

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**Criterios normativos del delito de abuso de autoridad como garantía del
derecho de defensa**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

Korayma Nikol Carrión Jiménez

ASESOR

Eliu Arismendiz Amaya

<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

Chiclayo, 2025

**Criterios normativos del delito de abuso de autoridad como garantía
del derecho de defensa**

PRESENTADA POR
Korayma Nikol Carrión Jiménez

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Elky Alexander Villegas Paiva
PRESIDENTE

Fátima del Carmen Pérez Burga
SECRETARIO

Eliu Arismendiz Amaya
VOCAL

Dedicatoria

Quiero dedicar este trabajo a Dios, por ayudarme a encontrar siempre el camino correcto en este viaje. A mis padres Juana Jiménez Vicente y Néstor Carrión Troya por su amor incondicional, su apoyo constante y la confianza que siempre depositaron en mis capacidades. A mis hermanas Eliana y Abigail por ser mi respaldo en los momentos más desafiantes. A mi mejor amiga, Karina Adrianzén Miranda, por su amistad, lealtad y cariño. Y, finalmente, a Monkey D. Luffy, por enseñarme que, con coraje, perseverancia y determinación, ningún sueño es inalcanzable.

Agradecimientos

Expreso mi más profunda gratitud a todas las personas que me acompañaron a lo largo de mi carrera en Derecho, especialmente a mis docentes, mi familia y mis amigos, cuyo apoyo y enseñanzas dejaron una huella imborrable en este camino. Quiero destacar las valiosas lecciones impartidas por todos mis profesores, en particular al profesor Víctor Hugo Palacios Cruz, por brindarme una perspectiva distinta sobre la vida, y al doctor Eliu Arismendiz Amaya, por su invaluable apoyo como mi asesor de tesis, ayudándome a dar forma a este proyecto con su conocimiento y orientación.

CRITERIOS NORMATIVOS DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA

INFORME DE ORIGINALIDAD

| | | | |
|---------------------|---------------------|---------------|-------------------------|
| 5% | 6% | 3% | 1% |
| INDICE DE SIMILITUD | FUENTES DE INTERNET | PUBLICACIONES | TRABAJOS DEL ESTUDIANTE |

FUENTES PRIMARIAS

| | | |
|----------|--|---------------|
| 1 | hdl.handle.net Fuente de Internet | 1% |
| 2 | idoc.pub Fuente de Internet | 1% |
| 3 | pirhua.udep.edu.pe Fuente de Internet | 1% |
| 4 | tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet | <1% |
| 5 | repositorio.unsaac.edu.pe Fuente de Internet | <1% |
| 6 | 1library.co Fuente de Internet | <1% |
| 7 | cybertesis.unmsm.edu.pe Fuente de Internet | <1% |
| 8 | doku.pub Fuente de Internet | <1% |
| 9 | penal.legal | |

Índice

| | |
|------------------------------|----|
| Resumen | 6 |
| Abstract | 7 |
| Introducción | 8 |
| Revisión de literatura | 9 |
| Materiales y métodos | 24 |
| Resultados y discusión | 26 |
| Conclusiones | 37 |
| Recomendaciones..... | 37 |
| Referencias | 38 |
| Anexos..... | 41 |

Resumen

Este trabajo tiene como propósito determinar en qué medida la determinación de criterios normativos del delito de abuso de autoridad garantizarán el derecho de defensa, para lo cual se parte desde una postura funcionalista desarrollada por Günter Jakobs la cual sostiene que no es suficiente con valorarse la condición del sujeto activo para configurarse el delito de abuso de autoridad, porque contiene una norma de mandato en la cual debe valorarse también la conducta del sujeto activo desde un punto de vista filosófico. En este texto tras examinar gran variedad de información ligada a la doctrina como a la jurisprudencia, se sostiene que en la actualidad no existen criterios normativos estandarizados que configuren la norma de mandato en el delito de abuso de autoridad que garanticen el derecho de defensa, surgiendo la necesidad de que se establezcan estos criterios de una forma clara, precisa y estandarizada para que el investigado no vea lesionado su derecho de defensa en el juicio de tipicidad debido a su incorrecta aplicación ocasionada por la falta de valoraciones adecuadas.

Palabras clave: Criterios normativos, derecho de defensa, abuso de autoridad, funcionalismo.

Abstract

The purpose of this paper is to determine to what extent the determination of normative criteria for the crime of abuse of authority will guarantee the right of defense, for which it is based on a functionalist position developed by Günter Jakobs, which maintains that it is not enough to assess the condition of the active subject to configure the crime of abuse of authority. because it contains a rule of mandate in which the conduct of the active subject must also be assessed from a philosophical point of view. In this text, after examining a wide variety of information linked to doctrine and jurisprudence, it is argued that at present there are no standardized normative criteria that configure the rule of mandate in the crime of abuse of authority that guarantee the right of defense, arising the need for these criteria to be established in a clear way, precise and standardized so that the investigated party does not see his right of defense in the trial of typicity violated due to its incorrect application caused by the lack of adequate assessments.

Keywords: Normative criteria, right of defense, abuse of authority, functionalism.

Introducción

La presente investigación aborda el desarrollo de los criterios normativos del delito de abuso de autoridad —en adelante A.A.— desde un enfoque relacionado con la garantía del derecho de defensa. Este delito está contenido en el artículo 376° del Código Penal y se determina a través de un juicio de tipicidad objetiva, para lo cual es necesario examinar ciertos elementos jurídicos. Estos incluyen los elementos referentes a los sujetos, a la conducta y concomitantes.

El delito de A.A., desde la perspectiva de los sujetos, puede ser configurado solo por quienes ostenten ciertas cualidades especiales que califiquen al ciudadano como funcionario o servidor público. En cuanto a la conducta, este tipo penal contiene una norma de mandato, lo que implica la necesidad de identificar y delimitar las atribuciones asignadas al sujeto activo.

En este contexto, la teoría funcionalista resalta la importancia de evaluar la conducta desde una perspectiva filosófica y normativa del sujeto especial, prestando atención al alcance y los límites del abuso de atribuciones, ya sea por acción o por omisión. Al respecto, Franco (2022), hace alusión a que la imputación de un delito debe abarcar tanto las conductas propias del cargo y las conductas propias de la función. Para ello, deben tomarse en cuenta ciertos requisitos externos, es decir, consideraciones que no se encuentran explícitamente contenidas en el tipo penal. De este modo, resulta indispensable comprender qué criterios normativos deben aplicarse para la configuración de este delito, teniendo en cuenta que estos varían en función de las circunstancias de cada caso.

Ante este planteamiento, surge la siguiente interrogante: ¿En qué medida los criterios normativos del delito de abuso de autoridad garantizarán el derecho de defensa? Para lo cual los objetivos planteados son: construir criterios normativos del delito de A.A. y analizar el derecho de defensa.

La presente investigación se apoya en un enfoque filosófico y constructivista, basándose en análisis de textos y teorías doctrinarias para fundamentar los criterios normativos del delito de A.A., como su relación con el derecho de defensa. Además, se emplea un enfoque cualitativo, centrado en la interpretación de datos y el análisis documental, extraído de diversas fuentes como libros, investigaciones y legislación peruana.

La investigación tiene una aplicación básica, destinada a ampliar la comprensión de los Delitos de Infracción de Deber —en adelante D.I.D.— y establecer criterios normativos de modo que se garantice el derecho de defensa del imputado en el proceso penal. Asimismo, la presente tiene un alcance descriptivo, centrado en evaluar el comportamiento de los funcionarios públicos y determinar si este constituye un delito de A.A.

La importancia de esta investigación radica en que ofrece herramientas normativas y teóricas para reconocer cuales son los deberes que tiene funcionario o el servidor público que deben considerarse en la configuración del tipo penal dentro de los elementos referentes a la conducta, en protección de sus propios derechos. Ello impacta directamente en la gestión de la administración pública y el respeto por los derechos humanos.

Por último, como aporte de esta investigación se tiene la determinación de criterios normativos del delito de A.A. como garantía del derecho de defensa, que, son los patrones sociales que estudian al ciudadano en relación con los roles asignados por la ley y por la sociedad, los patrones culturales en las buenas costumbres, las máximas de la experiencia, reglas de la lógica y los patrones científicos en la conducta de la persona durante el ejercicio de sus funciones; se garantiza debidamente el derecho de defensa.

Revisión de literatura

Antecedentes

1. Nacionales

Hugo y Huarcaya (2018), en su libro denominado “Delitos contra la administración pública; análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios”, indica que el delito de A.A. se encuentra sujeto a una interpretación legal abierta la cual podría ser subsanada mediante la interpretación, pues es imprescindible desarrollar el concepto de acto arbitrario el cual constituye un daño que requiere intervención penal. No obstante, se debe tener en cuenta que en la actualidad la interpretación del tipo penal se encuentra proscrita, por tanto, no debería considerársele como alternativa de solución, siendo lo ideal que se determinen criterios normativos como compensación de los vacíos subsistentes a fin de no incurrir en una sobre positivización.

Juarez (2023), en su tesis para optar por el título de abogado, denominada “Una revisión del delito de A.A.: A propósito de la Casación N.º 950-2018/Tumbes”, indica que el sujeto pasivo, siempre se identificará como el Estado dentro de los delitos en contra la administración pública. Asimismo, sostiene que el sujeto activo según el cargo que asume como funcionario o servidor público se relaciona mediante una relación de función, la cual se vincula con la administración pública como a una institución que contiene deberes positivos —de hacer— que deben ser cumplidos como parte de sus funciones. Sin embargo, el autor concluye que, para la configuración del delito de A.A. a partir de la casación señalada, es individualmente necesaria la conducta típica y antijurídica, sin prestar mayor atención a la condición del sujeto infractor o a sus expectativas sociales como se pretende desarrollar más adelante.

Aguilar (2021), en su proyecto de investigación “Responsabilidad penal en la administración pública del delito de A.A. en su regulación del artículo 376 código penal”. Identifica los tipos de A.A., entre ellos, el abuso del poder ejecutivo, el cual ocurrirá cuando los funcionarios estatales o administrativos excedan sus límites en ejercicio de sus funciones, configurándose de esta forma una infracción tanto de funciones, como de derechos personales. A partir de esto, se entiende que los funcionarios públicos por sus facultades encomendadas tienen obligaciones que deben cumplir siempre y cuando se respeten los límites de estos mismos, pues no hacerlo, podría configurar una infracción funcionarial y personal. No obstante, no se precisa cuáles serían los límites de estas obligaciones y mucho menos cuándo será factible identificar una infracción de funciones más allá de lo que señale el tipo penal.

Franco (2022), en su tesis para optar por el grado académico de doctor en derecho y ciencia política “Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal”; indica según Rojas (como se cita en Franco, 2022), que será el sujeto activo revestido de un deber funcionarial, quien mantendrá una vinculación con la administración, tanto de cuidado, de protección y de fomento de valores; estos como sus deberes legales preexistentes, de modo que se asegure un acertado y moderado desarrollo de la administración pública (Reyna como se cita en Franco, 2022).

