



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO**  
**PROFESIONAL DE ABOGADO**

**TÍTULO:**

**LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE QUE EL TIPO PENAL DE**  
**PREVARICATO NO TIPIFIQUE A LOS FUNCIONARIOS**  
**QUE INTEGRAN TRIBUNALES U ÓRGANOS**  
**COLEGIADOS ADMINISTRATIVOS CON CAPACIDAD DE**  
**DECISIÓN COMO SUJETOS ACTIVOS**

**AUTOR:**

Castrejón Aguilar, Sergio Iván

**ASESOR:**

Dr. Tello Villanueva, Juan Carlos

**CAJAMARCA – PERÚ**



**2026**



## CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:  
SERGIO IVÁN CASTREJÓN AGUILAR  
DNI: 48031709  
Escuela Profesional - Facultad:  
Escuela Profesional de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
2. Asesor (a): Dr. Juan Carlos Tello Villanueva  
Departamento Académico:  
Derecho.
3. Grado académico o título profesional para el estudiante  
 Bachiller     Título profesional     Segunda especialidad  
 Maestro     Doctor
4. Tipo de Investigación:  
 Tesis     Trabajo de investigación     Trabajo de suficiencia profesional  
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:  
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE QUE EL TIPO PENAL DE PREVARICATO NO TIPIFIQUE A LOS  
FUNCIONARIOS QUE INTEGRAN TRIBUNALES U ÓRGANOS COLEGIADOS ADMINISTRATIVOS  
CON CAPACIDAD DE DECISIÓN COMO SUJETOS ACTIVOS.
6. Fecha de evaluación: 06/02/2026.
7. Software antiplagio:  TURNITIN     URKUND (ORIGINAL) (\*)  
Porcentaje de Informe de Similitud: 16%.
8. Código Documento: oid:::3117:553910319
9. Resultado de la Evaluación de Similitud:  
 APROBADO     PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES     DESAPROBADO

Fecha Emisión: 10/02/2026.

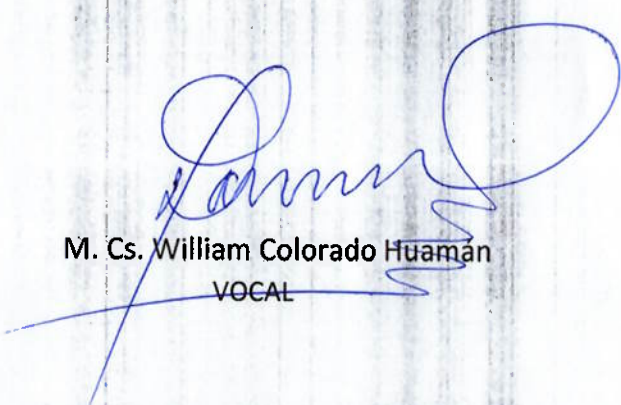
<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>	
 _____ Dr. Juan Carlos Tello Villanueva DNI: 48570003	 UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas _____ M.C. José Luis López Núñez DIRECTOR (e)

## ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Cajamarca, siendo las diez y quince minutos de la mañana del día miércoles once de marzo del dos mil veintiséis, reunidos en la Sala de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado N° 02, presidido por el Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor e integrado por la Dra. Teresa Ysabel Terán Ramírez, en su condición de Secretaria; y, el M. Cs. William Colorado Huamán, en calidad de Vocal, designado mediante Resolución de Decanato N° 047-2026-FDCP-UNC, de fecha 20 de febrero de 2026, con la finalidad de llevar a cabo la sustentación de tesis titulada: **"LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE QUE EL TIPO PENAL DE PREVARICATO NO TIPIFIQUE A LOS FUNCIONARIOS QUE INTEGRAN TRIBUNALES U ÓRGANOS COLEGIADOS ADMINISTRATIVOS CON CAPACIDAD DE DECISIÓN COMO SUJETOS ACTIVOS"**, presentado por el Bachiller en Derecho **SERGIO IVÁN CASTREJÓN AGUILAR**, con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado. En este sentido, se dio inicio al acto académico concediéndole al sustentante el plazo reglamentario, luego de lo cual se procedió a formular observaciones y preguntas por partes de los integrantes del jurado evaluador, las cuales fueron absueltas por el bachiller en mención, posteriormente, se invitó al sustentante a abandonar el recinto con la finalidad de deliberar y calificar su desempeño, siendo el resultado: **APROBADO POR UNANIMIDAD CON CALIFICATIVO DE CATORCE (14)**, con lo que concluyó el acto académico, siendo las doce y quince minutos del medio día, procediendo con la firma de los intervinientes.

