



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

## DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

- CONCUSIÓN
- PECULADO
- ABUSO DE AUTORIDAD

PRESENTADA POR  
IRIS MARISOL YUPANQUI CUEVA

ASESOR  
JORGE VALENCIA RODRIGUEZ

TESIS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE BACHILLER

LIMA – PERÚ

1991



**CC BY-NC-SA**

**Reconocimiento – No comercial – Compartir igual**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

# UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas



J  
2/12/91

## Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos

- Concusión
- Peculado
- Abuso de Autoridad

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE:

**BACHILLER EN DERECHO**

PRESENTADA POR:

Iris Marisol Yupanqui Cueva

Asesor: Dr. Jorge Valencia Rodríguez



En vía de  
regularización

Lima — Perú  
1991

|  |    |
|--|----|
| 2.2 El Delito de Abuso de Autoridad en el Código Penal de 1924 ..... | 49 |
| 2.2.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena ..                    | 49 |
| 2.3 El Delito de Concusión en el Código Penal de 1924 .....          | 55 |
| 2.3.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena ..                    | 55 |
| 2.4 El Delito de Peculado en el Código Penal de 1924 .....           | 60 |
| 2.4.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena ..                    | 60 |

**Capítulo Tercero : ANALISIS DEL PROYECTO DEL CODIGO  
PENAL DE 1991.**

|  |    |
|--|----|
| 3.1 Antecedentes .....   | 68 |
| 3.2 El Delito de Abuso de Autoridad en el Código Penal de 1991 ..... | 74 |
| 3.2.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena ..                    | 75 |
| 3.3 El Delito de Concusión en el Código Penal de 1991 .....          | 82 |
| 3.3.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena ..                    | 82 |
| 3.4 El Delito de Peculado en el Código Penal de 1991 .....           | 86 |
| 3.4.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena ..                    | 87 |

Capítulo Cuarto : LEGISLACION COMPARADA Y JURISPRUDENCIA

|  |     |
|--|-----|
| 4.1 Legislación Argentina .....              | 91  |
| 4.2 Legislación Colombiana .....             | 97  |
| 4.3 Jurisprudencia .....                     | 102 |
| 4.4 Casos de la Administración Pública ..... | 107 |

|                    |     |
|--------------------|-----|
| Conclusiones ..... | 109 |
|--------------------|-----|

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| Recomendaciones ..... | 113 |
|-----------------------|-----|

|                    |     |
|--------------------|-----|
| Bibliografía ..... | 115 |
|--------------------|-----|

Dedicatoria: A mi Señora Madre **Haydee** con admiración y respeto por su rectitud, a la memoria de mi Señor Padre **Hugo**, ejemplo de superación, a mi Señor esposo **Alejandro**, a mi hija **Cynthia**, a mis hermanos **Rosana, Jorge e Isabel**, que en todo momento me apoyaron.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL:

- Al Señor Doctor **Jorge Valencia Rodriguez**, Maestro y amigo por su apoyo profesional con admiración y respeto.

## INTRODUCCION

El delito cometido por funcionarios públicos ha sido materia de estudios e investigación por importantes tratadistas.

En este trabajo, es mi intención ubicar la importancia que tiene este delito dentro del amplio espectro del ámbito jurídico.

Considero importante destacar estos delitos calificados en el código penal, ya que a diario tenemos que frecuentar de una o de otra manera con estos funcionarios.

En la presente investigación se ha dividido en cuatro capítulos, esperando que en cada punto desarrollado sirva de una u otra manera a tener una visión más clara de la importancia que tienen dichos trabajadores, no solo dentro del Estado, sino también de la colectividad.

La primera parte del trabajo está destinado a buscar dentro del derecho, los antecedentes de los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

Se plantea asimismo como modo de introducción el concepto cuales son sus deberes, sus obligaciones.

Asimismo para tener una visión más completa se desarrolla los alcances, cual es la naturaleza jurídica del mencionado delito.

En el capítulo II, se trata de establecer las pretensiones doctrinarias y fundamentales del delito que

cometen los funcionarios públicos (abuso de autoridad, concusión, peculado), asimismo el tratamiento de la tipicidad y de la pena en el código penal de 1924, su sustento jurídico a cuyo efecto procuraremos analizar de manera suscrita pero clara los puntos más importantes que forman la estructura de estos delitos.

Con la finalidad de realizar un trabajo completo dentro del marco que limita el título, creemos necesario destacar la importancia del capítulo III, que está referido al análisis de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, pero dentro de las perspectivas del nuevo código penal promulgado el Decreto Legislativo 635; dentro de éste análisis hemos considerado importante destacar en primer lugar las innovaciones, ya que era necesario hacer ciertas modificaciones, ya que el código anterior regía desde hace más de sesenta años.

El último capítulo está íntegramente referido al aspecto legislativo, a guisa de complemento citaremos la legislación de algunos países americanos con el ánimo de esclarecer aún más aspectos a que esta destinado el trabajo.

# CAPITULO I

## GENERALIDADES

### 1.1 ANTECEDENTES DE LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS

En relación a los delitos cuyo examen iniciamos, es el interés público concerniente al normal funcionamiento y el prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en lo que atañe a la probidad, desinterés, capacidad, competencia,

disciplina, fidelidad, seguridad, libertad, decoro funcionales, así como el respeto debido a la voluntad del Estado en orden a determinados actos o relaciones de esa misma administración.

Por lo que, los funcionarios públicos al incumplir deberes funcionales pueden llegar a cometer delitos, o sea actos típicos antijurídicos. El indicado objeto genérico de la tutela penal en estos casos pertenecen al ámbito de los llamados anteriormente "delitos contra la administración pública, lo que contiene 2 principales categorías que son: delito cometidos por funcionarios públicos y delitos de los particulares.

Entre los delitos cometidos por funcionarios públicos, a nivel doctrinal se clasifican: el peculado (sobre casos públicos, sobre casos privados y sobre casos habidos por error), concusión y cohecho (pasivo impropio y propio) (activo propio e impropio).

Para el Derecho Romano el PECULATUS era el *furtum* (propio e impropio) de cosa perteneciente al Estado, considerado el lado del SACRILEGIUM, es decir, del *furtum* de cosa perteneciente a la divinidad. El nombre de *peculatus*, o de *peculatus*,

proviene del tiempo anterior a la introducción de la moneda, cuando el ganado (pecus) destinado a los sacrificios constituía la parte más importante del patrimonio mobiliario de la colectividad y la más fácil de transporte. Posteriormente, se entendió principalmente por peculado toda sustracción de metales o de monedas en daño del aerarium del pueblo romano o de otra caja pública, sometido a los más de las veces (aunque no necesariamente) por los magistrados o sus dependientes. La noción del peculado comprendía, no sólo el hurto en sentido propio, sino también la apropiación indebida, y particularmente la del dinero debido al erario por los funcionarios contables, en la suma resultante de la rendición de cuentas. En la noción del peculado se llegó a comprender después todo fraude cometido en daño de una caja pública, aunque no cometiese en restricción o distracción de dinero. El peculado se consideró siempre como un delito contra el Estado, y originariamente la competencia en relación a él correspondía a los QUASORES PARRIDII. Al principio se castigaba con pena capital; más tarde parece ser que se aplicaba en cambio la pena pecuniaria.

En cuanto al delito de concusión encontramos su antecedente en la Ley Silicia del Derecho Romano,

votada por iniciativa de S. Graco, que transformó la acción civil de repetición de las liberalidades o de las exacciones indebidamente recibidas por los funcionarios, en acción penal, castigando el hecho con una multa del doble de lo recibido, al igual que el hurto, y la ley Julio agravó la represión. Pero la específica y más rigurosa consideración del delito de concusión se debe a la legislación imperial. La exacción indebida, consistente en provocar la dación de utilidades, con amenaza de males al sujeto pasivo no prevista por el antiguo derecho penal y confundida después con otras acciones penales, comenzó a tratarse como delito autónomo después del Siglo II de nuestra era. Tomó el nombre de concurso, de quaterre (Sacudir; imponerse con el temor, y asumió la figura de extorsión de dádivas o de prestaciones mediante abuso de oficio).

En las costumbres romanas, originariamente, la aceptación de dádivas por parte de los funcionarios públicos era incorrecto, pero no delectuosa. Sólo en el Siglo VI de la fundación de Roma, es decir cuando se ampliaron grandemente el territorio y la administración del Estado Romano se hicieron necesarias providencias legislativas. Estas providencias fueron después recogidas en las leyes.

REPETUNDAS, que prohibían a los funcionarios públicos PECUNIAS CAPERE, dando acción contra ellos para recuperar el dinero mal recibido. En época más reciente, en la compra de los cargos pasó a ser costumbre general, las leyes se limitaron a vituperar el COHECHO, y aún cuando lo reprimieron, conminaron penas muy nuevas.

En el Perú, no obstante haber conseguido su emancipación política, no pudo emanciparse jurídicamente pues seguía vigente el Derecho castellano de facto.

Con respecto al delito de peculado y malversación, en los comienzos de la vida republicana el decreto expedido por San Martín en Diciembre de 1821 prescribió la pena de muerte expresamente para ser aplicado a los empleados de hacienda que maliciosamente faltan a su deber.

Entre los proyectos los más importantes son:

El Código Penal de Santa Cruz, para el Estado Sud-Peruano en el Título III, Capítulo VIII se refiere a los delitos de peculado o malversación describiéndolas en sus artículos 240 - 241 - 248 en la forma "de que los que roban bienes públicos o interceptan correos o hacen dono a bienes o efectos

pertenecientes al Estado o a la Iglesia, al común de los particulares y de los contrabandos".

El proyecto del Código Penal de 1859, cuya comisión estuvo presidida por Don José Simón Teja. En su sección cuarta contenía el título de "Delitos contra la Propiedad Pública" y el título primero se refiere a los delitos de malversión de caudales público, conteniendo las siguientes figuras:

Art. 238.- "El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la nación a del municipio, les diera una aplicación pública distinta de la señalada por la ley, será condenado a la suspensión del empleo de dos meses a seis meses y multa de diez al cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicado si resultase perjuicio sufrirá la suspensión del empleo".

Art. 239.- "Se sancionaba el peculado de uso, a aquellos empleados públicos que hicieron uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra".

Art. 240.- Se refería al peculado propio o sea la sustracción por el funcionario público de los bienes o caudales confiados a su administración o

custodia.

Art. 241.- Contenia otra figura de malversación que es la demora injustificada del pago.

Otro proyecto es el de la Comisión Revisora de 1862 que en la Sección Quinta comprende los "Delitos peculiares a los empleados públicos", el Art. 197 se refiere a la malversación; el Art. 196 se refiere al peculado propiamente dicho, el Art. 198 a la demora injustificada de pago.

El Código Penal de 1863, consideraba el delito de malversación de caudales públicos, en el título 9 de la Sección Quinta, en la siguiente forma:

Art. 194.- Castigaba al empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la nación, les da una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes. Es la figura de malversación.

Art. 195.- Contenia el peculado de uso.

Art.196.- Configuraba el peculado propiamente dicho.

Art. 197.- La demora injustificada de pago.

Art. 198.- Sancionaba al empleado público que

requerido por autoridad competente rehusare <sup>fuera o no en custodia</sup> entregar una cantidad o efecto depositado en una <sup>abundancia</sup> escala que sorprende hasta el espanto.

Podemos citar el Proyecto del Código Penal de H.L. <sup>N.L.</sup> Vidaurro<sup>e</sup> (1828), Presidente de la Corte Suprema de Interior del Perú, en aquellas épocas, ubica la figura del peculado entre los delitos contra la propiedad y en la siguiente forma:

Ley I.- El peculado cometido por los administradores del tesoro en cualquiera de sus ramas, tendrá por pena la pérdida del empleo, la infamia, la restitución del cuádruplo o la prisión rigurosa por diez años.

Todos estos proyectos y otros códigos extranjeros como el de Francia de 1789<sup>869</sup>, de España de 1870, y otros constituyen el Derecho Moderno. Es así que en el siglo pasado se reglamentó la penología del Peculado con un sentido más humano, por grande que fuere la cuantía de la <sup>restricción</sup> restricción, se pensaba <sup>abundancia</sup> únicamente con la <sup>restricción</sup> restricción de la libertad y resarcimiento económico del Estado, desapareciendo por completo la pena de muerte para esta clase de <sup>inspecciones</sup> inspecciones; así asume la ciencia penal en Europa <sup>realistas</sup> y justo con ella los grandes maestros pendientes

que sustituyen el antiguo régimen basado en el Tali6n para convertir la penalogia en ciencia independiente.

El C6digo Penal recientemente derogado, que data de 1924 trataba la figura del peculado como la de la malversaci6n en el Libro II, Secci6n XIV, que se refiere a los "delitos contra los deberes de funci6n y los deberes profesionales", bajo el t6tulo III cuya nominaci6n en forma general es la de peculado y consecuentemente el delito de malversaci6n, que sin embargo son figuras delictivas diferentes.

Se advierte que el C6digo citado reune una serie de delitos en la citada secci6n XIV, cuya particularidad es la de ser imputables solamente a las personas que desempe~an funciones p6blicas.