Aquí, es posible observar ya un interés por lo que serían los deberes de aseguramiento dentro de los D.I.D., no obstante, estos se sitúan de una manera típica, es decir, expresa dentro del tipo penal, por lo que, para fines de este trabajo de investigación, conviene rescatar lo expuesto en la tesis de Franco (2022), respecto a las vinculaciones de protección y fomento, pues estas existen más allá de los deberes de cargo, esto es, en los deberes de función. Así pues, un D.I.D. como se menciona debe abarcar las conductas propias del cargo y acorde con ellas el deber de aseguramiento y de fomento de valores.

Salmón y Blanco (2012), por su parte en su libro “El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” argumentan que el derecho de defensa debe ser entendido como salvaguarda de los derechos del individuo, y garantizado dentro de los procesos a través de la motivación adecuada durante los alegatos del juicio. De modo que, la falta de motivación en los procesos tiene un impacto negativo sobre este derecho.

Asimismo, los autores refieren que al no garantizar el ejercicio de este derecho durante todo el proceso ocasiona un desequilibrio procesal dejando a la persona en estado de indefensión, y sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo (Salmón y Blanco, 2012). Esto es importante porque al no garantizarse debidamente el derecho a la protección jurídica de la persona puede

ser sentenciada y en casos extremos condenadas siendo inocente por tanto es indispensable promover su protección como se persigue en la presente investigación.

2. Internacionales

Sulbaran (2022), en su tesis para el grado de maestría presentada ante la Universidad del Norte de Colombia denominada “Abuso de Autoridad y Brutalidad Policial: ¿Es el Estado un Agente de Poder y el Abuso de Autoridad un Crimen Emanado de esa Esfera de Poder?” describe el delito de A.A. como uno que atenta en contra de la administración pública indistintamente de que exista una acción o una omisión. En ese sentido, cuando se comete este tipo penal se incurre en infracciones a la lealtad, que se supone un funcionario debe mantener.

Se considera que esta tesis es relevante para el proyecto porque permite advertir como en la doctrina colombiana, el delito de A.A. no solo se fundamenta en la comisión del injusto por parte del administrador o funcionario público —en ejercicio de sus funciones—, sino que va más allá, al evidenciarse a su vez una infracción de la libertad por incumplimiento de la obligación contraída por la fuerza pública. Así pues, Colombia como Perú, atraviesan una misma situación en la que existe una carencia de aptitud legal referente a este punto.

Barraza (2021), en su tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en Universidad de Chile denominada “el abuso del derecho en materia procesal”; afirma que el delito de A.A. tiene como consecuencia el abuso procesal del juzgador en calidad de funcionario público, porque no se fundamenta en la autonomía privada, sino en la jurisdicción la cual es definida como un poder-deber del Estado. Esta tesis entiende a los litigantes como poseedores de un derecho subjetivo resaltando que los juzgadores pueden incurrir en abuso procesal debido a que el ejercicio de sus funciones se condice con parámetros de discrecionalidad los cuales deben fundarse en ley pues en caso contrario de no existir conformidad de sus decisiones podría ocasionarse un daño ilegítimo en terceros.

Esta tesis es importante para este trabajo porque permite identificar como el ineficiente ejercicio del rol del juzgador como funcionario público, podría generar una afectación, ya sea a un inocente o a la persecución de la garantía del derecho de defensa.

Robleto (2013), en su libro “El derecho de defensa penal como derecho fundamental”, indica que el derecho de defenderse es un pilar fundamental que abarca una serie de garantías y prerrogativas destinadas a proteger a las personas acusadas en un proceso penal. A su vez, este derecho debe cobrar vigencia desde los inicios de la persecución penal, de lo contrario se distorsionaría la actividad jurisdiccional. Así pues, la defensa es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional en la Convención Americana, como nacional en la Constitución Política Costarricense sin la cual no existiría un debido proceso legal.

Respecto a ello queda en evidencia que en Costa Rica como en Perú el derecho a defenderse jurídicamente se encuentra constitucionalmente protegido con la finalidad de garantizar el equilibrio procesal; sin dejar al imputado o la parte acusada en estado de indefensión. En ese sentido es rescatable para la investigación que el derecho de defensa debe ser identificado dentro del debido proceso existiendo obligatoriedad por parte del Estado de garantizar su protección.

El Consejo General de la Abogacía Española (2019), en su libro denominado “El Derecho De Defensa Propuesta De Ley Reguladora- Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española”, expone que el derecho de defenderse es un principio fundamental dentro del sistema jurídico que garantiza el mantenimiento de un Estado de Derecho. Así como asegura que toda persona tenga la oportunidad de ser oída y defendida en los casos que fuese necesario. En esa línea, la persona es un sujeto de protección tanto por la legislación internacional como nacional de modo que se garantice su tutela jurisdiccional. Y que tendrá la posibilidad de ejecutar o activar todos los mecanismos legales que requiera según su caso durante cualquier proceso y procedimiento.

Carocca (1998), en su libro “Garantía constitucional de la defensa procesal”, desarrolla que la garantía del derecho de defensa debe estar presente en todos los procesos y durante todo el proceso judicial; desde su inicio hasta su conclusión. En esa línea, se exige tanto al legislador como al juez asegurar que, por cada acción tomada por una de las partes, se le otorgue a la otra la oportunidad de realizar una actuación de equivalente para que exista un debido proceso.

Para este proyecto, es importante rescatar lo expuesto por Carocca (1998), pues la finalidad de desarrollar criterios en la presente busca garantizar el derecho de defensa, que se apoya en el debido proceso. En ese sentido, de igual forma que en la doctrina española, en el Perú debe protegerse el derecho de defensa durante todo el trayecto del proceso con el fin de no ocasionarle una afectación a la persona. Para esto, resulta indispensable mantener un equilibrio de igualdad de armas entre las partes salvaguardando la tutela de ambas en el camino hacia la justicia.

Bases teóricas

1. Construcción de criterios normativos del delito de abuso de autoridad

1.1. Definición de abuso de autoridad

Según refiere Hugo (2002), el A.A. es el uso indebido de las facultades conferidas por la legislación a un funcionario público. Es decir, se sitúa en aquel exceso o extralimitación cometida por aquella persona a la que le han atribuido funciones especiales. De este modo, el funcionario no llega a cumplir ponderadamente los deberes asignados; es decir, excede la forma

idónea de ejercitar el cargo que se le ha investido, por cuanto no actúa con proporcionalidad, racionalidad y adecuación. Así pues, resulta indispensable que se determine un sistema que permita medir el cumplimiento o extralimitación de los deberes, ya sea a través de límites o criterios como se pretende en la presente.

En esa misma línea, Higuera (2001) coincide en que este delito debe ser entendido como una extralimitación de poder. Sin embargo, se sitúa solo en aquellas circunstancias en donde existe una actuación arbitraria o injusta por el funcionario en el desempeño de sus atribuciones. Entendiéndose que será actuación arbitraria cuando la acción sea a motu proprio, e injusta cuando contradiga a la justicia. Por su parte, García (2020) afirma que este delito se puede entender como la ejecución de funciones distintas a las atribuidas o usar en exceso las funciones propias con fines contrarios a la ley.

1.1.1. El abuso de autoridad en la legislación peruana

Según Salinas (2014) el A.A. refiere a ciertas conductas materializadas mediante un acto contrario a la administración pública que podría ocasionar un perjuicio a alguien o en todo caso al Estado. No obstante, para que sea considerado como un delito es necesario que el daño ocasionado sea grave; de lo contrario, podría ser resuelto mediante vía administrativa a través de un procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, en el Perú el A.A. se encuentra contenido en el artículo 376° del actual código penal vigente. Siendo un delito que solo puede ser perpetrado por aquellos servidores públicos cuando cometan u ordenen una actuación en abuso de sus atribuciones conferidas por ley. Pues al llevar a cabo la comisión de este, el sujeto podrá ser sancionado con una pena restrictiva de libertad que no deberá exceder los tres años, salvo en situaciones de cobranza coactiva.

Sumado a ello, Villavicencio (2009) afirma que para que se configure el delito de A.A., es requisito indispensable que la acción contraria a la ley tenga relación con el cargo asumido. Es decir, la acción debe haber sido cometida durante el desempeño de labores públicas otorgadas por el ordenamiento jurídico. Asimismo, las atribuciones conferidas deberán estar contenidas en disposiciones de otras áreas del derecho público. Se entiende pues, que hay una norma externa al tipo penal en donde se sitúan la forma y los límites que tendrá el funcionario al momento de ejercitar sus funciones. Frente a ello, para identificar si se configura o no el tipo penal 376°, es necesario la presencia de una variedad de elementos que se desarrollaran en el siguiente apartado, de los cuales, si faltase uno no aparecería el delito (Salinas, 2024).

1.2. Tipicidad objetiva

1.2.1. Elementos referentes a los sujetos

1.2.1.1. Sujeto activo

Higuera (2001) señala que debe ser identificado como sujeto activo el servidor público u cualquier otra persona que usurpe el cargo de funcionalidad. No obstante, no cualquier persona puede ser considerada como sujeto activo del delito de A.A. por cuanto para cometer este delito es necesario que el agente tenga atribuciones encomendadas por el Estado. Es decir, solo podrá ser cometido por una autoridad, ya sea un funcionario público o en todo caso, un servidor público (Hugo, 2002). En ese sentido el 376° del Código Penal es un delito especial, debido a que solo lo constituye la persona que reviste de la calidad de funcionario Público (Salinas, 2014). Asimismo, será cometido siempre y cuando el agente se encuentre en pleno ejercicio de sus funciones, que deberán ser ubicadas en normas extrapenales como reglamentos, entre otros.

Sumado a ello, Arismendiz (2018) detalla desde el punto de vista de los delitos de dominio que, el A. A. es un delito de tipo especial propio debido a la cualificación del sujeto determinada por la voluntad del legislador. Ello considerando que desde los delitos de dominio solo la condición de especial del sujeto justificará la imposición de una pena. No obstante, desde el punto de vista del sistema funcional se le identifica como un D.I.D., por cuanto subsiste el artículo 376° como una norma de mandato que establece la obligación de hacer o no hacer en las normas imperativas con el objetivo de regular el comportamiento de las personas (Kelsen, 2018); y que debe ser entendida como aquella que vincula las reglas y razones para la acción, que configuran la autoría directa del agente.

Para esta investigación se adquiere la postura de la teoría funcionalista, por tanto, es importante identificar cuáles son los preceptos que configuran el delito de A. A., considerándose que como delito funcional acoge deberes personales que solo alcanza a quienes se le haya encomendado el bien jurídico. Subsisten pues los deberes de fomento y salvamento, de los cuales el primero está orientado a la creación de un ambiente favorable del bien jurídico y el segundo a salvación y protección de este.