  
Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor  
PRESIDENTE

  
Dra. Teresa Ysabel Terán Ramírez  
SECRETARIA

  
M. Cs. William Colorado Huamán  
VOCAL

  
Sergio Iván Castrejón Aguilar  
BACHILLER

A:

Mis queridos padres, Segundo Sergio y María Justina, con infinito afecto y gratitud,  
por su enorme sacrificio en mi formación personal y profesional.

Mis hermanos, Rubén y Dolores, con indeleble agradecimiento, por su apoyo  
incondicional e invaluable contribución en mi desarrollo integral.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi asesor, el Doctor Juan Carlos Tello Villanueva, por su valioso apoyo en la realización de la presente tesis.

## TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO .....	III
TABLA DE CONTENIDO .....	IV
LISTA DE ABREVIACIONES .....	VII
RESUMEN .....	VIII
<i>ABSTRACT</i> .....	X
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I .....	4
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	4
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	4
1.1.1. Contextualización del problema.....	4
1.1.2. Planteamiento del Problema .....	8
1.1.3. Formulación del Problema.....	8
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
1.3.1. Objetivo General.....	11
1.3.2. Objetivos Específicos .....	11
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	11
1.4.1. Delimitación espacial.....	11
1.4.2. Delimitación temporal .....	12
1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN .....	12
1.6. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN .....	12
1.6.1. De acuerdo al fin que persigue.....	12
1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación .....	13

1.6.3.	De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	13
1.7.	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.8.	MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.8.1.	Genéricos.....	14
1.8.2.	Propios del Derecho.....	16
1.9.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	19
1.9.1.	Técnicas de investigación.....	19
1.9.2.	Instrumentos.....	20
1.10.	UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN.....	20
1.11.	UNIVERSO Y MUESTRA.....	20
1.11.1.	Universo.....	20
1.11.2.	Muestra.....	21
1.12.	ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	21
2.	CAPÍTULO II.....	22
	MARCO TEÓRICO.....	22
2.1.	ENFOQUE <i>IUSFILOSÓFICO</i> DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
2.2.	Teoría del delito.....	27
2.2.1.	Tipicidad.....	28
2.2.2.	Antijuricidad.....	30
2.2.3.	Culpabilidad.....	32
2.2.4.	Punibilidad.....	34
2.3.	DELITO DE PREVARICATO.....	34
2.3.1.	Bien jurídico protegido.....	37
2.3.2.	Sujetos intervinientes en el delito de prevaricato.....	37
2.4.	Funcionarios y directivos públicos.....	39

2.4.1. Funcionarios públicos.....	40
2.4.2. Directivos Públicos .....	43
2.5. Principio de predictibilidad .....	44
2.6. Principio de legalidad.....	46
2.7. Administración pública como bien jurídico penalmente protegido.....	50
2.8. Aspectos normativos.....	53
2.8.1. Código Penal Peruano .....	53
2.8.2. Ley del Procedimiento Administrativo General.....	53
3. CAPITULO III.....	54
DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS.....	54
3.1. La desprotección de la Administración Pública como bien jurídico penalmente tutelado. ....	55
3.2. Vulneración del principio de legalidad.....	61
3.3. Afectación del principio de predictibilidad. ....	66
CONCLUSIONES .....	74
RECOMENDACIÓN.....	76
REFERENCIAS.....	77

## **LISTA DE ABREVIACIONES**

Art. : Artículo.

CP. : Código Penal de 1991.

Exp. : Expediente.

Inc. : Inciso.