El C6digo Penal italiano tipifica como malversaci6n la apropiaci6n cometida por el funcionario o por el encargado de un servicio p6blico en provecho propio o de un tesoro, de dinero o cualquier especie mueble no perteneciente a la administraci6n p6blica.

Monzini, refiri6ndose al C6digo italiano dice:

"Es muy dudosa la oportunidad de la incriminación autónoma pero este hecho en sustancia es idéntico al constitutivo del peculado".

Respecto a la incriminación de la malversación podemos anotar dos corrientes doctrinarias la seguida por Ripelles, Riverola y Labetrit, quienes sostienen que el haberse considerado la malversación en los códigos penales no se ha hecho otra cosa que un alarde de puritanismo, sobre todo porque la personalidad criminal se suspende en el supuesto de o acreditar daño o entorpecimiento del servicio. Dicen también que la malversación no presenta caracteres de verdadera inmoralidad desde que el empleado público a otro del mismo carácter y que por último, es la forma más leve que puede revertir la malversación de caudales públicos, no siendo más que un ilícito administrativo.

Por otro lado, Sebastián Soler y Juan Ramos considera en sus apreciaciones que la tipificación de la malversación tiene por objeto evitar la irregularidad en el manejo de fondos públicos ya que la malversación supone que las sumas destinadas a gastos se les dá una diferente aplicación, siempre público y si bien no se causa una lesión de carácter patrimonial al fisco, si se lesionan

interés administrativos en cuanto no se cumplen los preceptos reguladas de la renta pública pudiéndose derivar de ello entorpecimiento y daños de todo género para la administración pública.

En realidad no se puede dejar de reconocer el grave perjuicio que se causa a la colectividad cuando los funcionarios o empleados públicos cometen malversación en algunas oportunidades por sumas bastante elevadas, ya sea influencia política o por intereses personales.

Inclusive, la Ley del Presupuesto Funcional de la República destina sumas de dinero para que se inviertan en obras concretas o específicas previendo que sólo por la ley se puedan ejecutar transferencias de partidas y si los funcionarios o empleados públicos no cumplen este precepto, deben sufrir una sanción penal, ya que aunque para el campo administrativo haya una leal y verdadera aplicación de los caudales o bienes, que se legaliza mediante actos administrativos.

## 1.2 FUNCIONARIO PUBLICO

### 1.2.1 Concepto

En la doctrina no existe uniformidad acerca del concepto jurídico de FUNCIONARIO PUBLICO. Concordamos con Villegas Basavildoso quien señala que dicha noción depende de los regimenes legales de los diversos países.(1)

Sin embargo, intentaremos dar un concepto aproximado. De modo general se ha dicho que funcionarios públicos es el que desempeña una Función Pública. Según Mayer la función pública es un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación de Derecho Pública de servirle.

GARCIA-TREVIJANO-FOS afirma que "La palabra funcionario es de las más polémicas y anfibológicas del diccionario jurídico administrativo". (2)

---

(1) Villegas Basavildoso. "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1951 T. III Tip. Edit. Argentina. Pag. 229.

(2) García-Trevijano-Fos. Tratado de Derecho administrativo. T. III Vol. I Madrid, 1970. Pag. 402.

Como personas ligadas a la estructura del Estado en su faceta dar poder, se restringe el concepto de funcionario público, por cuanto ya se exige un encuadramiento en la organización, pero limitada a que sea el Estado, y no otras entes públicas, ya que las actividades que desarrollan sean de derecho público (sometidos al Derecho Administrativo) con lo cual quedarían fuera los que estuviesen en el campo privado. Entre los autores que se acogen a este tipo de conceptos tenemos a NEZARD quien en su "Teoría Jurídica de la Función Pública" citada por Nuñez Borja, define al FUNCIONARIO como "El ciudadano que bajo una denominación cualquiera recibe libremente del Estado el poder que ejerce, de modo permanente, y para realizar actos de autoridad y concurrir en una más o menos elevada a la realización de actos materiales o intelectuales en la gestión de los negocios de una persona administrativa". (1)

Esta definición contiene 2 criterios esen-

---

(1) Nuñez Borja, Humberto. "Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo del Perú. Arequipa, 1959 Pag. 147.

ciales: el primero, referente a la permanencia que ha sido objetado, y el segundo, el poder que ejerce el Funcionario por delegación especial de la ley. Esta idea estuvo en la Constitución de 1933, cuyo artículo 1o. decía: "El poder emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y la ley establecen". Es decir que según NEZARD, el funcionario siempre está investido de autoridad, de imperium.

Como persona ligada a un ente público, pero con carácter de estabilidad que impide su cese o límite según voluntad del dador de trabajo. En este nuevo sentido, quedarían fuera una serie de personas que trabajan para la administración pública sin aquel carácter, es más, sólo los inamovibles serían funcionarios. El error está en confundir lo que es Funcionario con lo que es un tipo especial de ellos. La historia nos pone de manifiesto que la lucha por la estabilidad ha sido un constante de todos los servidores públicos pero esto no significa que antes de conseguirla no fueren tales funcionarios.

Como persona ligada por una relación de permanencia y profesionalidad a un ente público. Se caracteriza por la profesionalidad.

Como persona ligada a la administración activa, dejando fuera los otros sectores administrativos, y muy especialmente lo judicial, la enseñanza y militar. Este sentido es inadmisibles, ya que confunde el Funcionario con un tipo específico, matizado por características particulares, pero sin perder la misma condición.

Como persona perteneciente a los llamados cuerpos generales en contraposición a los especiales. Este concepto no puede admitirse. Históricamente ha existido siempre una separación entre funcionarios generales y especiales, y han sido previamente éstos los que han obtenido un status privilegiado frente a los primeros. La inamovilidad se consigue en reglamentaciones especiales, y sólo muy tardíamente y de manera especial se consigue en algunos cuerpos generales, hasta que de manera indiferenciada se proclama en el

Estatuto de 1918, con las limitaciones ya anotadas.

Bulsa señala que el elemento constitutivo del concepto jurídico de funcionario estaría en la "Delegación especial para representar la voluntad del Estado, definiendo al funcionario público como aquel que concurre a constituir y a "expresar" o "ejecutar" la voluntad del Estado de manera que trasciende los límites internos de la dependencia en la que labora. No obstante, establece una distinción entre los funcionarios que realizan actos de autoridad y los que perfeccionan actos de gestión. El funcionario de Autoridad ejercería representación invertida además del factor de "Poder", es decir, que, las declaraciones de la voluntad del Estado tienen el carácter de actos jurídicos obligatorios para los administrados, a diferencia de la manifestación de voluntad del funcionario de gestión que, desprovisto de JUS IMPERII, sólo "informa" "ejecuta" o "realiza" el negocio estatal aún cuando

mantiene la representación. (1)

Esta distinción es también compartida por BERTHELEMY pero cuestionada por la generalidad de los autores modernos quienes señalan que aún en el caso que se pudiera diferenciar entre actos de autoridad y de gestión, no se puede decir que un funcionario realiza siempre actos de autoridad y de gestión, no se puede decir que un funcionario realiza siempre actos de autoridad exclusivamente y otro sólo de actos de gestión. Un funcionario realiza en cada momento actos de autoridad y de gestión indistintamente. (2)

Bielsa, insiste, frente a estas objeciones, en su diferenciación señalando que "funcionario de gestión es el que tiene del Estado un mandato para representarlo, aunque sin autoridad sobre los administrados, por ejemplo, un apoderado del Fisco, éste obra en juicio en nombre del

---

(1) Bielsa, Rafael. "Derecho Administrativo" T. III. Pag. 31 y 48.

(2) Villegas Basavildoso. Derecho Administrativo T.III. Pag. 239.

Estado al que obliga en los límites de su mandato, más no tiene autoridad administrativa ni judicial, pero en la misma administración fiscal en la que el actúe hay funcionarios de autoridad como por ejemplo los Gerentes, Directores que pueden decidir cuestiones, reclamaciones o recursos, impartir multas y realizar inspecciones, etc., que son actos de autoridad." (1)

El elemento esencial de la Función Pública, siguiendo esta orientación, no estaría en la mayor o menor duración del servicio ni se agotaría en el concepto de "poder" sino en el de "Representación en virtud del especial encargo conferido por la ley". (2) que puede incluir el JUS IMPERII.

La determinación de la naturaleza jurídica de la relación que une al funcionario con la administración en que se halla encuadrado constituye uno de los problemas cruciales de este tema.

---

(1) Bielsa, Rafael "Derecho Administrativo" T. III.  
Pag. 48.

(2) Bielsa, Rafael "Derecho Administrativo" T. III.  
Pag. 24.

Las posturas doctrinales mantenidas al respecto se han visto tradicionalmente influidas en gran medida por 2 clases de factores: de un lado, las ideas políticas preponderantes en el momento en que se formularon, y de otro, la inclinación de los respectivos autores en favor de la administración o de sus servidores.

Así, en la época del Estado absoluto prevalecía la idea de estimar que el funcionario se encontraba en un mero estado de sumisión en relación con la administración pública, la que lo designaba por un acto de poder, revocable en cualquier momento. En cambio cuando surge el Estado de Derecho, y con él prevalece la idea de garantía de los particulares, se abre paso la teoría de la existencia de un contrato privado entre ambas partes, y como tal inalterable por cualquiera de ellos.

Ambas teorías caen en desuso conforme avanzamos en el Siglo XIX y adquiere madurez la doctrina jurídico-administrativo. Surge entonces la idea de estima que entre la administración y el funcionario existe

ciertamente un contrato, pero de carácter administrativo: El contrato de función pública. En consecuencia, los extremos de dicho contrato, como corresponde a su naturaleza administrativa, podrían ser modificados cuando así lo exigiera el interés público; pero la situación económica del funcionario habría de ser, en todo caso, respetado.

Estas ideas han sido superadas por la doctrina, pues la situación del funcionario frente a la administración es subjetiva, que tiene naturaleza legal y reglamentaria.

De esta manera, como consecuencia de ello: El funcionario tendrá respecto de la administración, en cada momento, los derechos y deberes descritos en las leyes y reglamentos que regulan su régimen jurídico, es decir, en su Estatuto.

Por tanto, tales derechos y deberes subsistieron en cuanto no se modifiquen las normas que lo establecen, modificación a la que no podrá oponerse el funcionario. El régimen establecido con carácter general en

el Estatuto de funcionario no podrá ser alterado singularmente por la administración en perjuicio o ventaja de alguna o algunos de ellos, en virtud del principio de legalidad y, en particular, por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Además el acto de nombramiento de un funcionario, según se derive de lo expuesto, no tendrá carácter de aceptación de un contrato; pero será un acto de condición, en virtud del cual se coloca al funcionario en la situación legal y reglamentaria descrita, una vez que tenga lugar la aceptación de éste, sea de forma expresa, sea de forma tácita, mediante la toma de posesión.

#### 1.2.2 DIFERENCIA CON SERVIDOR PUBLICO

Por una vía indirecta y negativa para llegar a precisar la noción de funcionario público, diciendo quienes no lo son, así:

- Hay que partir de los que sean ejercientes de funciones y servicios públicos a título personal. Están al margen del funcionario.

- Dejando fuera este tipo jurídico, hemos de descender un escalón más y llegar a lo que se denomina "servidores de los entes públicos". Acá se distinguen los servidores representativos y los servidores de la administración pública.

La doctrina y la jurisprudencia Francesas han logrado actualmente una relativa unidad de opiniones, definiendo el funcionario público como una persona que, ocupando un cargo permanente comprendido en los cuadros administrativos, participa en el funcionamiento de un servicio público.

Los funcionarios constituyen, pues sólo una parte de los individuos empleados en los servicios públicos, utilizando la terminología de JEZE, o de los agentes públicos, según la expresión de BONNARD y NOLLAND. Además de aquellos estarían los gobernantes, los auxiliares, los empleados etc.

Asimismo existen personas que prestan su concurso a la administración para el cumplimiento de sus fines propios, pero sin

estar a su servicio; son los llamados colaboradores forzosos o voluntarios.

Los conceptos no siempre predominaron en Francia. La doctrina de fines del siglo pasado se orientaba en otra dirección, admitiendo un concepto más amplio de funcionario público, que abarcaba todas las personas que, designadas por la administración, colaboraban de manera continua en la gestión de la cosa pública. En el momento actual se señala un movimiento en el mismo sentido, para extender la noción de funcionario y abarcan otras categorías de individuos al servicio de la administración.

De ahí que tenga razón WALINE cuando expresa que "la definición de funcionario puede variar según el punto de vista en que uno se coloque " y que en relación a la responsabilidad, así como a la potestad disciplinaria, la "noción de funcionario es amplio", mientras que respecto "de las ventajas de la carrera administrativa, el concepto es más restringido.

Según la opinión predominante, funcionario público son las personas que ocupan los PUBBLICI UFFICI, es decir, los titulares de los órganos en cuyo carácter expresan la voluntad de la administración para la cual actúan. Todas las demás personas que trabajan en la administración, son "dependientes no funcionarios".