1.2.1.2. Sujeto pasivo

Ahora bien, respecto al sujeto pasivo del delito en análisis existe una controversia pues el tipo penal 376° precisa que la comisión de este delito se sitúa en cuanto se ocasione un daño o perjuicio a una persona natural o jurídica—alguien—, cuando el único titular del bien jurídico tutelado es el Estado. Esta discrecionalidad es advertida por Salinas (2014), quien afirma que existen dos tipos de sujetos pasivos, en primer lugar, el Estado como propietario de título del bien jurídico, y en segundo lugar de manera excepcional el sujeto afectado con las actuaciones abusivas del agente activo.

Al respecto, Navarro (como se citó en Salinas 2014), afirma que no es correcto conceder la calidad de sujeto pasivo a los particulares perjudicados ya que estos no son titulares del bien

jurídico que es la administración pública. En esa misma línea, para la presente investigación existe conformidad con la Casación N° 103-2017 en Junín de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, puesto que indica que en todos los crímenes donde el perjudicado no sea un individuo o una entidad legal, el Estado, como entidad política estructurada, asumirá la condición de agraviado.

Por tanto, el sujeto pasivo esencial en el delito de A. A. es el Estado, por su relación jurídica directa con el bien jurídico tutelado. Mientras que el particular perjudicado es un sujeto pasivo secundario que debe ser entendido de manera excepcional según requiera el caso. Esto se apoya en lo expuesto por Hugo y Huarcaya (2018), quienes afirman que no debería excluirse al particular como parte civil en la persecución del delito, siendo este el agraviado perjudicado.

1.2.2. Elementos referentes a la conducta

1.2.2.1. Tipo de delito

El delito de A.A., suele presentar una controversia en cuanto a la configuración del tipo por sus verbos rectores: ejecutar y ordenar. Esto se debe a que el verbo ejecutar tiene una relación directa con los delitos que generan un resultado lesivo, a diferencia del verbo ordenar, que aparenta una proximidad a los delitos de mera actividad, donde no es necesario este resultado para su configuración (Hugo y Huarcaya, 2018). Siendo que un delito de resultado es cuando la acción u omisión y el resultado se encuentran separados por un espacio temporal donde es necesario que exista un resultado lesivo; mientras que un delito de mera actividad es cuando la acción u omisión y resultado se sitúan en un mismo instante.

Siguiendo esa línea, Arismendiz (2018) manifiesta que, en cuanto al verbo "ordenar", el A.A. es un delito de comisión instantánea, dado que el quebrantamiento penal se consuma en el momento en que se emite la orden. Así, es un delito de mera actividad, donde basta con que la actuación del intransigente exista, siempre y cuando revista de idoneidad; es decir, tenga la capacidad de causar un daño real. En contraste, el verbo "cometer", es un delito de resultado dado que implica la exigencia de un resultado dañino. Así las cosas, ante la naturaleza híbrida del tipo penal, es importante precisar que este no contempla la mera posibilidad de generar el daño, sino que requiere que el daño sea ocasionado, tal y como lo establece el Código Penal. Es decir, para su configuración es indispensable que haya algún perjuicio, ya que el delito no se configurará cuando el bien jurídico solo sea puesto en peligro (Hugo y Huarcaya, 2018).

Ahora bien, respecto a la conducta activa del sujeto cualificado cómo se mencionó en puntos anteriores el A.A. es un D.I.D. teniéndose en cuenta la concurrencia del deber de fomento y el deber de salvamento en una norma de mandato. Además, que el supuesto de hecho del tipo comprende la institución positiva que crea un conjunto de expectativas sociales que han sido

defraudadas. De este modo, se entiende que la institución administración pública engloba los deberes de probidad que de ser infringidos configura el ilícito perseguido penalmente (Arismendiz, 2018).

1.2.2.2. Forma de ejecución

Ahora bien, con relación a la forma de ejecución del delito de A.A. debe tenerse en cuenta que los verbos ordenar y cometer refieren conductas que tienen predominancia dolosa (Arismendiz, 2018). Y tienen una naturaleza activa que se relaciona con un ser – hacer arbitrario en el mundo natural. De modo que solo puede configurarse el delito por comisión, más no por omisión, ya sea propia o impropia. Además, no puede configurarse la omisión propia, por no encontrarse contenido el verbo omitir de manera expresa en el tipo penal, ni la omisión impropia porque se requiere una acción arbitraria inferida a partir de una norma extrapenal.

Cabe mencionar, que el orden de los verbos en el tipo penal no inmotivado, pues su finalidad es que no se considere a uno dentro del otro para la configuración del delito. Es decir, la trascendencia de los parámetros sintácticos que utiliza el Código Penal Peruano reviste razonabilidad positiva al contener la intención de que no se entienda como las fases de un proceso, sino como dos títulos de imputación comisiva distintas (Rojas, 2007).

1.2.3. Elementos concomitantes

1.2.3.1. Bien jurídico

Según Frisancho, (2002) se tiene como bien jurídico la administración pública, misma que puede ser apreciada desde dos perspectivas. Por un lado, de acuerdo con el deber del agente y por otro el interés del estado en preservar la imagen de correcta administración pública. Coincide con estas afirmaciones Villavicencio (2019), al afirmar que el objeto jurídico de tutela del A.A. es el interés público de que las funciones públicas no se ejecuten de manera ilegítima perjudicando los derechos de los particulares. Así pues, el bien jurídico protegido no se limita a las relaciones internas entre el funcionario y su cargo en un sentido orgánico, sino que, al enfocarse en la actividad de prestación, establece un criterio de limitación en relación con las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas. (Frisancho, 2002).

1.2.3.2. Elementos

1.2.3.2.1. Descriptivos

Los elementos descriptivos son también conocidos como elementos gráficos, los cuales la persona común puede percibir y comprender a través de sus sentidos. Tal y como afirma Villavicencio (2007), estos elementos describen circunstancias u objetos que le pertenecen al mundo natural, es decir, al mundo real. De este modo, basta con una constatación fáctica para alcanzar el reconocimiento de estos.

Se entiende pues, que consiste en aquellos términos coloquiales que emplea el legislador para que se logre comprender el mensaje prohibido en el tipo penal. De esta explicación es posible reconocer los elementos descriptivos del tipo penal 376°, en los términos “comete”, “ordena”, “cause perjuicio a alguien” vinculados a la conducta; como vinculado a la relación funcionarial.

1.2.3.2.2. Normativos

Por otro lado, en los elementos normativos también denominados elementos valorativos prevalecen aquellas valoraciones que no pueden apreciarse exclusivamente por los sentidos debido la complejidad de las palabras. Por tanto, deberán atravesar un juicio de valor o un proceso valorativo por un juez que esclarezca su expresión para una mayor comprensión (Villavicencio, 2007).

En línea con el párrafo anterior los elementos normativos aluden a aquellas realidades que se derivan de una apreciación interpretativa y jurídica. Por tanto, son elementos normativos en el delito de A.A. el sujeto cualificado “funcionario público”, “abuso de sus atribuciones”, “acto arbitrario” y “cobranza coactiva”.

El concepto de funcionario público puede acoger distintas interpretaciones según la especialidad o rama desde donde se le examine Siendo importante para el derecho penal que la interpretación de funcionario y servidor lleven a cabo funciones públicas en concordancia con los roles debidamente atribuidos a través de regulaciones como la constitución, directiva, reglamentos entre otros. Cabe precisar que las denominaciones de funcionario y servidor se incluyen en el mismo orden de nivel, es decir, pertenecen a una misma categoría de imputación en los delitos contra la administración pública (Jo et al.,2020).

Siguiendo esa secuencia Vicente (2006) coincide en que para revestir la titularidad de funcionario público es necesario un nombramiento por disposición de ley. Es decir, debe tener origen a través de una norma de mandato mismo que, reconocerá o indicará cuales son las atribuciones encomendadas a su cargo. Sumado a ello, para la comisión de un delito contra la administración pública como el de A. A. se requiere que el actuar del agente se construya en ejercicio de actividades administrativas que implican su participación dentro de las funciones públicas.

En cuanto al abuso de atribuciones Salinas (2019) sostiene que se llevará a cabo en cuanto el funcionario público sobrepase los límites de su competencia previamente establecidos dentro del marco legal interno. En ese sentido, se entiende que sus funciones pueden estar entrelazadas o encontrar su complemento en ramas del derecho distintas al derecho penal. De modo que, el abuso como tal, se identificará en aquellas situaciones donde el agente actúe en inobservancia

de las normas y formalidades que le han sido impuestas y a través de una extralimitación, o un mal uso. Cabe precisar que la ley no proporciona estándares objetivos o indicadores concretos para determinar o medir este abuso por lo que es necesario abordar esta deficiencia a través del desarrollo de la doctrina jurídica.

Respecto al acto arbitrario, en el delito de A.A. se entiende que la decisión tomada por parte del agente activo contraría, sustituye o reemplaza lo predispuesto por la ley. Por lo que consecuentemente carece de legitimidad siendo contrario al ordenamiento jurídico. En ese sentido, si no se consigue acreditar el acto arbitrario en los hechos no será posible la configuración del tipo. Y sin esta demostración, la acusación carecería de fundamento jurídico, impidiendo cualquier sanción efectiva.

Por último, sobre este punto en cuanto a la cobranza coactiva Chil (2007) indica que, es un cobro forzoso independiente o no de la voluntad del obligado deudor propietario de bienes y derechos. Pues consiste en un procedimiento de recaudación por deudas realizado por el Estado a través de los funcionarios públicos. Así, a través de este mecanismo llegan a garantizarse las obligaciones de dar suma de dinero en el Perú.

1.2.3.3. Imputación objetiva

En cuanto a la imputación objetiva, Medina (2016) afirma que se constituye como una herramienta que permite determinar cuando la conducta del agente se encuentra dentro del marco jurídico y cuando tiene un sentido desarrollado de la persona en sociedad. Cabe mencionar que está creada exclusivamente para eliminar la responsabilidad penal, es decir pretende romper la relación causal del delito.

Así las cosas, para se dé la imputación objetiva, es indispensable que exista un nexo causal que se manifiesta en la conjunción de la generación de un riesgo desaprobado jurídicamente y su conexión con el resultado lesivo (Arismendiz, 2018). No obstante, para reconocer esta causalidad, es pertinente examinar la naturaleza del delito según los verbos rectores que figuren en ello. Esto último por cuanto la imputación objetiva por regla general solo es aplicable a los delitos de resultado en donde subsiste el criterio espacio temporal.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que en el delito de A.A. coexisten los verbos ordenar y cometer. Por tanto, como se mencionó en líneas anteriores hay dos figuras penales en el mismo tipo penal. En ese sentido, hay un delito de meractividad y otro de resultado respectivamente; admitiéndose la imputación objetiva por el verbo cometer. Pues, hay una relación de causalidad en base a el baremo espacio temporal que existe en el delito de resultado. Por otro lado, el verbo ordenar en el tipo penal configura un delito de comisión instantánea, es decir, de meractividad. Por tanto, no le resultan admisibles los criterios de imputación objetiva.

