ilegalidad y de que puede perjudicar a alguien.

Segunda: Se deberá observar que el delito de abuso de autoridad, con respecto al perjuicio puede configurarse de diversas maneras, debemos recordar que el delito de abuso de autoridad es de naturaleza eminentemente subsidiaria, por lo que será desplazado por tipos penales más específicos. Sin embargo, el legislador debería evaluar e indicar que tramites en la administración pública son sancionables y cuales son de mero trámite.

Tercero: es necesario y prudente que el legislador regule nuevamente el tipo penal donde indiquen específicamente que actos administrativos son sancionables y cuáles no. Ya que hay actos administrativos de mero trámite que se pueden solucionar en la primera instancia, debiendo ser el ámbito penal la última ratio.

VIII RESUMEN

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 este sentido el abuso de autoridad es un tipo penal subsidiario y supletorio ya que es amplio su aplicación, solo cuando los tipos penales especiales no son aplicables en algunos casos, es ahí donde entra a tallar el delito de abuso de autoridad, pero a la vez genera vacíos legales y contraposición entre normas de igual jerarquía, en este caso se tutela que los delitos no queden impunes, siendo considerado como parte de una política criminal. También para la consumación del delito de Abuso de autoridad el sujeto activo tiene que estar debidamente reconocido como funcionario público por las leyes, tiene que tener un poder decisorio y de mando, configurándose este tipo penal con las acciones de ordenar y cometer un acto arbitrario en contra de un tercero, pero es necesario precisar que el sujeto pasivo siempre es el estado y por su consecuencia un tercero (administrado), teniendo como agravantes la cobranza coactiva y de los que resulten los artículo 376 A y 376 B. Se estudia doctrina, normatividad o legislación laboral vigente y así como el análisis del derecho comparado en donde se podrá establecer diversas apreciaciones y valoraciones sobre el delito de abuso de autoridad y así establecer conclusiones y recomendaciones; bajo dicha situación se podrá analizar la casuística concreta sobre el delito de abuso de autoridad contenido en el expediente judicial que contiene sentencias de primera y segunda instancia.

IX REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima, Perú: Palestra Editores
- Bernal, J. (2000). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Bovino, A. (2005) *La libertad personal en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Argentina: *Justicia penal y derechos humanos*. Editores del Puerto.
- Creus, C. (1996). *Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA, Tomo II, 5ª edición.
- Díaz J. (2014). *El abuso de autoridad como delito de función en la legislación peruana*. Pimental, Perú: Universidad Señor de Sipán.
- Fontán, C. (1998). *Derecho Penal. Parte especial*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 14ª edición.
- Miranda, M. (2004) *Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales, con especial atención a la prisión preventiva*. Lima, Perú: APECC. *Revista de Derecho*, Año IV, N° 6.

Molina, C. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Medellín, Colombia: Diké.

Peña-Cabrera, A. (2007). *Derecho Penal. Parte general*. Lima, Perú: Rhodas.

Rojas, F. (1999). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Grijley.

Rojas, F. (1999). *Jurisprudencia penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Rojas, F. (2002). *Jurisprudencia penal y procesal penal*. Lima, Perú: Idemsa.

Soler, S. (1978). *Derecho Penal argentino*. Tomo V. Buenos Aires, Argentina: TEA, 3ª edición, 8ª reimpresión.