La doctrina española se inclina, siguiendo la orientación del Código Penal, por un criterio amplio, definiendo el funcionario público como la persona que, designada por autoridad competente, ejerce funciones públicas. Luego, dentro del género funcionario público, se hacen diversas categorías.

Sin referencia al funcionario, la función pública significa también lo institucional y en cierto modo abstracto; así se dice "función fiscal", "función cultural", "función judicial", "función de contratación".

El servicio público es lo concreto, la

Según la opinión predominante, funcionario público son las personas que ocupan los PUBBLICI UFFICI, es decir, los titulares de los órganos en cuyo carácter expresan la voluntad de la administración para la cual actúan. Todas las demás personas que trabajan en la administración, son "dependientes no funcionarios".

La doctrina española se inclina, siguiendo la orientación del Código Penal, por un criterio amplio, definiendo el funcionario público como la persona que, designada por autoridad competente, ejerce funciones públicas. Luego, dentro del género funcionario público, se hacen diversas categorías.

Sin referencia al funcionario, la función pública significa también lo institucional y en cierto modo abstracto; así se dice "función fiscal", "función cultural", "función judicial", "función de contratación".

El servicio público es lo concreto, la

acción o pretención efectiva, real y actual.

### 1.3 DEBERES Y OBLIGACIONES DEL FUNCIONARIO PUBLICO

En la normatividad de los casos, no es posible analizar el contenido de los deberes de los funcionarios públicos, escindirlos en una serie determinada de prestaciones positivas y negativas.

Los unos y los otros están condicionados en el tiempo y en el espacio a una exigencia primaria e inmanente: el cumplimiento de la función confiada al empleado mismo, el cual a tal objeto está obligado a consagrar toda su energía y toda su actividad.

En realidad, el ejercicio de una función pública, no consiste, por regla general, en una serie de prestaciones particulares, sino que se resume en una actividad exigida por la administración pública, exigencia que para ser legítima debe necesariamente estar fundada en la ley.

No obstante la dificultad de una sistematización pulcra de los deberes que impone la función pública o el empleado público, puede aseverarse que aquellos tomen su origen en la fórmula

constitucional del juramento: "Ser fiel a la Patria y acatar la Constitución". De este principio fundamental, normal sectora de todas las obligaciones que el orden jurídico puede establecer y exigir a los funcionarios públicos se deducen todos los otros deberes, unos principales y otros accesorios. Sin pretender una clasificación sistemática puede afirmarse que el deber fundamental es el de fidelidad a la ley. Todo los otros le son conexos e inseparables y se presentan como manifestaciones específicas, esto es, como aplicaciones particulares del deber de fidelidad. En suma esto es comprensivo a los demás deberes. Es el deber supremo.

La fidelidad es y debe ser "El espíritu informador de todos los deberes: de cualquier modo que sea, es considerado como el pertinente, y en el caso rarísimo, por otra parte - en que pueda (o prevalezca) hallarse en oposición con otros deberes debe prevalecer.

En la siguiente exposición, que no tiene pretensiones sistemáticas, serán examinadas los deberes de los funcionarios públicos:

a) **El deber de fidelidad.**- que algunos autores

denominan lealtad, es el deber supremo, que el funcionario debe tener en cuenta, para el ejercicio de todas las funciones públicas. La fidelidad es un concepto esencialmente ético más que jurídico. Es ante todo un deber de sentimiento, y, por consiguiente, mientras permanezca en el interior de la conciencia no es posible sujetarlo a una valoración jurídica, pero tan pronto se manifiesta al Exterior en acciones u omisiones concretas. Estas acciones u omisiones pueden estar en contradicción con el deber de fidelidad.

El deber de fidelidad nace en el mismo momento en que el agente público presta juramento, éste constitucionalmente ha de ser previo al ejercicio de la función o del empleo. El juramento es una garantía moral de su cumplimiento.

- b) **El deber de Obediencia.**- Los deberes del inferior en el ordenamiento jerárquico de los órganos superiores respecto de los inferiores, determina la subordinación de éstos a los primeros. La subordinación implica necesariamente el deber de

obediencia. Este deber, es una aplicación específica del deber de fidelidad. Considerado desde el punto de vista de la Organización Administrativa, el deber de obediencia está necesariamente vinculado a los conceptos de jerarquía y competencia. Sin la jerarquía no puede explicarse la obediencia; es su justificación jurídica, y sin la competencia no es posible el examen de las limitaciones de ese deber.

- c) **Deber de dignidad de la Conducta.**- La circunspección en el ejercicio de la función es un deber fundamental. La dignidad de la conducta del agente público, su comportamiento irrepresible, no puede ser desestimado, la pena de disminuir el decoro de la administración pública. Se trata de una obligación de carácter moral cuyo incumplimiento lesiona grandemente el interés público. Este deber es tanto más exigible cuanto más alto es el grado del funcionario en la escala de la jerarquía. Si la conducta del agente público, en el ejercicio de sus funciones, está reñida con la moralidad o las buenas costumbres, le faltará autoridad para requerir del público

la observación de la ley y el acatamiento de las disposiciones gubernamentales y administrativas.

- d) **Deber de dedicación al Cargo.**- El deber de fidelidad, de obediencia y de dignidad de la conducta son exigibles en el mismo grado de energía a todos los agentes públicos, sean remunerados o Ad-Honorem. En cuanto al deber en examen sería una contradicción in-adjecto admitir que estos últimos no deban cumplir con el mismo celo y diligencia que las primeras obligaciones inherentes a sus respectivos cargos. Pero, como bien lo observa un autor, el deber de obediencia caracteriza específicamente al funcionario, en virtud de la profesionalidad signo distintivo que está ausente en la función ad-honorem. Es por esta razón que los agentes públicos remunerados tienen el deber inexcusable de consagración al servicio, y es excluyente, por lo tanto de la posibilidad material de desempeñar cargos distintos, esto es la acumulación de funciones.

- e) **El deber de Guardar Secreto.**- El deber de

guardar secreto puede ser considerado como un caso específico de cumplimiento normal de la función o empleo, por cuanto está limitado a los hechos o actos cuya divulgación o revelación tienen aptitud para causar perjuicio a la administración pública. La divulgación difiere de la revelación; la primera consiste en poner el hecho o el acto en conocimiento de un número indeterminado de personas; la segunda en hacerlo conocer a otro. El deber en exámen no es arbitrario o está impuesta por orden del Superior jerárquico o por la ley.

#### DERECHOS DEL FUNCIONARIO PUBLICO

La relación de función pública implica al mismo tiempo deberes y derechos. Estos últimos son denominados por algunos autores pretensiones jurídicas, esto es, derechos subjetivos y menos intereses legítimos del agente público.

Los poderes que el funcionario ejerce, la autoridad de que pueda estar investido, sus prerrogativas, no le pertenecen, pertenecen al Estado, y al hacer uso de ellos no afirma un derecho personal, cumple solamente la función que le incumbe. El funcionario

no es el sujeto de los dos derechos atribuidos al órgano-institución: es el instrumento por medio del cual el Estado los ejerce. Las ventajas del funcionario sus pretenciones jurídicas, calificados genericamente como derechos, son los concernientes a una esfera personal individual, que el derecho positivo protege en relación a la persona privada, pero no con respecto a la calidad de titular de un órgano institucional. Los funcionarios públicos tienen los siguientes derechos:

- a) **Derecho a la función.**- El denominado "Derecho" a la función tiene su origen en el acto de nombramiento.
  
- b) **Derecho al Ascenso.**- El denominado derecho al ascenso es una consecuencia lógica del "Derecho" a la carrera. La promoción en la escala jerárquica no es un derecho subjetivo del agente público. La vacante de un oficio público no genera tal derecho, desde que los cargos no han sido creados por la ley para el funcionario sino en razón del servicio. No es suficiente la existencia de vacantes para que la Administración pública tenga la obligación de cubrirlos.

En General, los ascensos están disciplinados por normas objetivas que constituyen el sistema de promociones, normas que no son uniformes. No obstante la variedad de las mismas todos ellos tienden al ascenso de los más idóneos. Esta idoneidad o capacidad en materia de promociones puede ser considerada en sentido absoluto o en sentido comparativo.

- c) **Derecho a los Honores.**- El derecho a los honores tiene el carácter social y se relaciona con la consideración debida al funcionario de acuerdo con su jerarquía. Según los doctrinarios, esos derechos se reducen a sellar con fórmulas de sumisión y respeto, la posición burocrática superior y consiste en determinados tratamientos, y excepciones de índole privilegiada.
  
- d) **Derecho al Sueldo.**- El sueldo es la contraprestación en dinero del servicio prestado por el agente. Esta remuneración pecuniaria define el carácter jurídico del sueldo, como una prestación por otra prestación.

El Estado es el acreedor del servicio; el agente el acreedor del sueldo. La retribución en dinero que éste recibe por el servicio prestado es en substancia lo que el salario en el contrato de locación de servicios del derecho privado, cuando el precio de estos, es fijado por períodos regulados.

#### 1.4 RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO PUBLICO

##### 1.4.1 ALCANCES

El funcionamiento de la administración pública debe ser tutelado por normas represivas de los hechos que pueden alterar su normalidad o el prestigio que merece. Sin esa tutela, carecía peligro la existencia misma del Estado. Exige, ésta, el desenvolvimiento regular de las múltiples instituciones que integran el complicado organismo de la administración pública. Decir que semejante normalidad interesa por igual a todos los ciudadanos, implica redundancia, formulado, como ha sido, el acierto de que los hechos que le impiden deben

reprimirse obedeciendo a una exigencia perentoria de la propia vida del Estado.

Sin embargo, ni la doctrina ni la ley radican en el Estado la objetividad jurídica de tales hechos, porque ellos no lo atacan de modo integral, sino en la regularidad funcional del mencionado organismo. El mediante, el Estado cumple su misión. Los que formen parte de la administración pública tienen a su cargo obligaciones cuyo incumplimiento origina el desquicio. Los ciudadanos, a su vez están en el deber de prestar a la administración pública, la cooperación indispensable para el desenvolvimiento de las actividades que le son propias.

Reprimir el incumplimiento de tales obligaciones, cuando de él deriven o pueden derivar perjuicios de cierta magnitud, y reprimir también la omisión, por actos positivos o negativos, del deber atribuido a los ciudadanos, en el sentido indicado, es de tal manera imprescindible que apenas ni cabe insinuarlo.

reprimirse obedeciendo a una exigencia perentoria de la propia vida del Estado.

Sin embargo, ni la doctrina ni la ley radican en el Estado la objetividad jurídica de tales hechos, porque ellos no lo atacan de modo integral, sino en la regularidad funcional del mencionado organismo. El mediante, el Estado cumple su misión. Los que formen parte de la administración pública tienen a su cargo obligaciones cuyo incumplimiento origina el desquicio. Los ciudadanos, a su vez están en el deber de prestar a la administración pública, la cooperación indispensable para el desenvolvimiento de las actividades que le son propias.

Reprimir el incumplimiento de tales obligaciones, cuando de él deriven o pueden derivar perjuicios de cierta magnitud, y reprimir también la omisión, por actos positivos o negativos, del deber atribuido a los ciudadanos, en el sentido indicado, es de tal manera imprescindible que apenas ni cabe insinuarlo.

El concepto de administración pública en la ley penal es amplio.

Es comprensivo, como dice Rocco, de la entera actividad del Estado y de los otros actos públicos, queriendo significar con ellos que por las normas relativas a los delitos contra esa administración, se tutela no sólo la actividad administrativa, en sentido estricto, técnico, sino también la actividad legislativa y judicial. En verdad -expresa- Rocco, la ley penal prevee y persigue hechos que impidan turbar al regular desenvolvimiento del Estado y de los otros entes públicos.

La administración pública realiza casi toda la actividad del Estado, y como él es una entidad jurídica - persona jurídica, privada y pública -, pero de existencia incorporal sólo puede realizar esa actividad (funcionarios y empleados); la acción de la administración pública, como acción del Estado, se traduce en actos de funcionarios. Por eso que también se dice que los funcionarios son órganos del Estado, concepto éste que difiere de aquel otro que

considera a los funcionarios simples representantes; porque el órgano puede tener función de representante. La distinción tiene importancia, a punto tal que en un caso (representación) se supone necesariamente dos entidades jurídicas distintas: el representado (Estado) y los representantes (Funcionarios), al paso que es el otro (organismo), sólo se concibe uno, la del organismo (Estado-administración), pues siendo los funcionarios sus órganos no puede considerárselos como distintos y separados del Estado, sino, y por el contrario, como sus elementos constituidos.

Se exprese esto en la idea de una entidad: la administración (organismo).

Y en ese sentido ha podido decirse que la administración tiene una voluntad y ejerce verdadera y propia actividad, realizada por sus órganos vivos (funcionarios); pero la voluntad del funcionario se expresa y determina virtualmente en la ley, y en primer término en la Constitución.

Sin embargo, dentro de la propia teoría de

la representación puede llegarse al mismo resultado; pero para ello es preciso diferenciar la representación en derecho privado, si bien ambas tienen de común que los crea y las regula la ley (aunque el vínculo entre el representante y el representado puede tener por origen un contrato).