1.3. Tipicidad subjetiva

1.3.1. Dolo

En cuanto al aspecto subjetivo del delito de A.A. no puede admitirse la culpa por ser expresa, a diferencia del dolo, que es donde se encuentra contenido el elemento cognitivo del agente (Sánchez, 2015). En ese sentido la autoridad que ejecuta sus funciones debe tener conocimiento de los límites de estas mismas, de modo que gocen de certeza respecto a ilegalidad de la orden o ejecución del acto arbitrario de estas. De tal modo, el sujeto activo sabe cuándo se está extralimitando.

Continuando con el presente apartado Abanto (2003) afirma que en el delito de A.A. el sujeto solo es posible aceptar el dolo directo en donde conoce y desea cometer el acto contrario a la ley y la constitución. También puede apreciarse cuando actúa mal aplicando las leyes en apariencia de una obediencia.

En concordancia con el párrafo anterior Arismendiz (2018) detalla que predomina la voluntariedad lesiva del accionante coincidiendo en que no es posible apreciar una figura culposa para el presente delito. Además, resalta que, al considerarse al delito de A.A. como uno D.I.D., la tesis subjetivista del dolo resulta irrelevante. Esto se debe a que no se necesita que el delito sea doloso para llevarse a cabo la configuración de este en base a la Teoría de los D.I.D.

1.4. Teorías

1.4.1. Tesis de Roxin

Gómez, (2006) indica que la teoría de Claus Roxin el autor, considera necesario distinguir entre los delitos comunes y los delitos especiales. Siendo que en los primeros el dominio del hecho fundamentaría la autoría, mientras que, en los siguientes, no sería posible acoger ese mismo criterio, pues este por el lado contrario, se configurará cuando se lesione un deber jurídico de carácter extrapenal.

Así las cosas, para Roxin (como se cita en Gómez, 2006), existe un deber jurídico común y un deber jurídico especial. El primero, resulta de un tipo penal común donde el deber se extiende a todo interviniente en el hecho; en tanto que, el segundo es decisivo para la identificación de la autoría en los D.I.D. Sobre este último, cabe resaltar de que Roxin los entiende como un deber extrapenal que estarían antepuestos a la norma penal desde una perspectiva lógica.

En esa misma línea, a pesar de que Roxin parece rechazar el criterio de dominio del hecho del intraneus, llega a considerar esta teoría desde la infracción del deber extrapenal. Esto se evidencia por cuanto, aunque solo el intraneus infrinja una norma que lo dirige solo a él, la comisión de este delito como el dominio del hecho, podrá extenderse a otro sujeto que sería el

extraneus; esto en el supuesto en el que el sujeto de detrás domine el delito a través de otro. (Gómez, 2006).

No obstante, en el año 2016, Roxin desarrolla un cambio de criterio a partir de la intervención de Bernd Schünemann quien señala que los delitos de deberes especiales son tal, en la medida que el deber especial este expresamente contenido en el tipo penal, es decir en el supuesto de hecho, y no fuera. A partir de lo cual Roxin concluye que los D.I.D. tiene un solo presupuesto que es la relación de confianza típica en el supuesto de hecho; con dos indicadores o supuestos que son: autor víctima o autor-objeto de protección. Siendo relevante para el delito de A.A. este último que contendría la relación del funcionario ante la administración pública.

En ese sentido para Roxin los D.I.D. se configuran cuando la relación de confianza se encuentra expresamente contenida en el supuesto de hecho del tipo penal autónomo. Lo cual no coincide con la figura de los D.I.D. que se pretende perseguir, por lo que conviene apartarse de esta nueva postura de Roxin.

1.4.2. Tesis de Herzberg

Para Herzberg (como se cita en Gómez, 2006), algunas de las relaciones que justifican la penalidad del autor en los delitos que son especiales tienen como punto en común: la protección de bienes jurídicos y la justicia. Sin embargo, si se hablan de delitos especiales como los delitos de administración, se sitúan los elementos de deber especial, en donde el sujeto cualificado vendría a tener una responsabilidad social para con el bien jurídico encomendado que se hubiere visto afectado.

En este punto, Herzberg (como se cita en Gómez, 2006), comparte la teoría de Roxin y añade la expresión de un doble extremo, en donde prevalezca una relación de confianza entre el autor y el sujeto pasivo del delito, por ejemplo: la relación entre un psiquiatra y su paciente, un abogado y su cliente o un funcionario público y el Estado. En todas estas relaciones la teoría de los D.I.D. permitirá identificar al intraneus como al extraneus. El intraneus como, aunque que no tuviere el dominio del hecho como autor, y al extraneus que pudiere dominar el hecho como cómplice.

1.4.3. Tesis de Jakobs

Arismendiz (2018), enuncia que es Jakobs quien postula la teoría de los D.I.D., no obstante, en su desarrollo, se aparta de los planteamientos preestablecidos por la tesis de Roxin, pues comprende a los D.I.D. a partir de las competencias e instituciones. Así pues, la institución deberá ser entendida como aquellas ciencias sociales que forman una relación relevante, permanente y jurídicamente reconocida en la sociedad.

Según resalta Jakobs (como se cita en Arismendiz, 2018), los criterios de imputación del delito versan sobre la identificación de ciertos roles que se encuentran inmersos en la sociedad. Estos roles se clasifican en roles generales en base a una relación negativa y roles específicos en base a una relación positiva.

Los roles especiales, se identifican en aquellos sujetos cualificados que se encuentran obligados en función de los deberes de fomento y salvamento. Para Jakobs (como se cita en Arismendiz, 2018), las personas que desempeñan roles especiales tienen el deber de cuidado en relación con el bien jurídico encomendado o las facultades atribuidas, de modo que se sitúa una denegación de un apoyo solidario.

En esa misma línea, Ibid (como se cita en Arismendiz, 2018), refiere que también es preciso desarrollar los deberes de función o positivos, puesto que, en los D.I.D., se infringen deberes de carácter personalísimo que sitúa al agente en una relación de estatus.

1.4.4. Tesis de Sánchez Vera

La tesis de Sánchez- Vera, copula en gran medida con la tesis de Jakobs y argumenta que lo injusto en el derecho penal debe ser percibido como la defraudación de expectativas (Rueda, 2019). De esto modo, en palabras de Gómez (2006), el derecho penal no debe enfocarse únicamente en garantizar la libertad externa, sino que también es esencial fomentar relaciones positivas basadas en instituciones positivas o roles específicos en función a un vínculo de deber jurídico.

Según Sánchez-Vera (como se cita en Rueda, 2019), para fundamentar la autoría del delito en todos los D.I.D. solo es necesaria la simple infracción del deber. Así pues, responderá como partícipe aquel que no reúna las características que revistan a los elementos del autor.

Por último, se debe tener en cuenta que para Sánchez (como se cita en Rueda, 2019), la forma de defraudación de una expectativa ya sea por acción u omisión carece de importancia en la configuración de estos delitos desde una perspectiva jurídica, esto debido a que lo único relevante, es determinar si es que la expectativa fue o no defraudada, todo esto, en base a la idea de que la obligación se origina en el ciudadano.

2. Análisis del derecho de defensa

2.1. Definición del derecho de defensa

El término defensa es originario del latín *defendere*, lo cual implica alejar o rechazar a un enemigo. Es decir, consiste en oponerse al peligro de agresión que pudiese generar un daño (Carocca, 1998). Queda claro que busca proteger e incluso abogar por los intereses de las personas como de sus derechos dentro de los procesos necesarios.

Siguiendo esa secuencia el derecho de defensa consiste en la representación de una persona por un abogado con la finalidad de garantizar que sus derechos sean debidamente respetados. En ese sentido, se le permite al defendido presentar su versión de los hechos como los medios de prueba que considere necesarios a fin de que se garantice el desarrollo de un proceso justo (Cruz, 2015). De esta forma, se asegura la igualdad de armas y se evita el estado de indefensión de cualquiera de las partes.

2.1.1. El derecho de defensa en la legislación peruana

En la legislación peruana, el artículo 1 de la Constitución establece a la protección de la persona como uno de los propósitos más importantes que tiene la sociedad y el Estado. Siguiendo esa misma línea, se identifica el reconocimiento de la garantía del derecho de defensa en la constitución a través de la prohibición de la indefensión del sujeto (Carocca, 1998).

De esto modo, se comprende que en el Perú el derecho de defensa se establece como un derecho fundamental de carácter procesal, lo que lo integra dentro del debido proceso como una garantía para su salvaguarda (Villavicencio, 2020). Siendo que dentro del proceso penal como en cualquier otro proceso jurisdiccional, es de suma importancia para garantizar la validez de este mismo.

En ese sentido, la prevalencia del derecho de defensa dentro del desarrollo del proceso penal responde al correcto funcionamiento de este mismo. Por tanto, su garantía debe ser la finalidad de toda normativa, como se pretende dentro de la presente investigación para la configuración del delito de A.A. Así pues, cuando se garantice el derecho de defensa se obtendrá un proceso penal válido y cuando subsista la indefensión, se obtendrá un proceso penal nulo, derivado de la inconsistencia normativa en la configuración del delito en función de protección de la defensa (Nakasaki, 2017).

2.2. Principios jurídicos del derecho de defensa

2.2.1. Presunción de inocencia

El derecho de defensa trae consigo el fundamento y desarrollo de distintos elementos que contienen las exigencias que este implica. Dentro de ellas la presunción de inocencia para el derecho penal la cual según Urquiza (2021), debe ser entendida como un estado natural en la materia, ante lo cual el juzgador debe actuar adhiriéndose a la neutralidad valorativa y cognoscitiva. De modo que no debe ver al acusado que tiene en su delante como culpable hasta que se haya demostrado de manera adecuada en el juicio oral.

Cabe mencionar que, la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del imputado corresponderá en principio a los representantes del Ministerio Público como a los actores civiles. Los mismos a los cuales no se les puede exigir que como interesados apoyen la

inocencia del agente, sin embargo, se les es exigible de que el sujeto sea tratado acorde con las reglas que implica la presunción de inocencia (Urquiza, 2021). Esto último va mayormente dirigido al Ministerio Público, pues en la etapa preliminar debe recoger tanto las pruebas de cargo como de descargo antes de presentar su requerimiento de acusación o en todo caso la absolución, donde es imprescindible su imparcialidad.

Siguiendo esa línea ante una posible acusación el fiscal debe seguir una conducta idónea que vaya acorde con los tipos penales y los criterios normativos que apoyan a estos. Cabe precisar que la acusación no es sinónimo de culpabilidad, por lo que debe respetarse la presunción de inocencia hasta que se lleve a cabo el juicio. Lo cual significa que ninguna persona debe ser condenada sin que hayan actuado debidamente en una audiencia de juzgamiento en cumplimiento de las garantías exigibles legal y constitucionalmente.