N.º : Número.

## RESUMEN

La presente investigación determina las consecuencias jurídicas que se derivan de que el art. 418 del CP peruano, que tipifica el delito de prevaricato, se limite únicamente a jueces y fiscales, excluyendo a aquellos funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión. Está exclusión permite que las resoluciones administrativas, manifiestamente contrarias a la ley, queden impunes pese a que estos mismos ejercen potestad de decidir con capacidad de afectar derechos fundamentales y principios del Estado Constitucional, así como el bien jurídico de administración pública.

La hipótesis de la investigación argumenta que la no tipificación de estos funcionarios genera consecuencias, entre ellas, la desprotección del bien jurídico de la Administración Pública, vulneración del principio de legalidad y la afectación al principio de predictibilidad en el procedimiento administrativo.

En cuanto a la demostración de la hipótesis se realizó un análisis con enfoque cualitativo, de tipo básico y propositiva, fundamentada en métodos como el analítico, deductivo, dogmático, hermenéutico y argumentativo; para examinar doctrina, jurisprudencia y derecho comparado; empleando, además, la técnica de análisis documental.

Partiendo, del análisis de principios constitucionales se evidencia que la omisión por parte del legislativo debilita la protección efectiva de la Administración Pública, vulnera el principio de legalidad y el principio de predictibilidad. Es por ese motivo que se propone en esta tesis la modificatoria del artículo 418 del Código Penal a fin

### III

de incorporar como sujetos activos del delito de prevaricato a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos que poseen capacidad de decisión.

**Palabras clave:** Delito de prevaricato, tribunales y órganos colegiados administrativos, derecho penal.

**ABSTRACT**

*This research determines the legal consequences of limiting Article 418 of the Peruvian Penal Code, which defines the crime of prevarication, solely to judges and prosecutors, excluding officials who are members of courts or administrative collegiate bodies with decision-making power. This exclusion allows administrative resolutions, manifestly contrary to the law, to go unpunished, even though these same officials exercise decision-making power capable of affecting fundamental rights and principles of the Constitutional State, as well as the legal interest of public administration.*

*The research hypothesis argues that the failure to define this crime for these officials generates consequences, including the lack of protection of the legal interest of Public Administration, violation of the principle of legality, and impairment of the principle of predictability in administrative procedures.*

*To demonstrate the hypothesis, a qualitative, basic, and propositional analysis was conducted, based on methods such as analytical, deductive, dogmatic, hermeneutic, and argumentative approaches. This thesis examines legal doctrine, jurisprudence, and comparative law, employing documentary analysis techniques.*

*Based on an analysis of constitutional principles, it becomes evident that the legislature's omission weakens the effective protection of the Public Administration and violates the principles of legality and predictability. For this reason, this thesis proposes amending Article 418 of the Penal Code to include, as perpetrators of the*

*crime of prevarication, officials who are members of courts or administrative collegiate bodies with decision-making power.*

**Keywords:** *crime of prevaricato, administrative tribunals and collegiate bodies, criminal law.*

## INTRODUCCIÓN

El correcto funcionamiento de la Administración Pública es muy importante para el Estado Constitucional de Derecho, pues permite una adecuada administración de justicia, reflejo de la separación de poderes. Es bajo este modelo de Estado que se erigen garantías de suma importancia tales como la legalidad, la seguridad jurídica y la predictibilidad, principios los cuales orientan la actuación de los funcionarios públicos orientando su actuación al cumplimiento del ordenamiento jurídico.

No obstante, en la realidad se demuestra que no todas las actuaciones de los órganos administrativos se logran ajustar a estos principios, de manera que, se genera en ciertos casos resoluciones que notoriamente son contrarias a la ley, carentes de fundamento alguno y motivadas por intereses ajenos al bien común, queden impunes. Ante ello, el derecho penal cumple un rol fundamental en la tutela del correcto ejercicio de la función pública.