La diferencia está en que en el derecho privado el representante puede ejercer no sólo los derechos del representado, sino también derechos propios. En el Derecho público, por el contrario, el representante no puede ejercer otros derechos que los del representado, es decir, que el funcionario sólo debe ejercer derechos y realizar intereses del Estado; claro está, que se incluyen de la representación los derechos que surgen del vínculo interno, esto es, los derechos del funcionario como tal respecto del Estado, por ejemplo, estabilidad, ascenso, sueldo, etc. los cuales no tienen relación ninguna ni con los administrados ni con los órganos de la administración; en esto no hay representación.

En suma, el funcionario público, si bien representa al Estado, en virtud de esa representación no ejerce más derechos ni gestiona más intereses que los del representado: es decir, el Estado, y siendo así se coloca en la misma línea de éste.

Ahora bien; la ley puede admitir que todos los actos que entre en la esfera normal de actividad del Estado en los que no aparece una actitud netamente personal del agente, es decir, una intencionada y grave extralimitación de la esfera administrativa, se consideran dentro de éste, y obligan al estado a indemnizar. En cierto modo es el criterio de la distinción que existe en el Sistema francés entre falta de servicio que se refuta acto o hecho de la administración pública y falta personal que es hecho del agente; por lo que lo responsabiliza civil y penalmente y lo somete a la justicia común.

En consecuencia la reponsabilidad penal del funcionario público significa que por ciertos actos descritos previamente a la ley, es posible de sanción según el Código penal vigente, el Código penal de 1924 en su

sección XIV trata sobre "delitos que específica en títulos".

I Abuso de autoridad.

II Concusión.

III Peculado

IV Corrupción de funcionarios.

V Prevaricato.

VI Denegación y retardo de justicia.

VII Delitos de empleados postales y telégrafos.

Según el Código Penal Peruano aprobado por Ley del 23 de Setiembre de 1862 la responsabilidad penal del funcionario público estuvo contemplado en la Sección V sobre "Delitos peculiares a los empleados públicos", bajo los títulos:

I De la usurpación de autoridad - Art. 166 al 167.

II De los abusos de autoridad Art. 168 al 169.

III Del prevaricato Art. 170 al 174.

- IV Del cohecho Art. 175 y 176.
  
- V Insubordinación de los empleados públicos e inexactitud en el ejercicio de sus funciones Art. 177 al 181.
  
- VI De la infidelidad en la custodia de presos Art. 182 al 184.
  
- VII De la infidelidad de la custodia de documentos Art. 185 al 189.
  
- VIII De la revelación de secretos Art. 190 al 193.
  
- IX De la malversación de caudales públicos Art. 194 al 199.
  
- X De los fraudes y exacciones Art. 200 al 205.

#### **1.4.2 Naturaleza Jurídica del Delito**

En los delitos cometidos por los funcionarios públicos, se denota un ataque o lesión a la administración pública.

Siendo la calidad de funcionario público elemento constitutivo de las figuras la oportunidad en que debe invertirse, así como las calidades que deben concurrir en él, plantean indudablemente problemas que exigen su solución.

La Ley Argentina, a diferencia de otras legislaciones no contiene una previsión específica para el delito cometido una vez que se ha cesado en el cargo o en el ejercicio de sus funciones, aunque en legislaciones que incluyen normas de ese tipo la doctrina advierte que ellas se aplican cuando el delito representa una consecuencia de las funciones ejercidas y no cuando exige la incertidumbre para su comisión.

No cabe duda que la calidad de funcionario con manejo de bienes, debe invertirse tanto al tiempo de la percepción, administración o custodia, como en el momento de la "sustracción".

En este tipo de delito es un delito de resultado pues constituye infracciones a las

normas administrativas de gestión y representación que ocasionen perjuicio, lo cual constituye un ilícito si está previamente tipificado en la ley penal. Pues todo delito es una acción típica antijurídica y culpable.

## CAPITULO II

### DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO

#### 2.1 EL BIEN JURIDICO PENALMENTE TUTELADO

En su acepción general, todo aquel que se encuentra protegido o amparado dentro de los diversos aspectos del derecho.

En el Código Penal, se emplea mucho este concepto para referirse al interés tutelado frente a la

comisión de los delitos llamándose "bien jurídico protegido" o "bien jurídico tutelado" y que, entre otros valores, puede radicar en el temor, la seguridad nacional, la propiedad, la integridad familiar etc.. El concepto adquiere indudable relieve dentro de la concepción finalista del derecho inspirado por Ihering.

En Alemania se precisa su origen a través de la obra de BIRNBAUM, que motiva una radical transformación en la concepción científica del derecho penal, reemplazando la teoría que concebía al delito como la violación de un derecho subjetivo correspondiente al lesionado. Ihering, Merkel, Von Ligzt, entre otros, consideraron que tal noción del derecho innumerables intereses tutelados por el derecho a los que no les corresponde un derecho subjetivo.

En tal virtud, preconizan que se conciba el orden jurídico con la función de garantizar los bienes o intereses humanos individuales o colectivos . Von Ligzt lo define como el "interés jurídicamente" protegido explica que cuando los intereses humanos son recepcionados por el derecho y se someten a su regulación se transforman en "bienes jurídicos".

### 2.1.1 La Constitución Política de 1979

Para la Real Academia Española es la ley fundamental de la Organización de un estado. En derecho adquieren el mismo sentido, concretándose por excelencia a las normas de mayor jerarquía dentro del esquema jurídico de un estado y que sirven como principios rectores para regular las relaciones entre poderes públicos y con ciudadanos en general, en los aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico. Estos principios rectores constituyen la columna vertebral del pensamiento jurídico, político, social y económico de los países del mundo y se van desarrollando y pormenorizando a través de las leyes y disposiciones, prevaleciendo siempre la norma constitucional sobre la legal.

A partir del 28 de Julio de 1980, rige en el Perú la nueva Constitución de 1979, promulgada por Asamblea Constituyente del 12 de Julio de 1979. Lo peculiar de esta Constitución es que fué elaborada por constituyentes elegidos durante un gobierno de facto, dentro de un clima de tensión

política e institucional, porque inclusive se trataron determinados parámetros a fin de que recogieran las llamadas "reformas estructurales" que produjo la dictadura militar, y que de un modo u otro hicieron presión sobre los constituyentes; pero la generalidad de los peruanos aceptaron esta situación tan singular dentro del derecho constitucional, porque significaba la apertura hacia el estado de Derecho que era el anhelo de las grandes mayorías.

#### 2.1.2 El Código Penal

El Código Penal es el cuerpo de las leyes dispuestos siguiendo un plan metódico y sistemático. La palabra viene del latín "codex" cuerpo de leyes. Históricamente, el código más antiguo es el código justiniano. Está generalmente aceptado que los códigos constituyen conjunto de disposiciones legales reunidos en un solo texto, para regular todo lo referente a materia penal.

El bien jurídico tutelado del código penal es que protege a los habitantes de los actos ilícitos que pueden cometer los funcionarios

públicos en la realización de sus funciones.

## 2.2 EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD EN EL CODIGO PENAL DE 1924

### 2.2.1 Tratamiento de la tipicidad y de la pena

El interés del estado por el funcionamiento normal de la administración pública puede ser ofendido, por la conducta del funcionario público o del encargado de un servicio público, que de otro modo viola los deberes inherentes al cargo o al servicio.

Y como, de parte del funcionario público esto puede ocurrir cuando, abusando de los poderes inherentes a sus funciones; cometa hechos reprobables; aunque no previstos como delito, por disposiciones legales específicas, o cuando tome interés privado en un acto de la administración pública dentro de la cual ejerce su cargo y por parte del funcionario público cuando emplee en provecho propio o ajeno.

En este delito la conducta consiste en los actos comisivos con los cuales el funcionario

público lleva a cabo un comportamiento, no clasificado especialmente en la ley penal, con abuso de autoridad inherentes a sus funciones; por ejemplo: procederes arbitrarios contra inocentes; resolución injusta de asuntos administrativos o judiciales, por favor o enemistad, etc.. Siendo pues indispensable el abuso de autoridad inherentes a las funciones, no es suficiente para constituir este delito el solo abuso de la calidad, como ocurriría si el acto del cargo no fuera por si mismo ilegítimo, sino que el abuso estuviera en las circunstancias y en las modalidades que se refiere a su actuación, por ejemplo: como amenazas, injurias etc., caso en el cual el funcionario público responde del delito constituido por tales hechos.

Se tiene propiamente abuso de poder inherente a sus funciones cuando el funcionario público ora excede los límites de su competencia, ora por obra fuera de los casos establecidos por la ley en relación con el tiempo, el lugar o las circunstancias, ora no observa las formalidades legales prescritas, ora excede sus facultades discrecionales, es decir obra

por un fin distinto de aquel para el cual se le concedió el poder discrecional.

La conducta, además debe estar dirigida a causar y a procurar a otros un perjuicio o un provecho; es decir, un daño o un beneficio distinto del que se había derivado si el acta hubiese sido conforme al deber, entendiendo por "otros" personas distintas tanto del funcionario público como de la administración pública.

Pero este comportamiento, como se ha dicho, para que pueda dar lugar a este delito, no debe estar expresamente previsto como infracción autónoma, en la Ley Penal.

El momento consumativo de este delito se tiene cuando se verifica el hecho abusivo, realizado con el fin de causar daño o un provecho, patrimonial o no patrimonial, sin que sea necesario que este se haya producido efectivamente.

El elemento psicológico de este delito lo suministra la voluntad del hecho, con el conocimiento del abuso de los poderes inherentes a las propias funciones y el fin

de causar a otro un daño o un beneficio injusto.

Incorre en delito de abuso de autoridad, el funcionario público que hace mal uso de las facultades que la ley le confiere. Este instituto tiene mucha relación con el delito de violación de los deberes de función. Según el Art. 337 del C. Penal de 1924. "El funcionario público que abusando de sus funciones ordenare 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 1ro y 3ro del Art. 27 por doble tiempo de condena.

Existe abundante jurisprudencia sobre esta materia. Incorre en delito de abuso de autoridad el juez que da una orden de allanamiento de domicilio, a mérito de una simple petición de la autoridad política, sin existir instrucción ni juicio civil ante su jurisdicción (Ejecutoria Suprema del 29 de Mayo de 1952).

"La propiedad privada está garantizada por la Constitución y ninguna autoridad, sin previo

juicio, puede despojar al poseedor un título suficiente, ni menos proceder a la destrucción del inmueble. Es infundada la excepción de naturaleza de juicio deducida en la instrucción por abuso de autoridad, si se prueba que la autoridad inculpada ordenó la destrucción de las paredes de una propiedad particular para abrir una futura calle. La autoridad Municipal no puede amparar en una Resolución Suprema que adjudica unos terrenos al Municipio, si esa adjudicación fue posterior al hecho denominado. Los daños causados no constituyen delito autónomo, porque para que se tipifique el delito de abuso de autoridad es requisito que el acto arbitrario de la autoridad ocasione perjuicio económico. Estos daños son constitutivos de abuso de autoridad" (Ejecutoria suprema del 28 de Abril de 1961). Cabe agregar que las normas sustantivas sobre el abuso de autoridad contenidos en el Código Penal Peruano, están íntimamente ligados, en lo procesal, a las normas sobre el Habeas Corpus.

Carrará, sostiene que el criterio determinante de los límites del abuso de

autoridad, es en parte positivo y en parte negativo. Es positiva dice - en cuanto requiere que se hayan cometido un abuso de autoridad lo suficiente grave como para merecer represión y no simples providencias disciplinarias.

Es negativo en cuanto requiere : 1) Que el abuso no se haya hecho con el fin de obtener el funcionario a si mismo el goce de un bien sensible; 2) Que, el hecho por si mismo no constituye delito, sino que la criminalidad emerge únicamente del abuso de los poderes conferidos por la función pública. El sujeto activo de este delito es el funcionario público, al que las legislaciones penales la definen en cada caso concreto, o en su defecto lo remiten a los conceptos propios del Derecho Administrativo. Para la Ley Peruana no hay problema en cuanto al sujeto activo, porque se comprende en su definición tanto al funcionario como al empleado público.

## 2.3 EL DELITO DE CONCUSION EN EL CODIGO PENAL DE 1924

### 2.3.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena

La concusión es la conducta del funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones contiene o induce a dar o permitir, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, a sabiendas que obra indebidamente.

Son elementos constitutivos que distinguen este delito propio, la conducta criminosa; el objeto material hacia el cual la conducta está dirigida; el resultado que consuma el delito y la voluntad de hecho.

Estos elementos se derivan de lo dispuesto por el Art. 343 que dice: "El funcionario o servidor público que abusando de su cargo percibiera con propósito de lucro, contribuciones, tasas, indemnizaciones, o emolumentos no debidos, o en cantidad que exceda la tarifa legal, será reprimido con prisión no mayor de doce años, multa de la renta de sesenta a ciento veinte días e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 3 del Art. 27 y por tiempo no menor de diez

años".

El sujeto activo puede ser solo un funcionario público que abusa de su calidad o de sus funciones. Por consiguiente, no lo puede ser un encargado de un servicio público, ni tampoco una persona que ejerza un servicio de necesidad pública que podrá cometer otro delito.