2.2.2. Contradicción

En cuanto al principio de contradicción, se comprende que el agente tiene la facultad de oponerse a la atribución delictiva que se le esté imputando dentro del proceso. En ese sentido la contradicción brinda una salida a la situación conflictiva del imputado a través de la oportunidad de demostrar su inocencia en el proceso. Así las cosas, puede presentar nuevos hechos, nuevas pruebas; como también cuestionar la imputación del tipo penal a través de su configuración.

Según Villalobos (2018) se debería tener en cuenta que esta oposición requiere que exista una imputación conocida por el procesado quien tiene derecho a audiencia. Considerándose en ese sentido que nadie debe ser condenado sin antes ser escuchado y vencido en juicio. No obstante, se difiere de esta figura porque la contradicción puede ser ejercida desde antes que sea agotada la etapa de juzgamiento. Ello por cuanto es posible desvirtuar la imputación de un delito con la falta de cumplimiento de algunos de los elementos de la tipicidad contenidos en el tipo objetivo como subjetivo.

2.2.3. Representación legal

De conformidad con el fundamento cuarto del expediente número 7811-2006-PHC/TC la representación legal es uno de los principios que constituyen el derecho de defensa. Pues el agente tiene derecho a ser debidamente guiado, apoyado y asesorado por un abogado de libre elección. Estos letrados, pueden ser defensores públicos, como defensores privados según la situación socioeconómica del imputado.

Cabe mencionar que, en la situación de los imputados en el proceso penal, no se puede prescindir del acompañamiento de un abogado. Por lo tanto, si una persona no tiene las posibilidades de costear los servicios de un profesional particular, deberá ser asistido por un

defensor público, todo ello a fin evitar un estado de indefensión. Esto coincide con el numeral 16 del artículo 139 de la Constitución peruana. Ahora, respecto a la relevancia de una representación legal en el proceso penal destaca la noción y conocimiento jurídico que tiene el letrado, para defender la postura de su patrocinado sustentada en sus intereses y derechos.

2.3. Garantías del derecho de defensa

2.3.1. Debido proceso

Según Carocca (1998) la garantía del derecho de defensa está reconocida jurídicamente. Por lo que amerita ser protegida durante las actuaciones, disposiciones, diligencias y decisiones que realicen tanto el Ministerio Público, los juzgadores y los letrados que conocen la naturaleza material del proceso penal. Sin embargo, para proteger el derecho de defensa se debe considerar su vinculación con el debido proceso. Por lo cual, es necesario detallar la confluencia de estos dos conceptos.

En principio el derecho de defensa suele ser entendido como una manifestación de la garantía del debido proceso. No obstante, también se puede afirmar que al garantizarse el derecho de defensa se protege subsecuentemente el debido proceso. Todo ello en razón que el primero refuerza al segundo, porque la defensa asegura que las partes involucradas tengan la oportunidad de presentar sus argumentos, evidencia y recursos legales de manera adecuada con la finalidad de que no se fragmente la forma del proceso.

De este modo, en el derecho penal es importante la garantía del derecho de defensa, pues permite al agente acusado, o investigado, protegerse de las parcialidades, injusticias, o incongruencias dentro del proceso. En el caso del A.A. una forma de asegurar el derecho de defensa es que los juicios de tipicidad objetiva como subjetiva sean correctamente desarrollados. Para lo cual se deben evaluar los elementos que conforma la tipicidad en el artículo 376°, así como determinar los criterios normativos que la configuran como un D.I.D. Así, al prevalecer esta garantía, se asegura la correcta realización del proceso.

Materiales y métodos

La presente se desarrolló en torno a una visión filosófica constructivista apoyada en la comprensión del mundo subjetivo como menciona Creswell y Creswell (2018). Este enfoque se enriqueció a través del análisis de libros y documentales que apoyaron al entendimiento de las bases teóricas como el A.A. y el Derecho de defensa, a través de una exhaustiva evaluación de información recogida durante la investigación.

También, se actuó en función de un paradigma interpretativo, caracterizado por abordar la complejidad de las realidades y centrarse en la subjetividad, singularidad y contexto de los

fenómenos, influido por la hipótesis que la sustenta. (Alfonso, 2021). En ese sentido, se conoció el alcance de los conceptos básicos, como las teorías doctrinarias que sirven para fundamentar los criterios normativos a partir de los D.I.D. Esta investigación, comprende una demostración y explicación de la importancia y necesidad de la determinación de criterios normativos del delito de A.A. en el derecho penal como garantía del derecho de defensa. Para lo cual, se asumió un enfoque del tipo cualitativo, definido por Creswell y Creswell (2018), como aquél que comprende el análisis de datos e interpretaciones del significado de estos a fin de representar la complejidad de la situación.

Se aplicó la técnica del análisis documental que ha permitido copilar diversas fuentes bibliográficas como libros, trabajos de investigación, legislación peruana, y artículos, que contribuyeron significativamente al entendimiento de los conceptos y a la postura crítica asumida a partir de la discriminación realizada por los doctrinarios. Pues el análisis documental como menciona Alfonso (2021) permite recoger información concisa que aporte y contribuya al contenido de la investigación.

Por otro lado, la presente se identifica según el tipo de aplicación básica pues se busca delimitar el conocimiento doctrinario de los D.I.D. a un conjunto de criterios que identifiquen su configuración dentro del marco normativo penal a fin de ampliar la comprensión de estos. De modo que se cumpla con garantizar el derecho de defensa del imputado dentro del proceso penal, precisamente ante una incorrecta acusación delictual. Sumado a ello, este trabajo tiene un alcance descriptivo, entendido que busca especificar cuáles son las características o perfiles importantes en cualquier fenómeno evaluado según (Hernández, 2014). Así las cosas, se busca detallar y medir el comportamiento de los agentes dentro de la Administración Pública para determinar si es que este constituye o no un delito de A.A. partiendo de la teoría de los D.I.D.

Para lograr los objetivos planteados, se utilizó la ficha del estado del arte, misma que ha permitido recopilar y estructurar las fuentes, así como establecer la relación causa y consecuencia emergente de la problemática establecida. Esto ha sido posible mediante una evaluación crítica realizada con el fin de encontrar un nexo de conexión entre el contenido de la fuente y el tema de la investigación.

En ese sentido, el corpus documental revisado comprendió:

Tabla 1

Corpus documental revisado del marco teórico

| Corpus Documental | N° Cantidad |
|---------------------------|--------------------|
| Libros | 27 |
| Trabajos de investigación | 6 |

| | |
|----------------------|---|
| Legislación Peruana | 3 |
| Artículos de revista | 2 |

Mismos que tienen una relación directa con la problemática abordada, y cuentan con un margen de antigüedad proporcional a la trascendencia de los D.I.D., provenientes tanto de la doctrina nacional como internacional. Esto brinda una mayor solidez y consistencia al trabajo, ya que permite un enfoque comprensivo y bien fundamentado, respaldado por múltiples perspectivas. Así, la inclusión de fuentes variadas y actualizadas asegura que los criterios normativos configuradores se basen en un marco teórico robusto y en evidencia empírica, proporcionando una base sólida en esta investigación.

Se han considerado cinco antecedentes a nivel internacional y cinco a nivel nacional, mismos que han permitido observar un panorama amplio y desarrollado respecto de los alcances del tratamiento que se le da al delito de A.A., así como de su repercusión en el derecho de defensa, especialmente al no existir criterios normativos que delimiten este tipo de delitos funcionariales. La doctrina examinada muestra distintos enfoques respecto a la configuración de los D.I.D., pues por una parte autores como Jakobs o Sánchez Vera la fundamentan, mientras otros autores como Roxin la critican.

Estas posturas son relevantes para la estructuración de los criterios normativos del delito de A.A. fundamentando su coherencia en las instituciones y concurrencia de los deberes de fomento y salvamento. Por otro lado, en cuanto a las revistas y artículos empleados, la documentación recopilada ha contribuido significativamente al entendimiento de las teorías desarrolladas por los estudiosos del derecho. Estos textos proporcionan información crucial sobre los D.I.D., el delito de A.A. y el Derecho de defensa.

De toda esta indagación se ha conseguido alcanzar la comprensión integral de la información requerida para la investigación. Este entendimiento se ha plasmado en lo que comprende la composición de este trabajo. Mismo que en concordancia con la honestidad profesional ha sido filtrado a través del software antiplagio Turnitin con el fin de detectar el porcentaje de similitud con otros proyectos y demostrar la originalidad de este.

Resultados y discusión

En el presente apartado se expondrán los resultados obtenidos, atendiendo a los objetivos planteados en esta investigación. Para lo cual, se empezó por construir los criterios normativos del delito de A.A. y se analizó el derecho de defensa. Finalmente se determinaron los criterios normativos del delito de A.A. como garantía del derecho de defensa.

1. Criterios normativos del abuso de autoridad

El primer objetivo específico de este proyecto consiste en la construcción de criterios normativos del delito de A.A desde el punto de vista objetivo. Para lo cual, como se ha mencionado anteriormente se asumió una postura funcionalista, misma que está ampliamente desarrollada por Günther Jakobs en concordancia con la teoría de los D.I.D. (como se cita en Arismendiz, 2018). Ello en razón que, al ser el delito de A.A. una norma de mandato no solo debe valorarse los deberes de cargo asignados al sujeto activo, sino también los deberes de función que comprenden el aseguramiento y fomento de los valores de protección del bien jurídico, tal como lo plantea Franco (2022) en tu tesis “delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal” mencionada en la primera parte de esta investigación.

El A.A. como se ha venido detallando consiste en un tipo penal que solo puede ser configurado por aquel sujeto que revista ciertas cualidades especiales por las cuales sea denominado funcionario o servidor público. Sin embargo, desde la teoría funcionalista, no es suficiente con considerar la atribución de este cargo para la configuración de este tipo penal como pretende la visión positivista de la norma, pues también es necesario evaluar la conducta desde una perspectiva filosófica que tiene consigo el sujeto especial.

En esa línea, es necesario atender las expectativas sociales que también recaen sobre el funcionario o servidor. En ese sentido, al tratarse de un delito funcional debe tomarse en cuenta la extensión o alcance de los límites en la configuración de este tipo de acción u omisión penal, precisamente el abuso de atribuciones. Para lo cual se tienen ciertos requisitos externos, estos son, consideraciones que no se encuentran expresamente contenidos en el tipo penal. Así pues, resulta indispensable comprender que criterios normativos deben valorarse para la configuración de este delito, teniéndose en cuenta que estos podrían variar según cada caso en concreto.

En ese sentido, es necesario estudiar al ciudadano en relación con los roles asignados tanto por la ley o por la sociedad constituyéndose así el primer criterio normativo. Este punto se refiere a la interpretación de conductas sociales, las cuales pueden fundamentarse en la percepción común del ciudadano en promedio. Ello en cuanto la persona humana por naturaleza es un ser razonable capaz de tomar decisiones, como discernir entre la benevolencia o malevolencia de sus acciones. A su vez, es un ser sociable que desarrolla ciertos patrones de comportamiento que preceden según las reglas de conducta del entorno en general, como de la cultura popular (Hikal, 2017).