Así, el tipo penal de prevaricato del art. 418 del CP. peruano limita su aplicación y sanción a jueces y fiscales, dejando fuera y libres de sanción a funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos, con capacidad de decisión, a pesar que sus actos pueden de igual modo generar los mismos efectos lesivos para diversos principios en el ordenamiento jurídico, así como la confianza ciudadana en las instituciones, propiciando la impunidad.

El problema que aborda esta investigación, radica, por tal motivo precisamente, en las consecuencias jurídicas que genera esta omisión por parte del legislador. La ausencia de una sanción penal frente a resoluciones arbitrarias emitidas por

funcionarios administrativos con potestad decisoria vulnera los principios de legalidad, seguridad jurídica y también la predictibilidad permitiendo que conductas contrarias a Derecho queden impunes.

Como tentativa de hipótesis se sostuvo que la exclusión de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión, como sujetos activos del delito de prevaricato, genera consecuencias jurídicas negativas y lesivas, entre ellas, la vulneración del bien jurídica administración pública, la afección al principio de legalidad y la afectación del principio de predictibilidad. Es en ese sentido, la propuesta de incorporación de estos funcionarios como sujetos activos del tipo penal permite fortalecer y optimizar los valores propios del constitucionalismo.

Esta investigación adopta un enfoque cualitativo, de tipo básico y propositiva, sustentada en métodos tales como el analítico, deductivo, dogmático, hermenéutico y argumentativo. Se basa por demás, en el estudio normativo, doctrinario y jurisprudencial del delito de prevaricato contrastando su configuración actual con fundamentos constitucionales y su modelo de estado.

En el primer capítulo de la tesis el cual se denomina Aspectos metodológicos, se desarrolla la contextualización del problema, la formulación de la hipótesis, los objetivos, la justificación, la delimitación y los métodos generales y propios del derecho empleados.

Para el segundo capítulo denominado Marco teórico, se exponen los fundamentos, partiendo desde los filosóficos hasta los dogmáticos que sustentan la investigación.

Por ello se aborda el enfoque iusfilosófico del pospositivismo y del neo constitucionalismo, así como la teoría del delito, los elementos del prevaricado, principios esenciales y también el ordenamiento jurídico extranjero que sirva de fundamento.

Para el tercer capítulo, que corresponde a la contrastación de hipótesis, se analizan las consecuencias jurídicas de la actual tipificación que resulta restrictiva del delito de prevaricato. Se demuestra que dicha omisión genera una grave desprotección del bien jurídico de la Administración Pública, este bien jurídico como “medio” es abstracto y, además, vulnera principios esenciales propios del Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente, se desarrolla la Propuesta de reforma legislativa en la que se plantea la modificación del art. 418 del CP. con la finalidad de incorporar expresamente a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos, con capacidad de decisión, como sujetos activos del delito de prevaricato. Esta propuesta por parte del investigador busca fortalecer la seguridad jurídica y la plena vigencia de principios constitucionales.

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

#### 1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

##### 1.1.1. Contextualización del problema

En un Estado Constitucional de Derecho, la actuación de las autoridades públicas debe regirse por principios y valores que puedan garantizar la legalidad, la seguridad jurídica y, al fin y al cabo, la integridad de la función pública. Por tal motivo, desde el enfoque del constitucionalismo, que otorga a la Constitución el carácter de norma suprema y también, vinculante, no solo integra reglas, sino también principios, que orientan la interpretación y aplicación del Derecho (Romero Martínez, 2017).

Siguiendo el mencionado enfoque, parafraseando a Ferrajoli (2011), el principio de legalidad, se configura como una garantía dentro de un Estado Constitucional, concibe la idea que toda decisión que proviene de un funcionario público se ajuste al ordenamiento jurídico vigente, no pudiendo aplicar leyes que no estaban vigentes al momento de cometerse el hecho.

En tal sentido, el delito de prevaricato, es un tipo especial propio, que sanciona la conducta de jueces y fiscales quienes llegan a emitir resoluciones que resultan manifiestamente contrarias a la ley, citan

pruebas inexistentes o se basan en hechos falsos, realizan fundamentación normativa ficticia. Este tipo penal, busca proteger el bien jurídico de la administración pública (Hernández Landa, 2023).