(Extorción, Estafa)

Pero sujeto activo es el funcionario público que se aprovecha de su calidad o de las funciones que tiene legítimamente y abusa de ellas para alcanzar el fin criminosos. Por esto, si el sujeto no tiene legítimamente la calidad de funcionario público y las funciones del cargo, no existe este delito porque no puede darse abuso ni de la calidad ni de sus funciones.

La conducta del sujeto activo consiste en los actos con los cuales el funcionario público, mediante abuso de su calidad o de sus funciones, induce a alguno a dar o a prometer, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad, aunque no sea en relación con actos

específicos de su cargo.

Abuso de la calidad se tiene cuando al funcionario público se vale de ella para obtener dinero o cosa no debidas.

Abuso de las funciones se tiene cuando el funcionario público se vale de su ejercicio y de su competencia, pero excediendose en los límites, para obtener cosas no debidas, o también cuando ejerce su poder discrecional en un fin distinto del que le ha conferido la ley. Sin embargo, como puede tenerse concusión con solo abuso de la calidad, y sin abuso de las funciones, es dado sostener que el delito existe aún respecto a actos que no entran dentro de la competencia funcional del oficial público, pero que son facilitadas por su calidad.

Se tiene constreñimiento cuando el funcionario público emplea injustamente coerción, o amenaza, aún implícitamente, con un mal así sea lícito, al sujeto pasivo, quien con el fin de evitarlo, da o promete dinero o cosa no debida y que de otro manera no había dado ni prometido.

El objeto material en este delito es la

persona que sufre el constreñimiento o la inducción del funcionario público, y tanto la persona que sufre directamente la acción, como la que llegado el caso soporta el daño

El resultado de este delito es la dación o la promesa, o esta, si le sigue la dación, sin actos ulteriores de constreñimiento o inducción.

La dación no solo puede tenerse mediante la recepción, sino también remitiendo los casos indebidos.

**LA PENA.**- El funcionario o servidor público que abusando de su cargo percibiera, con propósito de lucro, contribuciones, tasas, indemnizaciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que exceda a la tarifa legal, será reprimido con prisión no mayor de doce años, multa de la renta de sesenta a ciento veinte días e inhabilitación, conforme a los incisos 1o, 2o y 3o del Art. 27o, por tiempo no menor de diez años.

El funcionario o servidor público que con los contratos, suministros, licitaciones, subastas o en cualquier otra operación

semejantes, en que interviniera por razón de su cargo o por comisión especial, defraudase al Estado o a Empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o a organismos sostenidos económicamente por el Estado, concertándose con los interesados en beneficio propio o de terceros en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de doce años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1o, 2o, 3o del Artículo 27o por tiempo no menor de diez años.

El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1o, 2o y 3o del Artículo 27o, por tiempo no mayor de seis años, y multa de la renta de diez a ciento ochenta días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervinieren; y a los guardadores y

albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarios.

## 2.4 EL DELITO DE PECULADO EN EL CODIGO PENAL DE 1924

### 2.4.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena

El peculado es la apropiación o distracción voluntarias, con provecho propio o ajeno, de dinero de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público, que está en posesión de ellos por motivos de su cargo o servicio.

Son elementos constitutivos que distingue este delito: El sujeto activo, puesto que el delito es propio; la conducta criminosa, el objeto material sobre el cual recae la conducta; el resultado que consuma el delito, el dolo específica, en la hipótesis de la distracción.

Este se deduce del Art. 346 que dice: El funcionario o servidor público que se apropiare o utilizare en cualquier forma, para si o para otro, caudales o efectos cuya

percepción, administración o custodia le estuviera confiada por razón de cargo, será reprimido con penitenciaría no mayor de veinte años e inhabilitación; conforme a los incisos 1 y 3 del art. 27 por doble tiempo de condena.

La pena será de multa de diez a ciento ochenta días de renta a el delincuente, por negligencia excusable, hubiere dado ocasión a que se efectue por otra persona la sustracción de caudales o efectos.

En este delito sólo puede ser sujeto activo un funcionario público o encargado de un servicio público, que posee la cosa por razón de su cargo. El funcionario público, pasa a ser sujeto activo de este delito, debe tener:

- a) Posesión del dinero o de otra cosa mueble. La posesión debe entenderse en sentido amplio, ya que debe aceptarse que existe cuando el funcionario público o encargado del servicio público tiene el poder de disponer, mediante un acto de su competencia, del dinero o de otra cosa mueble, en conformidad con el fin para el cual les fue concedida es

decir, en conformidad con el título de su posesión y de acuerdo con los límites señalados por este título.

- b) Además, la posesión del dinero o cualquier otra cosa mueble, no puede ser por cualquier título, sino por razón de su cargo.

La posesión, pues, debe ser a causa del cargo por la existencia de una relación objetiva suya con el cargo, de modo que puede decirse que poseer el dinero en otra cosa mueble, por parte del funcionario público, es asunto que pertenece a las funciones de su cargo o a las tareas de su servicio y que, por esto, tiene la competencia, por lo menos genérica de poseer. Y esa competencia puede originarse o en un acto legislativo o en un acto administrativo, que atribuyéndoles legítimamente determinadas funciones, en forma implícita o explícita se le reconoce. También puede originarse en una costumbre que implique el reconocimiento de la competencia, o en una providencia jurisdiccional que le atribuya al cargo la facultad de poseer.



De lo contrario así como existe la razón del cargo para la posesión, cuando poseer la cosa o el dinero no entra dentro de las funciones del cargo así tampoco existe si la recepción del dinero o de otra cosa mueble tiene su origen en un acto administrativo ilegítimo en la sustancia, o en una costumbre contra legem, en una usurpación o abuso del cargo, o en dolo, o en violencia del funcionario público que ha recibido para si mismo y no para la administración pública, y no existiendo la posesión por motivo del cargo no había peculado.

La conducta con este delito consiste en los actos en los cuales el funcionario público, excede arbitrariamente los poderes cometidos en el título de su posesión y esto puede ocurrir, como lo dice expresamente la ley, o mediante actos de apropiación del dinero o de otra cosa mueble; poseidos por razón del cargo.

No tiene importancia el hecho de que el sujeto sea coposeedor con otro funcionario público.

Apropiación es la disposición del dinero o de

otra cosa mueble como dueño, uti dominus, es decir, conservándola, distribuyéndola, enajenándola, averiándola etc. con la voluntad de disponer de ella como cosa propia.

Sin embargo esta apropiación debe ser arbitraria para constituir peculado, no pueden descartarse que resulten excusados tanto por el consentimiento válido del que tiene derecho sobre el dinero o sobre la cosa sin ofensa del derecho objetivo como por la costumbre que elimina la ilegitimidad del hecho, cuando esté contenido dentro de los límites en que usualmente es tolerado por la administración pública; por ejemplo una apropiación limitada de papel de carta, de lápices etc.. Igualmente puede excusarse el caso de que un funcionario público, que debe responder, por ejemplo, solo de cantidad, retenga la suma que salda su crédito, líquido y exigible para con la administración pública. Pero no ocurrirá lo mismo si fuera deudor de especie, o si la magnitud de la apropiación fuera cubierto por la caución prestada, ya que esta no puede dar lugar a compensación.

El objeto material con los caudales o efectos pertenecientes a la administración pública y cuya posesión tiene el funcionario, por razón de su cargo. El elemento psicológico de este delito lo suministra la voluntad de la apropiación, a sabiendas de que se trata de caudales o efectos pertenecientes a la administración pública y con el fin de obtener un provecho propio o ajeno de la hipótesis de la apropiación.

Provecho es cualquier utilidad, patrimonial o no patrimonial.

No es necesario, el fin de lucro, y no tiene importancia los motivos que hayan inducidos al culpable a delinquir, lo mismo que la intención de restituir, aunque la restitución se haya ejecutado realmente.

La pena con estos delitos según el Código Penal: Art. 346 "El funcionario público que se apropiare o utilizare en cualquier forma, para sí o para otros caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia la estuviera confiada por razón de su cargo, será reprimido con penitenciaría no mayor de veinte años e inhabilitación, conforme a los

incisos 1 y 3 del Artículo 27 por doble tiempo de condena".

Cuando el funcionario público da una aplicación distinta a la señalada por la ley, a los caudales, efectos o bienes del Estado, se configura el llamado "peculado impropio" o malversación de fondos.

Autores como Peco, sostienen que el peculado constituye una de las muchas figuras del "enriquecimiento ilegítimo" de los magistrados o funcionarios.

El doctor Sánchez Viamonte, al comentar la legislación Argentina en esta materia, dice que el enriquecimiento indebido o ilícito de los funcionarios escapa hoy al círculo cerrado de las calificaciones jurídicas tradicionales y usuales; el peculado puede no ser concusión propiamente dicha, ni exacción, ni malversación, ni cohecho y esto lo han demostrado y siguen demostrándose los tiranuelos de nuestra América. En el lenguaje vulgar - dice - Sánchez Viamonte - se emplea el calificativo de "negociado" para cualquier negocio ilícito efectuado desde la función

pública o con la complicidad de los funcionarios públicos.

El tiempo en que vivimos demuestra que se pueden hacer grandes negocios en nombre del Estado y beneficiarse con ellos indebidamente delictuoso. Y agrega además la "coima" es una institución común a todos los países del mundo y por desgracia muchos funcionarios de nuestra América Latina que gestionan negocios en Europa o Estados Unidos en nombre de sus respectivos Estados, tienen forma de recibirla desaprensivamente y en forma tan regular que los comerciantes e industriales vendedores tienen ya su contabilidad establecida en ese sentido con el nombre de "comisión" que la agudeza popular a convertido humorísticamente en "Coimisión".

## CAPITULO III

### ANALISIS DEL PROYECTO DEL CODIGO PENAL DE 1991

#### 3.1 ANTECEDENTES

El nuevo código ha sido promulgado por el Presidente Alberto Fujimori Fujimori mediante el Decreto Legislativo 635, de fecha 3 de Abril de 1991, con interesantes novedades, algunas de ellas relacionadas con el quehacer informático de nuestro

país.

Con la promulgación del nuevo código penal, se ha dado un primer paso en la modernización del derecho penal en el país; y es necesario destacar que se ha mantenido el criterio de promulgar también el código de procedimiento penales, casi al mismo tiempo, entendiéndose que se trata de normas que son inseparables. De este modo no se ha repetido el error en que se incurrió al promulgar el código civil, que rige desde hace siete años sin una norma procesal actualizada.

El código reemplaza a una norma vigente por poco más de medio siglo de 1924, que en la actualidad, el país viene atravesando por una situación de extrema crisis y violencia generalizada que agudiza de manera alarmante por lo que urgía la reforma penal de acuerdo a las recientes orientaciones del derecho punitivo y a los avances de la ciencia. Al mismo tiempo por el aumento de la delincuencia y la necesidad de frenarla y castigarla a través de una correcta administración judicial se tornaba más imperativa la reforma, ya que el anterior código de 1924 no estaba acorde en el nuevo tiempo que se vivía.

Sin embargo, en lo que tenía de positivo el anterior sirvió de base elemental para la elaboración del

vigente.

Los miembros de la comisión especial encargada en elaborar el nuevo código penal, admitieron que el instrumento legal tiene algunas deficiencias y que se requieren discusiones sobre estos temas, pero que eso no justifica la postergación de la aplicación del mismo.

Hasta hace poco la tendencia era la de hacer una reforma parcial del código penal, pero desde el año de 1979 con la promulgación de la Constitución política del estado, se entendió que habrá el momento de afrontar la reforma total del ordenamiento jurídico punitiva.

El código penal persigue concretar los postulados de la Norma política criminal, sentando la premisa que el derecho penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho.

Este código penal al referirse al tema en investigación lo tipifica el capítulo II, delitos cometidos por funcionarios públicos, del título XVIII, delitos contra la administración pública, del libro segundo, parte especial del mencionado código. En lo que respecta al mencionado delito en si no hay innovaciones, pero si debemos destacar algunas modificaciones en las penas, una de las reformas

centrales del nuevo código penal es la que se refiere a las consecuencias jurídicas del delito y particularmente, al sistema de penas; ellas es casi con certeza la innovación más importante de la parte general del código penal.

La reestructuración de nuestro sistema de penas responde a las directrices política-criminales que animan la reforma del derecho penal contemporáneo.

Es también una necesidad que resulta del fracaso del sistema en su versión clásico: la realidad penitenciaria nos demuestra el revés sufrido por las penas privativas de la libertad, como consecuencia jurídica natural de la comisión ilícito penal, así como sus efectos reasocializadores. Es la misma exposición de motivos reconoce la potencia criminógena de la prisión. Y es que, conforme lo demuestra la realidad carcelaria, el interno termina adaptándose al régimen de vida imperante en las cárceles (proceso de desculturación y prisonización).

No obstante dicho cuestionamiento la pena privativa de libertad continúa siendo la columna sobre la que reposa el sistema. El legislador entiende que ella "mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionables graves". Aunque la persistencia de la privación de la libertad

ambulatoria como espina dorsal del sistema de penas no invalida al caracter innovador atribuido, en todo caso resalta sus límites.