Es cierto que la persona en común tiene un conjunto de atribuciones propias de las expectativas sociales concernientes por su entorno, las cuales giran alrededor de una regla general denominada el “no dañar”. No obstante, al tratarse de un sujeto a quien se encomendó un bien jurídico, se comprende que existen otras obligaciones a las que está sometido las cuales pueden estar contenidas dentro de reglamentos o protocolos de formación. Entonces, teniéndose en cuenta que el ser humano asume la protección del bien jurídico se entiende que este también asume la responsabilidad de no defraudar las expectativas sociales que se le atribuyen por función de su rol.

En esa línea, ciudadano en relación por los roles asignados por la ley deberá responder penalmente por el delito de A.A. si en ejercicio de sus funciones excede los límites de las expectativas sociales sobre su persona a través de su conducta. Ocasionándose de esta manera un daño directo a la administración pública y colateral a la sociedad en general. Cabe mencionar que, de no considerar el ineficiente ejercicio del rol del sujeto frente a la sociedad, se pondría en peligro la correcta persecución del delito de A.A. perjudicando así el derecho de defensa del infractor, tal y como mencionó Barraza (2021), en los antecedentes de esta investigación.

Otro criterio normativo por considerar para delimitar el alcance del delito de A.A., son los patrones culturales y la costumbre que van de la mano con los roles sociales ya mencionados. En este punto principalmente debe estudiarse cuál es el concepto que tiene la cultura social sobre el término abuso. Siendo que hasta este momento ha quedado claro que se le entiende como una extralimitación del poder en el desempeño de funciones del servidor y funcionario público a quien le han sido atribuidas las funciones especiales. Es decir, por abuso de atribuciones se entiende el sobrepasar los límites de la competencia funcional donde el sujeto actúa inobservando conscientemente las normas y formalidades a las que se encuentra arraigado.

Siguiendo esa secuencia, también debe acogerse la cultura de la praxis penal, porque en ella se esclarecen cuáles son las posiciones de las partes dentro del proceso, ya sea como imputado, testigo, perito, agraviado, entre otros; señalándose sus respectivas obligaciones, como podría ser en el caso de un fiscal la correcta imputación de un delito a un investigado que revista la condición de funcionario público (Hassemer, 1999). A su vez, esta figura enseña cuales son los criterios y reglas que dirigen los procesos de investigación sin dar los hechos por sentado sino evaluando concretamente la situación.

De la mano con los patrones culturales se examina la costumbre dentro del grupo social. Entendida esta última como una norma consuetudinaria, esto es, una norma no escrita. La costumbre se origina a partir de un modelo de conducta circunstancial que crea un hábito social

ocasionando reacciones de rechazo u aceptación dentro de la colectividad en base a los intereses que se consideren como legítimos (Fabra y Rodríguez, 2015).

Se le reconoce desde hace muchos años como una de las principales fuentes de derecho, y debe ser considerada dentro de la construcción de los criterios normativos para la configuración del delito de A.A. por cuanto la sociedad conforme a su desarrollo y crecimiento va creando sus propios lazos de civilización y convivencia a partir del depósito del poder en una persona concreta, como lo son hoy en día los funcionarios o servidores públicos. De tal modo existen costumbres tanto locales como regionales las cuales se adecúan según la ética y cultura social (Valbuena, 2022). En el Perú, existen las denominadas buenas costumbres, por tanto, habrá comisión del delito de A.A. cuando se contraríe o se lesione en el actuar del funcionario.

Hasta este punto, queda claro que deben evaluarse tanto los patrones culturales como la costumbre del entorno social para poder determinar si es que los hechos atribuidos a un funcionario público o servidor corresponden a la conducta necesaria para la imputación del delito de A.A. Respecto a este criterio surge una complicación en consideración de la actual situación peruana donde gran parte de los funcionarios públicos se encuentran apartados de los hábitos sociales buenos, no obstante, ello no impide advertir si estos tienen la calidad de abusivos por cuanto existe el deber en ellos de actuar correctamente en prevalencia de las buenas costumbres.

En lo que respecta al tercer criterio, para probar la conducta abusiva del sujeto activo debe valorarse la prueba indiciaria, las reglas de las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los patrones científicos que se encuentran contenidas de modo expreso en el artículo 158 del código procesal penal. No obstante, no solo deben ser desarrolladas en la etapa de juzgamiento a través de la valoración de la prueba del juez como pretende la norma, sino que también deben ser acogidas por el Ministerio Público antes de formular la imputación del delito de A.A.

La prueba indiciaria es un hecho que requiere ser validado mediante un proceso que conducirá a una tesis inculpativa o una tesis absolutoria (Arismendiz, 2018). Requiere de un indicio base, esto es suceso como punto de partida; una inferencia lógica que implica un razonamiento que conecte el indicio con el hecho a demostrar; y una conclusión razonada donde se establezca la relación existente entre el indicio y el hecho debidamente validado (Zavala, 1989, como se cita en Arismendiz, 2018).

Las máximas de la experiencia se comprenden como definiciones de situaciones concretas o juicios hipotéticos de carácter general, cuya observación debe ser válida para casos futuros (Stein, 1999). Apoyan al desarrollo de la prueba indiciaria y son el resultado de un proceso

donde a través de un conjunto de premisas y conclusiones, se identifican y verifican reglas o patrones con el fin de que sean susceptibles de generalización (Alejos, 2017).

En el caso del delito de A.A., es necesario identificar las reglas generales basadas en las máximas de la experiencia. Entre las cuales un ejemplo sería la naturaleza de las atribuciones del funcionario o servidor público, porque si el A.A. solo se configura cuando el agente excede los límites de dichas atribuciones, se entiende que en caso el exceso no se encuentre relacionado con sus funciones no se configurará el delito.

Respecto a las reglas de la lógica Pérez (2009) refiere que a las reglas según la razón entre las cuales figuran el principio de identidad, que establece que una cosa solo puede ser lo que es; el principio de no contradicción, que implica que un hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo; el principio del tercero excluido, según el cual, ante dos situaciones, una siempre debe ser verdadera; y el principio de razón suficiente, donde todo juicio requiere un fundamento adecuado para ser considerado verdadero. En relación con la conducta abusiva del funcionario en sus atribuciones, esta debe ser valorada si es o no abusiva por tanto no existe un punto medio en el actuar del sujeto y el considerarlo implicaría una incoherencia lógica.

En cuanto a los patrones científicos, Magos (2015) refiere que el conocimiento científico es resultado de un pensamiento racional, objetivo y sobre todo sistematizado a través de un sistema de valoración crítica. Por lo que puede atenderse que, los patrones científicos implican la ejecución de un método de evaluación.

En esa línea, el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria indica que estos patrones están recogidos en ciencias fácticas o sociales como la psicología, la biología, o la historia; las cuales concluyen en su mayoría con un dictamen pericial, entre otros. Sobre ello, para ser considerados como una ciencia según la doctrina la técnica empleada en la evolución debe poder ser controlada y demostrada falsa si fuese necesario lo cual implica que debe ser probada en la realidad. Debe conocerse el margen de error del método utilizado, así como debe tenerse como información pública para que se asegure la calidad y validez por otros expertos. Por último, debe existir un consenso científico que en la actualidad no comprende exclusivamente solo a la comunidad científica, sino también al juez o como se pretende en esta investigación, al fiscal encargado de imputar el delito de A.A.

Así las cosas, deben tomarse como criterios normativos del delito de A.A. los patrones sociales que estudian al ciudadano en relación con los roles asignados por la ley y por la sociedad, los patrones culturales en las buenas costumbres, y la prueba indiciaria con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los patrones científicos en la conducta de la persona durante el ejercicio de sus funciones.

1.1. Configuración del delito de abuso de autoridad en la teoría de infracción de deber

La sociedad desde el punto de vista normativo es un conjunto de individuos que interactúan y coexisten bajo un marco de normas, reglas y principios que regulan su comportamiento y relaciones (García, 2019). Por tanto, es indispensable la valoración de criterios objetivos y racionales que regulen el comportamiento y las interacciones sociales brindándose de esta forma una coherencia y objetividad de la aplicación de la ley (Arismendiz, 2018). En tal sentido, se presentaron un conjunto de criterios respecto a la conducta objetiva del ser humano en el actuar abusivo que deben ser valoradas para la configuración del delito de A.A.

En lo que respecta a los indicadores sociales referidos en esta investigación debe tenerse en cuenta que estos se derivan a partir de un conjunto de instituciones preexistentes a las normas jurídicas, puesto que las relaciones humanas tienen una trascendencia antiquísima que se remonta a la convivencia social y las instituciones; precisamente a las primeras apariciones del derecho hace XIII siglos. Al respecto Justiniano en su libro sobre las institutas (como se cita en Ortolán, 1847) indica que en la época romana prevalecían ciertas leyes que regulaban tanto el poder marital y el poder paternal en la composición de la familia romana constituyéndose en las normas el desarrollo del deber que le asisten a la institución familiar que tiene un fundamento especial.

Por otra parte, relata como la culpabilidad del delito en ese entonces entendida como la intensión, dependerá tanto del lugar o la persona que lo cometa. En ese sentido, ante el supuesto en que un militar alcance a herir a un esclavo mientras dispare flechas en un lugar de prácticas no se consideraba que haya actuado con culpa al ejercer una actividad esperada y permitida (Justiniano, como se cita en Ortolán, 1847). Distinto sería el mismo supuesto en un lugar donde se encuentra prohibida la arquería, esto es fuera del campo de prácticas, pues en ese caso el militar deberá responder por una sanción punitiva debido al cargo institucional que sería en esos años la milicia, sobre la cual yace una conducta esperada entorno a las expectativas sociales operantes.

En esa línea, se tiene que el que rol de la persona es un factor determinante en la responsabilidad del delito. Eso quiere decir que la teoría de los roles fundamenta el tipo penal, es decir, un autor de delito de institución es aquella persona que infringe su rol especial, siendo este una construcción normativa. De esta forma, una persona defrauda su expectativa tanto social como jurídica impuesta.

Este contexto propuesto por Justiniano complementa la tesis Jakobsiana en los D.I.D. por cuanto considera el valor de la persona en la sociedad por las expectativas sociales más allá de la encomendación del deber. Günther Jakobs a partir de las institutas recogidas por Justiniano

desarrolla los tipos penales de función, los cuales evalúan los roles especiales en aquellos sujetos que se encuentran obligados según los deberes de fomento y salvamento (como se cita en Arismendiz, 2018).

Así pues, para interés de esta investigación conviene precisar que la institución a la cual se encuentra sujeto el funcionario o servidor público en el delito de A.A. es la administración pública por cuanto se presume que toda persona en ejercicio de la función pública conoce sus obligaciones para con el bien común en la sociedad, de modo que el ejercicio de sus responsabilidades debe responder al correcto desarrollo de la administración pública, sin lesionarla ni atentar contra esta.