En algunas legislaciones del derecho comparado se regula el prevaricato judicial y no el prevaricato administrativo, no obstante, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU, 2003) obliga a los Estados a tipificar y sancionar eficazmente conductas arbitrarias provenientes de agentes públicos, que afectan gravemente el interés general, esto incluye la emisión de resoluciones que resultan ilegales.

En ese sentido, Rodríguez Gutiérrez (2019), en su trabajo de investigación, titulado la tipificación del delito de prevaricato administrativo en el Perú – 2017, concluye que es imperante la necesidad de sancionar con prevaricato a aquellos tribunales administrativos que emitan resoluciones contrarias a la ley, con la finalidad de evitar la corrupción y malas prácticas que generan desconfianza por parte de la sociedad y atentando contra el bien jurídico de la Administración Pública.

Al analizar el Derecho comparado, se tiene el Código Penal Español del año 1995, en el cual, se sanciona en su art. 404, la ampliación de la responsabilidad penal por prevaricato a cualquier autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución que resulte arbitraria en un asunto administrativo, de esta

manera es que se zanja diversos vacíos legales y garantiza una protección mucho más efectiva del bien jurídico de la administración pública.

En el Perú, el texto normativo que regula el delito de prevaricato, es el art. 418 del CP, sin embargo, este únicamente se restringe a jueces y fiscales, sanciona la emisión de resoluciones o dictámenes manifiestamente contrarios a la ley, cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o cuando usan leyes derogadas o supuestas.

Por su parte, la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N.º 27444), en su artículo IV de su Título Preliminar, entre sus tantos principios, el de predictibilidad exige a las autoridades administrativas emitir actos fundados, coherentes y previsibles, para garantizar la transparencia y la seguridad jurídica.

En cuanto a la contextualización fáctica, se tienen diversos casos en los cuales se han evidenciado los problemas de la omisión y no involucración como sujetos activos a los órganos administrativos con capacidad decisoria.

Primero, se tiene la Resolución N.º 02364-A-2007 del Tribunal Fiscal, que inaplicó la Disposición Transitoria única del Decreto Supremo N.º 153-2002-EF por vulnerar el principio de irretroactividad, no solo para el caso concreto sino con efectos generales mediante un Acuerdo de Sala Plena, por excederse en sus atribuciones otorgadas por ley.

Segundo, se tiene la Resolución N.º 146-2011-TC-S1, del Tribunal de Contrataciones del Estado, hoy llamado OSCE, el cual declaró inaplicable un reglamento interno de PETROPERÚ, sin haber petición expresa del administrado, en el que se contravino lo dispuesto por el art. 59º de la Ley N.º 26850.

Por último, la Resolución Directoral N.º 0847-2018-UGEL San Marcos en Cajamarca, donde se inició un procedimiento disciplinario contra una docente sin precisar hechos y tampoco permitiéndole la defensa técnica, el acto fue anulado por SERVIR, sustentando que vulneró la Ley N.º 27444, no habiendo sanción penal alguna en este caso.

En el plano estadístico, la Contraloría General de la República (2024), ha estimado que la corrupción funcional ocasionó pérdidas por aproximadamente 24 268 millones de soles en 2023, con 9338 funcionarios de diversos niveles de gobierno involucrados. También, se tiene la encuesta nacional de percepción de la corrupción de Proética (2022), revelando que el 72% de la población percibe que los funcionarios administrativos toman decisiones que son arbitrarias, y el 65 % considera que estas responden a intereses privados.

Por lo tanto, la exclusión de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos del delito de prevaricato constituye un vacío normativo evidente que no permite penar posibles actos arbitrarios en el ámbito administrativo.

### **1.1.2. Planteamiento del Problema**

Esta investigación aborda la laguna normativa existente en el derecho penal, al no considerar a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos del delito de prevaricato.

Dado que, la ley sanciona a través del art. 418 del C.P. a los jueces y fiscales que emiten resoluciones contrarias a la ley, citan pruebas o hechos falsos, se sustentan en leyes derogadas o supuestas; no toma en consideración a los órganos administrativos mencionados, los cuales, al igual que jueces y fiscales pueden emitir resoluciones que contravienen la legalidad y pueden llegar a afectar principios de un Estado Constitucional de Derecho.