Se prevé la unificación de las penas privativas de libertad. Es decir, se prime la diferenciación legal propuesta en el código penal derogado (internamiento, penitenciaria, relegación y prisión), la misma que en casi 70 años conoció de un solo modelo de ejecución y un régimen penitenciario similar. A pesar de la distinta concepción de cada una de las penas referidas el daño penal ocasionado con la privación de la libertad fue el mismo.

Esta reforma acoge la propuesta del proyecto alternativo alemán concretada en el código penal de 1975. Otras legislaciones penales tanto europeas como americanas han realizado también la unificación de sus penas. Sin embargo es justo reconocer que la idea de la unificación de las penas privativas de libertad se remonta al siglo pasado.

Se fija como máximo de pena aplicable los 25 años. El mínimo es de 2 días. El código penal de 1924 consideraba la figura de internamiento absolutamente indeterminado más de un mínimo de 25 años.

Ahora bien, si en el estado de derecho la pena debe cumplir una función (Art. 234 de la Constitución política, Artículo IX del título preliminar del

Código Penal) surge el siguiente interrogante:

¿ A cuantos años debe extenderse la ejecución de la pena para que el interno sea reasocializado ? en todo caso ¿ Cuál ha sido el criterio empleado por el legislador para determinar el limite máximo socialmente adecuado de privación de la libertad ambulatoria ?.

De acuerdo con las exigencias de la moderna política criminal sostenemos que la legislación debe orientarse hacia la reducción del limite máximo de la pena privativa de libertad a los 15 años. Dicha reducción importaría, desde el estado, asumir que la pena cumple realmente una función preventiva.

La privación de la libertad ambulatoria que excede de dicho periodo, ciertamente, causa un grave deterioro en la personalidad del interno y lo desocializa.

En cuanto al limite mínimo de pena privativa de libertad aplicable, creemos que las sentencias condenatorias menores de los 6 meses o a un año no deben ejecutarse.

Es también un principio de la moderna política criminal la eliminación de la pena privativa de libertad de corta duración.

### 3.2 EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD EN EL CODIGO PENAL DE 1991

Al igual que el código de 1924, este código tampoco define el delito de abuso de autoridad.

Junto con la violencia, el fraude y la injuria como grandes medios genéricos de comisión de los más variados delitos, puede contarse el abuso de autoridad. Muchos son, en efecto, los delitos que lo contienen, pero que al lesionar también otros bienes jurídicos además del puro interés en la regularidad y legalidad misma del acto, adquieren una fisonomía propia y mayor gravedad. El prevaricato, la concepción, la malversación, el allanamiento de morada y muchos otros, son hechos todos ellos que presuponen la extralimitación de un funcionario público; en una palabra: abuso de autoridad.

Pero el interés de un estado políticamente ordenado en el cumplimiento regular y legal de los actos de autoridad es tan acentuado, que aún 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 insitos en el orden jurídico como tal, en cuanto el cumplimiento irregular y abusivo de los actos de autoridad puede determinar graves trastornos e inducir a toda clase de males. Por eso, el concepto genérico de abuso de autoridad

debe ser determinado a un tiempo. Por notas positivas y notas negativas según la enseñanza de Carrara: "eliminad la venalidad - dice y suponer el abuso de un poder público a daño del derecho de otro sin que esta lesión del derecho constituya por sí misma un delito y tendreis el criterio constante del abuso de autoridad innanimado".

### 3.2.1 El tratamiento de la Tipicidad y de la Pena

El nuevo código penal, no se limita a la enunciación de esta figura genérica y subsidiaria, sino que con respecto a ella traza varias figuras, unas menores y otros más graves que la figura básica y también coloca otras transgresiones que responden a un tipo distinto. Las figuras son:

- Abuso genérico de autoridad (Art. 376).
- Omisión de deberes (Art. 377).
- Denegación de auxilio (Art. 378).
- Requerimiento de fuerza contra el cumplimiento de actos legítimos de autoridad (Art. 379).
- Abandono de cargo e incitación al abandono colectivo (Art. 380).
- Nombramientos ilegales (Art. 381).

Art. 376 - "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 la libertad no mayor de dos años".

El sujeto activo debe ser necesariamente un funcionario público, sin perjuicio de la participación accesoria de particulares, de acuerdo con los principios generales de la autoría.

El sujeto pasivo de este delito es naturalmente el Estado, como titular del interés violado; pero ello no excluye que un particular tenga el carácter de perjudicado. Para comprender dentro del sistema de nuestra ley el abuso de autoridad se hace necesario hacer algunas distinciones.

En primer lugar, el abuso no consiste en el puro cumplimiento de un acto que sería jurídicamente correcto si fuera ejecutado por el órgano competente. El exceso funcional constituye usurpación de autoridad, según queda establecido por el sistema adoptado.

Art. 377 - "El funcionario público que, ilegalmente omite, rehusa o retarda algún

acto de su cargo será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días de multa".

Este artículo contiene el abuso de omiso, es indudable que el presente artículo debe acordarsele un contenido diferente.

En este caso, la omisión no debe tener el poder de crear una situación de abuso, es decir una ilegalidad referible una situación definida y prevista en concreto.

Este artículo tutela pura y simplemente el desenvolvimiento normal y diligente de la administración, para lo cual se castiga la injuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos, aunque no se trate de actos de autoridad en sentido estricto.

Este incumplimiento debe referirse a los actos de la función es decir, a los actos que son el contenido de la función y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria: faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario. Para que este tipo de faltas constituya delito es preciso que concreten una efectiva omisión: el secretario se retira antes de tiempo para

no recibir y cargar un pedido urgente. Esta omisión debe ser ilegalmente cometida.

Art. 378 - El policía que rehusa, omite o retarda sin causa justificada, la prestación de auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos años ni mayor de cuatro años.

Debe por tanto mediar un requerimiento formal de apoyo para un acto determinado. Este requerimiento legal para el requerido cuando es hecho por la autoridad civil competente en las formas procesalmente correctas, de acuerdo con la situación correcta.

No es necesario la forma esenta: si un detenido se fuga de la secretaría, el agente de vigilancia debe prestar inmediatamente colaboración, al ser requeridos.

Tampoco es preciso que el pedido de auxilio "consigne los datos suficientes para conocer los actos que han de llevarse a cabo, el motivo, la oportunidad, contra quien y en que

sitio".

El hecho del requerimiento reviste de carácter de una orden, por lo cual este delito tiene también semejanza con la resistencia, como desobediencia calificada. La diferencia se basa en que este caso el contenido de la orden consiste en prestar el auxilio para la ejecución de una medida legal tomada por la autoridad civil de manera que además de la desobediencia, ya en sí punible, se pone el riesgo de frustrar a un acto de autoridad. Puede presentar también la forma de negación de auxilio de un agente a otro agente de la fuerza.

Art. 379 - "El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u ordenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".

Esta forma delictiva tiene relación evidente con el atentado y la resistencia, de los cuales viene a constituir una figura especialmente calificada.

El hecho consiste en requerirse la asistencia

de la fuerza, esto es, en el simple hecho de pedirla. No se requiere que la resistencia u oposición violenta se haya efectivamente producido o que el acto de autoridad se haya frustrado.

En cuanto a la legalidad de la orden, rigen los principios explicados para el delito de resistencia.

Art. 380 - El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.

El abandono de la función pública, en cuanto genera daños a la administración, es punible por este artículo independientemente de los hechos, concretos de omisión de deberes que la ley castiga. Aquí se trata del abandono total de la función.

El delito requiere la existencia de daño en el servicio público. En este sentido debe

distinguirse la situación de algunos cargos que tienen reemplazante legal preestablecido en forma concreta. La apreciación del daño debe hacerse tomando en cuenta la eficiencia ordinaria del servicio administrativo con relación a los actos de administración que debe cumplir. Con ese criterio también deberá determinarse cuando la inasistencia o el incumplimiento constituyen abandono. Para ello se requiere cierta duración cuando el abandono es hecho sin presentación de renuncia. Cuando media renuncia, el abandono está constituido por el hecho de retirarse con el propósito de dejación.

Art. 381 - "El funcionario público que hace un nombramiento para el cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena".

El delito consiste en poner o nombrar, de acuerdo con el procedimiento establecido para cada caso: propuestas de jueces por el

poder ejecutivo.

El propuesto debe carecer de calidades legalmente requeridas (edad, nacionalidad, título). No se refiere la ley a la carencia de capacidad de hecho, pero claro está que debe considerarse comprendida la incapacidad de derecho. (inhabilitación)

El delito se consuma por la mera proposición, esto tan pronto como se ha cumplido legalmente el acto procesal administrativo que constituye oficialmente propuesta. Las recomendaciones no bastan; como tampoco las consultas ni los actos del consultado.

### **3.3 EL DELITO DE CONCUSION EN EL CODIGO PENAL DE 1991**

La ley prevé como calificante el empleo de ciertos medios que corresponden a la idea tradicional de la concusión; esto es, ejecutado mediante medios coactivos que ván más allá del puro temor genérico a la autoridad.

#### **3.3.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena**

El código tampoco define, pero la doctrina establece que es el aprovechamiento que hace el funcionario público de su cargo,

utilizando para esto el apremio o la coacción psíquica, para que una persona le entregue dinero de otro beneficio de orden material o moral es decir con fines de lucro.

El código penal lo tipifica el delito de peculado en los Artículos 382 al 386.

El sujeto activo en este delito los funcionarios públicos a excepción del Art. 386, que establece que puede cometer el delito de concusión los peritos, arbitros, y contadores particulares, respecto de los bienes sea por la acción adjudicación o participación intervienen.

Los elementos constitutivos del delito de concusión son los siguientes: la existencia de un funcionario público en ejercicio; abuso del cargo por el mismo; empleo de constreñimiento; voluntad criminal (puede ser de dos formas: abuso de autoridad con propio beneficio y de autoridad en provecho de un tercero allegado).

El Art.383 - establece: El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con

pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

En este sentido, no puede decirse que nuestra exacción sea solamente una extorsión mediante abuso de autoridad, también había exacción en el caso en que se invoquen falsas ordenes, que en vez de determinar a la acción, opere el mecanismo propio del error, haciendo creer al particular que no tiene más remedio que pagar, como ocurre cuando se invoca un mandato judicial. No es necesario que el particular, en este caso, pague por temor a otras arbitrariedades de la supuesta autoridad judicial; basta que pague por obediencia y acatamiento a la autoridad judicial.

El concepto de exigencia debe aquí juzgarse más amplio, porque la concusión supone que el sujeto es efectivamente funcionario público, de modo que se presenta ante el particular dotado del prestigio de ciertos poderes no del todo claros para la víctima precisamente cuando el funcionario comete abuso valiéndose de la órbita de su función, no se sabe nunca con precisión que es lo que puede hacer. Depende, por lo tanto, de las circunstancias

fijar ese limite.

Art. 382 - El funcionario público o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

La expresión obliga pareciera imponer un giro especial a la figura básica, de manera que para que exista concusión sería necesario que la victima hubiere en todo caso pagado algo que suponía destinado al estado y que no mediando ese error, no se podría hablar de concusión. Ese es el criterio para algunos autores que comentan leyes distintas; pero debe tenerse presente que para ello, cuando se induce en error al contribuyente de manera que éste crea pagar al fisco lo que en realidad entrega al funcionario.

Ello no obstante, insistimos en crear que teóricamente es un criterio falaz el de basar la figura de la concusión en las distintas suposiciones que haga la victima acerca del destinatario de la exacción. Claro que esta

debe ser impuesta en nombre de la autoridad con el objeto de una contribución; pero por lo mismo que se trata de una manera arbitraria, en la que lo exigido es indebido y el pago se hace por temor, resultado casi contradictorio y en el fondo derogatorio de la figura de concusión la exigencia de un requisito por el cual resulta que el particular creería pagar al estado algo indebido, por temor a la autoridad, cuya función debería ser en tal caso precisamente la de ampararlo. Es evidente que para determinar el pago; será preciso suponer de parte del funcionario una conducta muy distinta a la de amparar al ciudadano.

#### 3.4 EL DELITO DE PECULADO EN EL CODIGO PENAL DE 1991

La figura tradicional del peculado está tipificado en el nuevo código penal en los Artículos 387 al 392.

Este delito viene a ser la apropiación por parte de un funcionario público de los caudales que tiene a su cargo, puede ser para beneficio propio o de tercero.

### 3.4.1 Tratamiento de la Tipicidad y de la Pena

Art. 387- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro caudales o efectos, cuya percepción administración o custodia le están confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años .

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

El presupuesto característico de este delito coincide con el abuso de confianza; con la diferencia que en el presunto caso las funciones de custodia derivan de una situación oficial o legalmente definidas los bienes son confiados por la razón misma del cargo.

En cierto sentido puede decirse que el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario

público, en contra del estado. Como propietario o guardian de ciertos bienes y con abuso de función.

En consecuencia, no basta que los bienes estén al alcance del funcionario para que la sustracción constituya peculado.

Art. 388 - El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública o que se hallen bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años .