Por último, queda decir que actualmente vivimos en una civilización en donde prevalece la libertad, misma que se encuentra sujeta a la responsabilidad y orientada al bien común según las normas sociales y jurídicas. Por tanto, es importante decir que existen dos tipos de vinculación institucional, una negativa que comprende el dominio del ciudadano común sobre las cosas dirigidas por la norma general de no dañar, y una negativa que comprende la edificación de un mundo en protección de un bien jurídico encomendado para ser protegido (Sánchez, s.f., como se cita en Arismendiz, 2018).

1.2. Concurrencia de los deberes de fomento y salvamento

Para la configuración del delito de A.A. como un D.I.D. es necesaria que haya una afectación en la concurrencia de dos tipos de deberes. Estos son, el deber de fomento y el deber de salvamento, los cuales en conjunto constituyen una norma de mandato, que junto al cargo especial de la persona y la valoración de los roles especiales configuran al delito de institución, y la autoría directa del delito de A.A.

Estos deberes son denominados como fomento y aseguramiento por la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – en la Sala Penal permanente de fecha cinco de octubre del año 2009 con el expediente N° 002065-2008). Sin embargo, la misma no profundizó el desarrollo de estos conceptos dentro de su exposición de motivos, ni enfatizó en que consiste cada uno de ellos. A pesar de esto, concluyó absolviendo al regidor de iniciales J.C.B.T. por no haber suficientes indicios de pruebas que concluyan que haya quebrantado sus deberes.

En la mencionada sentencia, se le atribuye al imputado haber autorizado y permitido la instalación de una feria frente al palacio Municipal de Distrito de Lurigancho-Chosica sin antes haber mediado un acuerdo con el Consejo Municipal tal y como dispone el Decreto Legislativo 715. En ese sentido, considerándose que el A.A. acoge los verbos cometer u ordenar se le pretendía atribuir el delito, no obstante, el regidor de iniciales J.C.B.T. no tenía facultades de disposición sobre el caudal municipal. Por tanto, el hecho de que este hubiere permitido dicho

acto arbitrario no significa la configuración de este tipo penal ya que no es un deber que le correspondiente conforme las atribuciones que le habían sido encomendadas.

Distinta es la posición del alcalde de iniciales A.S.C.L., quien si quebranto sus deberes al tener en su alcance el poder de disposición de la vía pública y la utilización de ferias. En ese sentido, para el alcalde si alcanza a configurarse la figura de A.A. pues la sola autorización demuestra una conducta contraria al orden preestablecido por el sistema municipal.

A partir de esta sentencia, se toma por indispensable la consideración de los deberes en conjunto para la atribución de este tipo penal. Por ello, es fundamental desarrollar la estructura de una norma de mandato. No todos los tipos penales pueden considerarse normas de mandato, ya que se diferencian de otros tipos penales por los deberes que imponen al sujeto cualificado, obligándolo a actuar de manera específica para proteger el bien jurídico encomendado (Arismendiz, 2018).

En el caso del delito de A.A., la norma de mandato se identifica a partir del supuesto de hecho del tipo penal, particularmente en la referencia al abuso de atribuciones, las cuales deben ser analizadas y descifradas para su correcta interpretación. En ese sentido, es importante reconocer cuales son las atribuciones que reviste el funcionario público y el bien jurídico que deberá proteger.

Desde el punto de vista objetivo en la teoría del deber ser, no se examina la voluntad de la persona en la ejecución de sus acciones o conducta, sino que se observa como la conducta condice a una infracción de deberes personales que lesionan al bien jurídico protegido que es la administración pública, tal como mencionó Frisancho (2002) en el desarrollo de esta investigación. Por tanto, conviene desarrollar los deberes de fomento y salvamento mencionados por la sentencia.

El deber de fomento consiste en la creación de un ambiente idóneo para el bien jurídico encomendado (Sánchez, s.f. como se cita en Arismendiz, 2018). Es un deber que no se encuentra contenido de manera expresa en una norma, por lo cual debe ser inferido a partir de la capacidad del funcionario o servidor público y la obligación que tiene de construir un ambiente favorable para el objeto. Por otro lado, el deber de salvamento consiste como su mismo nombre lo dice en salvar y proteger al bien jurídico, a razón de que se le ha encomendado al sujeto cualificado un deber especial que se encuentra expresamente contenido en una norma penal.

A continuación, se presenta una comparación entre los deberes de fomento y salvamento para efectos de identificación de la norma de mandato en el delito de A.A.

Tabla 2

Diferencias entre el deber de fomento y el deber de salvamento

| Tipo de deber | Fomento | Salvamento |
|----------------------|---|--|
| Concepto | El sujeto activo tiene la capacidad y obligación de crear o construir un ambiente favorable para el bien jurídico encomendado en la institución jurídica de la administración pública. No se encuentra expreso en el tipo penal, pero puede ser inferido producto de la misma situación cualificante. | El sujeto activo tiene la capacidad y obligación de salvar y proteger al bien jurídico que se encuentra contenido de manera expresa en una norma penal. Contiene el rol especial vinculado a la perspectiva social jurídica. |

De la revisión de la tabla puede concluirse que el deber de fomento en el delito de A.A. está orientado a la creación de un ambiente favorable para la administración pública, de modo que la debida forma de actuar del infractor debe ser inferida a partir de la institución jurídica en este caso la administración pública. Por otro lado, el deber de salvamento debe ser identificado en una norma penal que recoja las atribuciones en función del cargo que ha asumido el funcionario o servidor público. Siendo necesarios ambos deberes para la configuración del delito de A.A., puesto que más allá de los deberes de cargo existen los deberes de función como se postuló por Franco (2022).

En adición a lo expuesto, es importante mencionar que el deber de cuidado del bien jurídico puede estar orientado según un elemento intelectual o normativo como indica Choclán (1998). El elemento intelectual comprende la previsión de las consecuencias de una acción mediante un juicio racional, y el elemento normativo refiere que no toda acción infringe el cuidado debido.

1.3. Los roles del funcionario público en sociedad

Como se ha venido desarrollado en el presente apartado, debe considerarse el rol asignado por la ley o por la sociedad como uno de los criterios normativos suficientes para la configuración del delito de A.A. Por cuanto la cualificación del sujeto conduce la responsabilidad social que tiene este mismo para con la sociedad. Es decir, según el estatus social y jurídico del ciudadano surgen ciertas expectativas sociales hacia su persona que se

espera deben ser cumplidas y respetadas a través de sus acciones por ser estas partes de sus responsabilidades asumidas.

Desde una perspectiva social jurídica, Arismendiz (2018), distingue el rol especial como aquel que se encuentra determinado por el deber de salvamento frente al objeto encomendado, los cuales contienen a la probidad y lealtad que debe mantenerse frente a la administración pública. Esta idea es apoyada por Sulbarán (2022) como se citó en los antecedentes de esta investigación quien detalla cómo se incurre en ciertas afectaciones a la lealtad del funcionario cuando la conducta de este en su libertad es contraria a la obligación contraída por fuerza pública.

Al hablar de la defraudación de los roles asignados al funcionario público en la sociedad, es importante señalar que la simple transgresión de las expectativas sociales, de carácter normativo, puede ser suficiente para configurar dicha defraudación (Arismendiz, 2018). Por tanto, el rol del funcionario público, implica la creación de mecanismos de protección en favor de la correcta administración pública.

2. Garantía del derecho de defensa

El segundo objetivo específico de este trabajo de investigación consiste en el análisis del derecho de defensa. Lo cual se condice a partir de la teoría estructural de los derechos fundamentales tal y como menciona Alexy (1993) en su libro “Teoría de los derechos fundamentales”. Ello por cuanto considera que los derechos fundamentales como el derecho de defensa son derechos válidos positivamente por estar reconocidos y garantizados por ley, además, de que tienen un papel activo en la configuración del sistema activo en protección de los individuos. Dicha teoría en el Perú se apoya en lo expuesto por Salmon y Blanco (2012) en la primera parte de esta investigación donde se señala como efectivamente el derecho de defensa se encuentra recogido por la Corte Interamericana de Derechos humanos, por lo que existe un arduo interés en velar por su salvaguarda en el individuo.

El derecho de defensa debe ser garantizado por el Estado por obligatoriedad durante todo proceso judicial, pues de lo contrario se incurriría en un atentado contra los derechos fundamentales de la persona dejándola en un evidente estado de indefensión y lesionándola. Por tanto, su protección debe ser priorizada desde su inicio hasta su conclusión como ha referido Carocca (1998) en los antecedentes de esta investigación. Teniéndose en cuenta que la protección de este derecho es propia del mantenimiento de un estado de derecho como en el que se vive actualmente.

Por tanto, se puede afirmar que una de las formas de contribuir a la garantía de este derecho es a través de la promoción de la igualdad de armas en donde se tutela de modo equivalente el

camino hacia la justicia de las partes en conflicto. Cabe precisar, que los procesos de naturaleza penal deberán respetar el principio de presunción de inocencia que obliga a las autoridades fiscales como judiciales a desempeñar sus funciones en adhesión a una neutralidad valorativa y cognoscitiva.

En esa línea, no se debe atribuir un hecho delictivo a una persona sin tener los indicios suficientes que la vinculen con el mismo. Por tanto, otra forma de contribuir a la garantía del derecho de defensa es con la correcta aplicación de los juicios de tipicidad objetiva, para lo cual deben considerarse los elementos referentes a los sujetos, la conducta y concomitantes, los cuales deben estar respaldados por criterios normativos estandarizados.

Así las cosas, conforme a la teoría estructural debe acogerse un marco comprensivo que integre una validez jurídica a través de una clasificación de distintos enfoques teóricos como se pretende con la presente investigación pues de esta manera se obtiene una mejor comprensión, aplicación y sobre todo garantía del derecho de defensa dentro del contexto legal.

2.1. Salvaguarda y criterios normativos como medida de protección a derecho de defensa

En lo que respecta a la salvaguarda del bien jurídico, como se ha venido mencionando el funcionario o servidor tiene un rol contenido expresamente en una norma penal, la cual establece los límites de conducta que este debe respetar. Se tiene pues que este sujeto especial tiene la capacidad y obligación de salvaguardar al bien jurídico.

Sin embargo, más allá de esta responsabilidad asumida, el sujeto especial debe fomentar la construcción de un ambiente favorable que proteja al bien jurídico, no obstante, esta responsabilidad de fomento de construcción de ambiente favorable no se encuentra expresa en ninguna norma penal ni extrapenal, por lo cual debe ser inferido según cada situación cualificante. A ello es importante que existan criterios normativos para determinar si es que la conducta del autor incurre en un riesgo prohibido o que ocasiona un daño al bien jurídico, en el caso del delito de A.A., se transgrede la administración pública.