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o de sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

Esta disposición se refiere exclusivamente a bienes materiales del estado (instrumentos), que están al servicio del mismo, y estos no pueden por ningún motivo ser dispuesto para fines privados de los funcionarios ya que

muchas veces aprovechándose de su cargo disponen de estas maquinarias para beneficio particular o de terceros, esto es lamentable, ya que muchas obras o actividades se paralizan o se avanzan con lentitud debido a la mala administración.

Art. 389 - El funcionario o servidor público que da el dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinadas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.

Es evidente, en efecto que cuando se trate de fondos particularmente de dinero que se encuentra en caja, el peculado queda consumado tan pronto como aquel ha sido incorporado al propio patrimonio.

En estos casos el concepto de peculado es muy simple -consiste en extraer lo que en caja está, en impedir que ingrese lo que como funcionario se recibe para hacer ingresar; finalmente el emplear fondos en uso privado. Basta pues, comprometer el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del

Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad.

Por eso puede afirmarse que la sustracción de dinero consume siempre el peculado, aún cuando sea hecha con propósitos de restitución y aunque efectivamente se les restituya. Lo importante en esos casos es haber empeorado la situación del dinero desde el punto de vista de sus riesgos.

Art. 390 - El funcionario o servidor público que teniendo fondos expeditos, demora injustificablemente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La aplicación de esta figura está subordinada al hecho de que no sea aplicable ninguna de las figuras de malversación y peculado.

Si se observa el monto de la pena y la relación de esta figura con los capítulos, se advertirá que en este caso se castiga una infracción que solo muy indirectamente puede perjudicar el patrimonio del estado por las posibles demoras en el cumplimiento de obligaciones reconocidas y de pago resuelto.

## CAPITULO IV

### LEGISLACION COMPARADA Y JURISPRUDENCIA

#### 4.1 LEGISLACION ARGENTINA

La Ley Fundamental, en esta materia, no es una expresión de técnica jurídica. Su terminología al respecto es defectuosa. Usa indistintamente los vocablos funciones públicas, empleado, empleos, funciones, funcionario público, cargos, autoridad,

sin que sea posible una discriminación científica de los mismos. Pareciera de su contexto que hubiese querido establecer una diferenciación entre empleos y funciones públicas, al prescribir que nadie puede ejercerlos, sean civiles o militares, si previamente no jura ser fiel a la patria y acatar la Constitución (Art. 32, 2o ap.). Esta cláusula se refiere expresamente a funciones y empleos públicos, y si bien es cierto que en otros preceptos se hace uso promiscuo de esas dicciones, es de anotar que la disposición en cuestión ha sido introducida por la reforma de 1949.

El exámen de los textos de la Ley Fundamental permite deducir que la expresión funcionario público no se contrae únicamente al orden administrativo, desde que, por una parte, el artículo 83, inciso 10, confiere al órgano presidencial la facultad de nombrar y remover los empleados de la administración federal, y, por la otra, el artículo 94 confiere a la Corte Suprema de Justicia el nombramiento de sus empleados. No obstante que la Constitución no establece precepto alguno que confiera a las cámaras del Congreso la facultad de nombrar a sus empleados y funcionarios, esa facultad está implícita no solo en virtud de la invariable tradición patria y el derecho

parlamentario, sino especialmente por el texto del artículo 59, que prescribe la potestad de cada una de las cámaras del Congreso para dictar su propio reglamento. Además el principio de la separación funcional de los órganos del Estado exige esa facultad, en cuyo ejercicio ninguna de aquellas puede estar subordinada a otro de los "poderes" estatales. En su consecuencia, dentro del sistema constitucional argentino la expresión funcionario y empleado público son de aplicación al orden legislativo, administrativo y judicial.

El vocablo autoridad, usado en los artículos 3°, 6°, 14, 18 y 34 de la Constitución, se refiere a los órganos institucionales del Estado (supra, 159. 1a) en quienes están investidos los "poderes" legislativo, ejecutivo y judicial (Arts. 41, 75 y 89). En realidad, se trata de órganos políticos, y, por ende, gobernantes. Desde un punto estrictamente técnico jurídico no existe sinonimia entre autoridad y funcionario. Todo titular de órgano institucional, en los casos de los artículos mencionados, es funcionario, pero no todo funcionario es autoridad.

El vocablo cargo, usado en los artículos 60, 78, 81 y 93 de la Constitución, se refiere a empleo. Estas

cláusulas son atinentes a la toma de posesión del órgano institucional, para la cual se exige, como condición previa del juramento. En estos textos los términos cargos y empleos son sinónimos.

**A. En el Código Civil.**- Este cuerpo legal al establecer el régimen legal de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos (lib. II, sec. II, tít. IX), (responsabilidad civil), se refiere a "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas" (art. 1112). ¿Este texto, es excluyente de los empleados públicos? Según la opinión del codificador expresada en la correspondiente nota el término funcionario público comprende a "todos los empleados en la administración del Estado".

Entiende SALVAT que la palabra funcionario público tiene una acepción genérica; no se limita al funcionario sino que abarca a toda clase de funcionarios o empleados al servicio del Estado. Este autor considera que el artículo 1112 es aplicable a los funcionarios y empleados del orden administrativo y judicial. Por su parte BIELSA, si bien admite el significado genérico del término

funcionario, comprensivo también de empleado, lo refiere "al que presta servicios a la administración pública". En suma, el vocablo funcionario público está usado por el legislador no en su sentido específico; comprende asimismo al empleado público, no existiendo razón alguna para limitarlo a las órdenes administrativa y judicial, él alcanza también al orden legislativo. La regla del artículo en exámen es aplicable a todo funcionario o empleado administrativo legislativo y judicial.

**B. En el Código Penal.-** El Código Penal (lib. I, tit. XII) en su artículo 77 dice: "Por los términos funcionario público y empleado público, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección o por nombramiento de autoridad competente".

Como ya se tiene expresado (supra, 29. F), está definitivo no está libre de reparos. En primer lugar, los conceptos de función pública y autoridad se prestan a distintas interpretaciones que hacen imprecisa la correcta aplicación de la norma penal. Además, el cuerpo legal citado, en el artículo 240 instituye otra clase de funcionario no previsto en

la definición cuestionada, pues reviste de la calidad de tal al individuo que trata de aprehender o ha aprehendido a un delincuente en flagrante delito, si bien es cierto a los únicos efectos de los delitos de atentado y resistencia a la autoridad.

Se ha observado que los términos accidental y permanente empleados en la definición comentada contienen una deficiencia de carácter lógico, por cuanto lo accidental no es lo opuesto a permanente. La redacción para estar ajustada a los cánones del idioma debió usar la palabra transitorio o temporario. Lo accidental, que es lo casual o contingente, no tiene relación lógica con lo permanente, desde que se refiere no a la duración sino "al nexum de casualidad".

Es de advertir que la Ley Penal es la tipificación de los delitos contra la administración pública (lib. II, tít. XI) hace uso solamente de la palabra funcionario. La de empleado figura, como una excepción, en el artículo 173, inciso 10. Esta acepción que pudo ser evitada fácilmente obedece a sus fuentes originarias - el Proyecto Tejedor y el Código español, art. 548, 4° - que se utilizaron sin tener en cuenta que en todos los demás

artículos la locución empleado público ha sido eliminada por la de funcionario público.

Así pues, para el Código Penal los conceptos de funcionario público y empleado público son sinónimos. Esta afirmación se comprueba en virtud de la responsabilidad penal es indiferente la calidad jurídica de funcionario o empleado. Es suficiente que el individuo participe del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, que puede ser legislativa, administrativa o judicial, para que esté investido del status de funcionario o de empleado.

#### 4.2 LEGISLACION COLOMBIANA

Considéranse que atentan contra la administración Pública los delitos que impiden o perturban la Organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto concierne a la Ley penal Colombiana, el concepto de Administración Pública debe entenderse en sentido lato, ya que abarca tanto su organización en sentido subjetivo, como su actividad pública; que puede ser de administración,

de legislación y de jurisdicción. De ahí que su concepto no deba limitarse a su organización y a su actividad en sentido propio y restringido. Pero de la protección penal que prestan las normas previstas en el Título II. del Libro Segundo, del Código Penal, están excluidos tanto las ofensas hecho a los Organos Constitucionales, como los referentes en la actividad específica de la Administración de Justicia, los cuales a causa de su primacía se toman en consideración, respectivamente en los Títulos I y III del mencionado libro del Código Penal.

Teniendo en cuenta estas limitaciones y también la definición dada de administración pública, se puede determinar el interés protegido por las normas consagradas en el título II, que es el interés del Estado por la Organización y el funcionamiento normal de sus Organos Públicos en sus diferentes actividades.

El funcionamiento normal de la Administración Pública entendida en el sentido a que antes se hizo alusión, puede ser impedido o perturbado tanto por obra de los funcionarios públicos o de personas que prestan servicio de necesidad pública o que tienen otra calidad, como por personas particulares. Por

este motivo el Código Penal divide en título II del libro II en dos capítulos que comprenden respectivamente:

- a) Los delitos de los funcionarios públicos (o de personas encargadas de servicios públicos o que prestan servicios de necesidad pública o que tienen otra calidad, contra la administración pública. (Capítulo I).
  
- b) De los delitos de los partidarios contra la Administración Pública. (Capítulo II).  
Lo que nosotros veremos son los delitos comprendidos en el Capítulo I.

Los delitos previstos en el Capítulo I, a excepción del previsto en el artículo 322, son propios o exclusivos, ya que sólo pueden ser cometidos por sujetos que tienen determinada calidad de derecho público (por ejemplo un funcionario público; un encargado de un servicio público, o una persona que desempeña un servicio de necesidad pública) o de derecho privado (por ejemplo un depositario, un propietario) o también otra calidad particular (por ejemplo un militar, un agente de la fuerza pública).

Dice el artículo 357 "En cuanto mira a la ley penal, son funcionarios públicos:

- 1) Los empleados del Estado o de otra entidad pública que ejerzan, de modo permanente o temporal, alguna función pública, legislativa, administrativa o judicial.
- 2) Cualquier otra persona que ejerzan, permanente o temporalmente, de modo gratuito o remunerado de manera voluntaria u obligatoria, alguna función pública, legislativa, administrativa o judicial.

Y el Art. 358 agrega: "Para los efectos de la ley penal, son personas encargadas de un servicio público:

- 1) Los particulares que ejerzan profesiones forenses o sanitarios u otras profesiones cuyo ejercicio está prohibido por la ley sin una especial autorización del Estado, cuando el público está obligado por la ley a valerse de sus servicios.

2) Los particulares que, sin ejercer ninguna función pública y sin cumplir ningún servicio público, presten algún servicio, declarado de necesidad pública mediante una decisión de administración pública".

Estos delitos previstos en el capítulo I de este título se pueden clasificar en varios grupos, teniendo en cuenta la clase de la ofensa al interés penalmente protegido, inferida por parte del sujeto calificado. En efecto tal violación puede efectuarse:

a) Mediante apropiación de casos (art. 314-316).

b) Mediante constreñimiento o inducción a dar o prometer cosas (art. 317).

c) Mediante recepción o aceptación de promesas de casos (art. 318, 320, párrafo segundo y 321).

d) Mediante abuso del cargo (Art. 323-327).

e) Mediante incumplimiento de funciones (art. 328, 329).

f) Mediante interrupción de la continuidad de las funciones (art. 330 -

333).

g) Mediante violación de los deberes de depositario o secuestro (art. 334 - 335).

#### 4.3 JURISPRUDENCIA

##### 1.- Ejecutoria 23 de Julio de 1937.

Toda persona que se considera desunida de sus derechos por un abuso de autoridad, está facultada, para recurrir al Poder Judicial ejercitando el recurso de Habeas Corpus. Si se afirma que ha habido violación de las garantías Constitucionales en las medidas adoptadas por un Municipio en la imposición de una multa, el tribunal debe, antes de resolver el recurso, comprobar la verdad de dichas afirmaciones.

##### 2.- Ejecutoria del 25 de Marzo de 1943.

Estando de manifiesto la intervención de un funcionario en actos delictuosos que dieron lugar a su enjuiciamiento penal, no pierde el retiro de la acusación formulada en el juicio oral.

##### 3.- Ejecutoria del 20 de Octubre de 1948.

"Los empleados de la Caja de Depósitos y

Consignaciones que se apropian de bienes de esa institución, no cometen delito de peculado, sino de apropiación ilícita.

**4.- Ejecutoria del 22 de Noviembre de 1949.**

Tratándose del delito de peculado no procede la suspensión condicional de la pena.

**5.- Ejecutoria del 17 de Noviembre de 1951.**

"No comete el delito de peculado, sino de apropiación ilícita, el recaudador o cobrador de rentas de un Consejo Municipal que dispone indebidamente de la Cobranza que le encomienda el Tesoro Municipal".

**6.- Ejecutoria del 08 de Octubre de 1952.**

El delito de corrupción de Funcionarios por su naturaleza no es susceptible de esclarecerse previamente, ni en otra vía que no sea la penal. Las alegaciones de irresponsabilidad no pueden resolverse mediante la interposición de una cuestión prejudicial".

**7.- Ejecutoria del 11 de Mayo de 1956.**

"Quien al ser sorprendido por la policía

ejerciendo ilegalmente la medicina le ofrece dinero para no ser detenido perpetra, además, el delito de corrupción de funcionarios".