Esto se apoya en el recurso de nulidad N° 2504-2015 de la ciudad de Lima el cual resalta la necesidad de salvaguardar, respetar y aplicar criterios normativos para garantizar el derecho de defensa. En su fundamento décimo primero, resalta como la hermenéutica jurídica pretende agotar el método jurídico a través de una constatación silogística de un hecho a la formulación legal. Sin embargo, este recurso concluye que esto no es acertado por cuanto el juez no debería limitar la verificación de una conducta solamente al resultado lesivo, sino que este debe basarse según criterios jurídico-penales que determinen cuando la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y cuando es este riesgo el que ha ocasionado el resultado lesivo.

En ese sentido, es indispensable establecer criterios normativos claros que demuestren que se ha incurrido en un delito, tomando en cuenta la conducta de la persona en función de su rol social, sin vulnerar el derecho de defensa en el proceso de imputación penal. Esto debió observarse en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – en la Sala Penal permanente de fecha cinco de octubre del año 2009 con el expediente N° 002065-2008), en la que no se desarrollan adecuadamente los conceptos del deber de fomento y salvamento, si se identificaron en el caso en concreto como parte de la motivación de la sentencia.

Por lo tanto, es fundamental que los órganos jurisdiccionales motiven adecuadamente sus sentencias utilizando estos criterios, como medida de protección del derecho de defensa. Siendo que, aunque en dicha sentencia se absolvió al funcionario o servidor público, si el resultado hubiera sido diferente, o en caso de que el fiscal decidiera impugnarla, esta no hace más que mencionar y acoger los deberes de fomento y salvamento sin desarrollarlos como debería. En ese sentido, debe justificarse la aplicación de estos conceptos y considerarse los criterios preestablecidos en los puntos anteriores para garantizar el derecho de defensa.

Conclusiones

1. Se determinó la inexistencia de criterios normativos estandarizados para configurar la norma de mandato del delito de abuso de autoridad, lo cual afecta a la garantía de protección del derecho de defensa.
2. Se identificó la necesidad de establecer criterios normativos claros y específicos para la configuración del delito de abuso de autoridad.
3. El derecho de defensa se ve vulnerado durante la imputación del tipo penal debido a la incorrecta aplicación del juicio de tipicidad objetiva, ocasionada por la ausencia de criterios estandarizados que respalden su uso.

Recomendaciones

1. Los administradores de justicia deben establecer criterios normativos estandarizados para identificar la norma de mandato y sus componentes, garantizando así el proceso penal. Esto permitirá que los órganos jurisdiccionales puedan motivar adecuadamente sus decisiones.
2. Se recomienda a los juristas y fiscales aplicar criterios normativos para la configuración del delito de abuso de autoridad, considerando los roles del ciudadano asignados por ley y sociedad, los patrones culturales basados en las buenas costumbres, la prueba indiciaria,

las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los patrones científicos que rigen la conducta de la persona en el ejercicio de sus funciones.

3. Se exhorta a los fiscales a respetar el derecho de defensa mediante la correcta realización del juicio de tipicidad, apoyándose en criterios normativos estandarizados que sirvan como guía y respaldo para fundamentar la imputación penal.

Referencias

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. (2da ed). Palestra Editores.
- Aguilar, D. (2021). *Responsabilidad penal en la administración pública del delito de abuso de autoridad en su regulación del artículo 376 código penal*. [Tesis de Bachiller, Universidad Particular de Chiclayo]. http://repositorio.udch.edu.pe/bitstream/UDCH/1446/1/T044_71619375_T.pdf
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (1ra ed.). Imprenta Fareso S.A.
- Alfonso, N. (2021). *Paradigmas y métodos*. (2da ed.). Fondo Editorial Universidad Bicentennial de Aragua.
- Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública*. (1a ed.). Instituto Pacífico.
- Barraza, J. (2021). *El abuso del derecho en materia procesal*. [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/180053/El-abuso-delderecho-en-materia-procesal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Carocca, A. (1998). *Garantía constitucional de la defensa procesal*. (1ra ed.). José María Bosch Editor.
- Chil, M. (2007). *Procedimiento de cobranza coactiva ¿Cómo afrontar un procedimiento coactivo iniciado por la Sunat?*. (1ra ed.). Gaceta Jurídica S.A.
- Choclán, J. (1998). Deber de cuidado y delito imprudente. (1ra ed). Bosch, Casa Editorial S.A. Código Penal Peruano. Decreto Legislativo N° 635, (03 de abril de 1991)
- Consejo General de la Abogacía Española (2019). *El derecho de defensa propuesta de Ley Reguladora - Informes de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española*. Artes Gráficas

Constitución Política del Perú [Const]. Art. 1(29 de diciembre de 1993)

Constitución Política del Perú [Const]. Art. 139 (29 de diciembre de 1993)

Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N° 01-2015/CIJ-116. Lima: 02 de octubre del 2015.
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3c34f000428aaf55a3ddb5aa55ef1d3/IX_Plano_Jurisdiccional_de_las_Salas_Penales_Permanente_y_Transitoria_2015.pdf?MOD=AJPERES

Creswell, J. y Creswell, D. (2018). *Research desing: Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches*. (5ta ed.). SAGE publications.

Cruz, O. (2015). *Defensa a la defensa y abogacía en México*. (1ra ed.). Universidad Nacional Autónoma de México

Franco, C. (2022). *Delito del incumplimiento de deberes funcionales: límites entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal*. [Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/19325/Franco_gc.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Frisancho, M. (2002). *Delitos contra la administración pública*. (1ra ed.). Fecat.

García, E. (2020). *Delitos cometidos por servidores públicos*. Universidad latinoamericana.

García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. (3ra ed.). Editorial Adrus.

Gómez, V. (2006). *Los delitos especiales*. Edisofer.

Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Editorial Temis S.A.

Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación*. (6ta ed.). Mcgraw-Hill Interamericana Editores S.A.

Higueta, L. (2001). *La responsabilidad penal del servidor público*. (1ra ed.). Biblioteca Jurídica Diké.

Hikal, W. (2017). Los postulados de Quetelet en el entendimiento de la criminalidad y su aplicación en el derecho penal. *Derecho y Cambio Social*, (50), 1-20.
https://www.derechocambiosocial.com/revista050/LOS_POSTULADOS_DE_QUETELET.pdf

Hugo, J. (2002). *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. (2da ed.). Gaceta Jurídica S.A.

- Hugo, J. y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la administración pública: análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. (1ra ed.). Gaceta Jurídica S.A.
- Jo, D., Canchari, J., Chávez, J., Paredes, J., Núñez, F., Ríos, G., Carhuacho, B., Soto, R. (2020). *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. (1ra ed.) Instituto pacífico.
- Juarez, S. (2023). *Una revisión del delito de abuso de autoridad: A propósito de la Casación N.º 950-2018/Tumbes*. [Tesis de Bachiller, Universidad de Piura]. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/6178/DER_2314.pdf?sequence=4&isAllowed=y
- Kelsen, H. (2018). *Teoría General de las normas*. Marcial Pons.
- Magos, R. (2015). Los operadores del nuevo sistema procesal acusatorio ante las nuevas perspectivas de operatividad. *Nova Iustitia*, (11), 115-322. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/nova-iustitia/article/view/36378>
- Medina, J. (2016). *Manual de imputación objetiva*. (1ra ed.). Academia de la Magistratura.
- Nakazaqui, C. (2017). *El derecho penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. (1ra ed.). Gaceta Jurídica S.A.
- Ortolan, J. (1847). Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano.
- Pérez, G. (2009). *Lógica para estudiantes de derecho*. (2da ed). Editorial Doctrina y Ley LTDA
- Robleto, J. (2013). *El derecho de defensa penal como derecho fundamental*. Artes Gráficas.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. (4ta ed.). Grijley.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. (9na ed.). Marcial Pons.
- Rueda, M. (2019). *Reseña de: Sánchez-vera Gómez Trelles, Javier. "Delito de infracción de deber y participación delictiva"*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2a (13), 501-524. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/25295>
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. (3ra ed.). Editorial Iustitia.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. (5ta ed.). Editorial Iustitia.
- Salmón, E. y Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (1ra ed.). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez, C. (2015). *El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa?*. THEMIS Revista De Derecho, (68), 61-76. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15582>
- Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del juez*. (2da ed). Editorial Temis S.A.
- Sulbaran, A. (2022). *Abuso de Autoridad y Brutalidad Policial: ¿Es el Estado un Agente de Poder y el Abuso de Autoridad un Crimen Emanado de esa Esfera de Poder?* [Tesis de

- maestría, Universidad del Norte de Colombia].
<https://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/11705/Abusodeautoridadcorregido.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Tribunal Constitucional (2006). Expediente n.º 7811-2006-PHC/TC- Lima. Lima: 20 de septiembre del 2006.
- Urquiza, J. (2021). *Derecho Penal Principios Fundamentales*. (1ra ed). Gaceta Jurídica S.A.
- Valbuena, J. (2022). La costumbre en el derecho penal: Una mirada desde la realidad. *Cuadernos De Derecho Penal*, (26), 123–178.
<https://doi.org/10.22518/jour.cdp/202126ID2778>
- Vicente, R. (2006). *Corrupción, funcionario público y medio ambiente*. (1ra ed.). Grupo Editorial Ibañez.
- Villalobos, C. (2018). *El fundamento del derecho a la defensa como garantía del debido proceso y el ejercicio eficaz de la defensa pública penal*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo].
<https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/2935>
- Villavicencio, F. (2009). *Diccionario penal jurisprudencial*. (1ra ed.). Gaceta Jurídica S.A.
- Villavicencio, F. (2007). *Derecho penal parte general*. (1ra ed.). Grijley

Anexos

Matriz de consistencia

| | | |
|--|---|--|
| LINEA DE INVESTIGACIÓN: Ordenamiento Jurídico Nacional | | |
| • TEMA: Criterios normativos del delito de abuso de autoridad como garantía del derecho de defensa. | | |
| PROBLEMA: ¿En qué medida los criterios normativos del delito de abuso de autoridad garantizará el derecho de defensa? | | |
| TESISTA: Carrión Jiménez, Korayma Nikol ASESOR: Arismendiz Amaya, Eliu | | |
| VARIABLES (CATEGORÍAS CONCEPTUALES) | OBJETIVOS | |
| 1. Abuso de autoridad 2. Derecho de defensa | GENERAL: | |
| | Determinar criterios normativos del delito de abuso de autoridad como garantía del derecho de defensa. | |
| | ESPECÍFICOS: | |
| | <table border="1"> <tr> <td>Construir criterios normativos del delito de abuso de autoridad.</td> <td>Analizar el derecho de defensa.</td> </tr> </table> | Construir criterios normativos del delito de abuso de autoridad. |
| Construir criterios normativos del delito de abuso de autoridad. | Analizar el derecho de defensa. | |
| HIPÓTESIS | Si admitimos los criterios normativos del delito de abuso de autoridad, entonces se garantizará el derecho de defensa. | |
| APORTE | Determinación de criterios normativos del delito de abuso de autoridad como garantía del derecho de defensa. | |