**8.- Ejecutoria del 22 de Mayo de 1961.**

El delito de concusión se configura con la percepción ilegítima de dinero como consecuencia del ejercicio de una función pública. El abogado que es regidor de un Municipio, cuyo personeros legales le designaron para patrocinar una acción civil recibiendo adelantos de honorarios no abusa de su cargo de consejal para hacer cobros ilegales, pues está celebrando un contrato de locación de servicios profesionales.

**9.- Ejecutoria del 10. de Julio de 1963.**

Incorre en el delito de abuso de autoridad el visitador del Departamento de Recaudación de la caja de Depósitos y Consignaciones que arbitrariamente ordenó se suspendiera la venta al público del papel sellado y timbre.

**10.- Ejecutoria del 19 de Agosto de 1963.**

La excarcelación de un preso enfermo y su trasladación a una casa particular sin las

precauciones necesarias para evitar la fuga, constituye delito de abuso de autoridad.

**11.- Ejecutoria del 06 de Enero de 1970.**

"En el delito de abuso de autoridad el agente debe ser funcionario público que actúa en ejercicio de sus funciones. Si el acusado no obvió en función de su cargo de Guardia Civil sino como particular, en estado de embriaguez relativa y bajo el amparo del uniforme, su actitud no configure el delito de abuso de autoridad. se le condenó por el de lesiones.

**12.- Ejecutoria del 18 de Diciembre de 1972.**

Si el imputado, como funcionario o, empleado no tuvo relación directa con la dependencia en que se cometió el delito de peculado, no podrá denunciársele responsabilidad penal por negligencia.

**13.- Ejecutoria 19 de Noviembre de 1974**

"La delegación" hecha por un juez Instructor en su Secretario al firmar en blanco las disposiciones respectivas, constituye un acto arbitrario contemplado en el Art. 337 del C.P. modificado en cuanto a la penalidad

por el D.L. 17106.

**14.- Ejecutoria del 24 de Abril de 1987**

"No está acreditado el delito funcional ni la inferencia que el acusado se extralimitó en sus funciones al hacer uso de su arma de fuego no estando de servicio, pues conforme a las normas internas la autoridad policial se encuentra en la obligación permanente de prestar su servicio para preservar el orden público".

**15.- Ejecutoria del 03 de Junio de 1987**

"El delito contra la administración de justicia en cualquiera de sus formas es un delito típicamente doloso en el que el sujeto procede con la determinación de falta a la norma. En el caso, el sentenciado obra por negligencia en el desempeño de sus funciones, no habiéndose acreditado que facilitó o favoreció la evasión del detenido en forma dolosa".

**16.- Ejecutoria del 10 de Setiembre de 1987**

"Está acreditada la intencionalidad del agente quien no tuvo el objeto de obtener un beneficio económico con la utilización del

precitado documento".

**17.- Ejecutoria del 18 de Setiembre de 1987**

"Es requisito fundamental para que se configure el delito instruido que el funcionario imputado realice un acto arbitrario en perjuicio o daño de otra persona en forma dolosa".

**18.- Ejecutoria del 02 de Noviembre de 1987**

"El acusado encontrándose en cesantía temporal impuesta como medida disciplinaria, continuaba identificándose como miembro de la Institución policial a fin de obtener ventajas económicas, pero observándose el tiempo transcurrido desde la comisión, debe declararse prescrita la acción penal".

**4.4 CASOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**

Entre la jurisprudencia más interesante de la Corte Suprema es la Ejecutoria del 15 de Abril de 1975 que resolvió definitivamente la denuncia interpuesta contra varios Ex-Ministros de Estado del Régimen del Ex Presidente Belaúnde Terry, en relación con el adeudo de la Ex-Internacional Petroleum Company. "Es concusión propia e implícita

de Funcionarios Públicos encargados de cautelar el patrimonio de la Nación. coludirse con una entidad que defraudaba al Estado, condonarles cuantiosas deudas con abuso de la función que ejercían y violación de expresas normas de la ley. Conforme el Art. 166 de la Constitución, los actos de gobierno deben ser refrendados por los Ministros de Estado, bajo pena de nulidad, y este requisito formal es fuente de responsabilidad civil y penal a tenor de lo dispuesto en el Art. 179 de la misma carta, que los Ministros en referencia al refrendar el Decreto Supremo No. 080-68 FO, se entiende que tomaron amplio conocimiento y conciencia del acto jurídico aprobado, por ende, les alcanza responsabilidad".

## CONCLUSIONES

- 1.- El funcionario público, es el titular que desempeña funciones públicas. En otras palabras es el trabajador que realiza actividades para el Estado y se rigen por leyes especiales que regulan este tipo de prestaciones y son diferentes a los que regulan las relaciones laborales de los empleados particulares.
- 2.- La teoría del abuso del poder es muy extensa, es que la teoría es muy atrayente para el jurista, toda vez que, es el asunto del tratamiento de valores típicos de la era contemporánea.  
Los legisladores también hacen hincapié en el hecho de que resultaría irritante, injusto, permitir que el titular de una cargo (Funcionario público), pueda ejercerlo en desviación de sus fines, en perjuicio del Estado o particulares, sin que reciba una sanción por su proceder abusivo.
- 3.- El delito de concusión es el cometido por funcionario o servidor público, que abusando de su cargo percibe con propósito de lucro, contribuciones, tasas, indemnizaciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que exceda la tarifa legal.

- 4.- El peculado, viene a ser un delito que comete un funcionario público que se apropia o utiliza en cualquier forma para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiada por razón de su cargo.
- 5.- Los delitos cometidos por los funcionarios públicos son el abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción de funcionarios.
- El sujeto activo en este tipo de delito es el funcionario público; un particular no comete este delito, podrá estar como apropiación ilícita, estafa, pero nunca delitos de funcionarios públicos.
- 6.- / La Constitución Política del Perú entre sus artículos 58 al 63 instituye una serie de normas diversas sobre el funcionario público, su carrera, sus requisitos y obligaciones. En realidad, solo muy indirectamente puede vincularse estas normas con las personas.
- 7.- La distribución de cargos públicos y las remuneraciones que se pagan a ellos puede dar lugar a arbitrariedades y favoritismos personales y políticos. Así ocurrió en la historia. Por ello el artículo 60 de la Constitución exige un conjunto de normas que establezcan con claridad un sistema único

de remuneraciones y además beneficios económicos que el Estado dá a sus trabajadores.

8.- Sobre el derecho a huelga, en países de legislación más moderna que la muestra, entre ellos México y Colombia incluyen dentro de la suya el derecho de huelga de los trabajadores públicos. El no ser considerados dentro de la carrera administrativa, el funcionario a que se refiere el Art. 59, de la Constitución se ven privados del derecho a la sindicalización y a la huelga.

9.- Se ha creado una forma de fiscalizar las operaciones de los funcionarios públicos por posibles enriquecimiento con provecho del ejercicio de función. De está manera, mediante la declaración jurada de bienes, al principio y al final del cargo estos actos declaratorios sirven de inicio para juzgar la probabilidad en el ejercicio de la función pública.

10.- El acto delegativo de la función pública tiene una característica formal, su solemnidad ceremonial costumbre que proviene desde el juramento de los reyes ante su Dios para el servicio de sus súbditos. Es una institución que pierde poco a poco su importancia pues modernamente, la voluntad tiene

caracteres nítidos también de expresión, la acepción puede ser expresa o tácita.

## RECOMENDACIONES

- 1.- Debido a la situación económica que atravieza el país el delito cometido por los funcionarios públicos (abuso de autoridad, concusión, peculado y corrupción de funcionarios) se ha extendido a casi toda la administración pública que hace necesario que en este sentido la legislación penal debe ser más drástica, con la finalidad de que se levante el concepto que tiene la colectividad de los funcionarios públicos.
- 2.- Siendo los funcionarios públicos los trabajadores del Estado, hace urgente una evaluación y capacitación de estos trabajadores; ya que muchas veces sin tener la calificación adecuada ingresan a trabajar por recomendación, de alguna persona influyen sea por razón política, lo cual debería ser el ingreso por concurso de acuerdo a las calificaciones de exámenes previos.
- 3.- Debido a la importancia que tienen las actividades de los funcionarios públicos en la sociedad, es necesario que, el Estado trata de elevar los sueldos de acuerdo a una adecuada categorización y asimismo

exigir a dicho personal elevar el nivel de trabajo,  
en el sentido de cumplimiento y dar otra imagen más  
moralizadora con una efectiva sanción a los que  
incumplen.

## B I B L I O G R A F I A

- 1.- ALTAVILLA, ENRICO : "LA DINAMICA DEL DELITO"  
DE PALME BUENOS AIRES,  
1977 TOMO II.
- 2.- BIELSA, RAFAEL : "DERECHO ADMINISTRATIVO  
CUARTA EDICION"-EL  
ATENEO, BUENOS AIRES,  
1947 TOMO II  
(RESPONSABILIDAD DE LA  
ADMINISTRACION)
- 3.- COBO DEL ROSAL : "COMENTARIOS A LA  
LEGISLACION PENAL"-  
EDICION DERECHOS  
REUNIDOS TOMO II MADRID,  
1982.
- 4.- CARRARA FRANCESCO : "PROGRAMA DE DERECHO  
CRIMINAL"-EDITORIAL  
TEMIS- BOGOTA -  
COLOMBIA.
- 5.- CORNEJO ANGEL : "DERECHO PENAL ESPECIAL"  
LIMA, 1937 TOMO II.
- 6.- DIEZ, MANUEL MARIA : "DERECHO ADMINISTRATI-  
VO" EDICIONES  
BIBLIOGRAFICAS OMEBA,  
BUENOS AIRES, 1963 -  
1967 TOMO III  
(FUNCIONARIOS Y  
EMPLEADOS PUBLICOS).
- 7.- ESPINO PEREZ JULIO : "CODIGO PENAL" -EDITORA  
NACIONAL- MEXICO 1973.
- 8.- EXPOSICION DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DEL NUEVO  
CODIGO PENAL PERUANO.
- 9.- FONTAN BALESTRA : "TRATADO DEL DERECHO  
PENAL"- ABELEDO PERROT,  
BUENOS AIRES ARGENTINA,  
1966 - 1971 TOMO VII.
- 10.- GOSSEL KARL - HEING : "DOS ESTUDIOS SOBRE LA  
TEORIA DEL DELITO" -  
EDITORIAL TEMIS - BOGOTA  
COLOMBIA, 1984.

- 11.- GOMEZ, EUSEBIO : "TRATADO DEL DERECHO PENAL" - COMPANIA ARGENTINA DE EDITORES - BUENOS AIRES; ARGENTINA, 1941.
- 12.- HENTING, HANS : "EL DELITO" TOMO II Y III ESPASA CALPE - MADRID; ESPAÑA, 1971-1972.
- 13.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS : "LA LEY Y EL DELITO" NOVENA EDICION, SUDAMERICANOS - BUENOS AIRES - ARGENTINA, 1979.
- 14.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS : "TEORIA JURIDICA DEL DELITO" IMPRENTA DE UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL -SANTA FE - BOGOTA, 1958.
- 15.- MADRID CONESA, FULGENCIO : "LA LEGALIDAD DEL DELITO"- EDICIONES UNIVERSIDAD DE VALENCIA ESPAÑA 1983.
- 16.- MANZINI, VICENZO : "TRATADO DE DERECHO PENAL" TOMO VIII Y IX VOLUMEN II Y IV EDIAR EDITORES - BUENOS AIRES ARGENTINA, 1963.
- 17.- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO : "TEORIA JURIDICA DEL DELITO" EDITORIAL TEMIS BOGOTA - COLOMBIA, 1984.
- 18.- PRAT, JULIO : "DERECHO ADMINISTRATIVO" VOLUMEN III, EDITORIAL ACALI - MONTEVIDEO, URUGUAY, 1979.
- 19.- RANIERI, SILVIO : "MANUAL DEL DERECHO PENAL" TOMO III, IV, V,VI; EDITORIAL TEMIS - BOGOTA; COLOMBIA, 1975.

- 20.- MONTENEGRO MARINO : "DERECHO ADMINISTRATIVO I DOCTRINA FUNDAMENTAL" EDITORIAL UNIVERSITARIA "SAN MARTIN DE PORRES" LIMA - PERU, 1985.
- 21.- SOLER, SEBASTIAN : " D E R E C H O P E N A L ARGENTINO" TOMO V , TIPOGRAFIA - BUENOS AIRES - ARGENTINA, 1976.
- 22.- TULIO RUIZ SERVIDO : "LA ESTRUCTURA DEL DELITO" EDITORIAL TE BOGOTA - COLOMBIA, 1978.
- 23.- ZAFFARONI, EUGENIO : "TEORIA DEL DELITO" EDITORIAL EDIAR - BUENOS AIRES - ARGENTINA, 1973.
- 24.- MILLAN, ALBERTO : "EL DELITO DE NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS" - REVISTA DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA - ENERO-MARZO No. 1 BUENOS AIRES ARGENTINA, 1970. PAGINA 25 - 40.