Esta laguna normativa genera un vacío de impunidad, respaldado por la norma que permite que los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión emitan actos arbitrarios queden exentos de cualquier tipo de sanción penal.

### **1.1.3. Formulación del Problema**

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de que el tipo penal de prevaricato no tipifique a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos?

## 1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación de tesis, se fundamenta en valores que resultan esenciales para un Estado Constitucional de Derecho, entre estos valores y principios se encuentran, la legalidad, la seguridad jurídica y la justicia. Por tal razón, incluir a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos, con capacidad de decisión, como sujetos activos del delito de prevaricato llega a garantizar que tales valores y principios sean preservados, evitando la arbitrariedad y fortaleciendo el principio de legalidad y la seguridad jurídica.

La investigación aporta a nivel normativo, por cuanto en el art. 418 del C.P. en la actualidad se restringe este delito a jueces y fiscales, excluyendo a los órganos administrativos con capacidad decisoria, que pueden llegar a emitir resoluciones vinculantes arbitrarias. Ante ello, en la presente tesis se propone la reforma legislativa para ampliar el alcance de este tipo a los órganos administrativos con capacidad de decisión y considerarlos como sujetos activos.

A nivel fáctico o social, siendo que en el Perú se dan casos documentados en los que los tribunales administrativos han emitido resoluciones que son contrarias al derecho, de tal manera, genera desconfianza ciudadana reportándose incluso pérdidas millonarias por el fenómeno de la corrupción, la inclusión de estos funcionarios como sujetos activos del delito de prevaricato contribuirá a prevenir conductas indebidas, y reducir la discrecionalidad, de tal manera se fortalecería la transparencia.

La investigación también, aportará a la administración de justicia, dado que permitirá reducir la impunidad de los actos administrativos, que con el tipo penal vigente no son sancionados. Además, al incorporar a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos del delito de prevaricato se busca evitar la arbitrariedad y la discrecionalidad excesiva en el ámbito público. Todo ello, permitirá a los jueces delimitar con precisión la responsabilidad penal de los funcionarios administrativos que emitan resoluciones contrarias al texto claro y expreso de la ley.

La tesis se justifica a nivel metodológico dado que se desarrollará empleando métodos tales como el analítico, deductivo, y propios del derecho, entre ellos, el método dogmático, hermenéutico y argumentativo. Ello permitirá descomponer el tipo penal vigente, y contrastarlo con los métodos precitados. Esta metodología asegura un análisis riguroso del problema jurídico ofreciendo las posibilidades de que en un futuro se lleven a cabo investigaciones que versen sobre este problema.

Como investigador y aspirante a ser titulado en Derecho, existe un compromiso ético y académico de poder contribuir a la mejora del sistema y la coherencia del derecho penal, siendo que la investigación responde a la necesidad y convicción de coadyuvar a la fidelidad del derecho y la protección de derechos fundamentales.

### **1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. Objetivo General**

Determinar las consecuencias jurídicas de que el tipo penal de prevaricato no tipifique a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos.

### **1.3.2. Objetivos Específicos**

- a. Analizar el bien jurídico protegido por el tipo penal de prevaricato frente a la capacidad de decisión de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos.
- b. Analizar los alcances jurídicos del principio de legalidad.
- c. Examinar el contenido jurídico del principio de predictibilidad como informador del procedimiento administrativo.
- d. Formular un proyecto de ley que incorpore a los funcionarios que integren tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos del delito de prevaricato.

## **1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. Delimitación espacial**

La investigación se delimita espacialmente en el territorio peruano en donde rige el tipo penal de prevaricato.

### **1.4.2. Delimitación temporal**

La investigación se delimita temporalmente desde la vigencia del art. 418 del CP. que tipifica el delito de prevaricato y sus respectivas modificaciones.

## **1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

La investigación que se desarrolló se vio limitada por las características propias de la investigación de tipo cualitativa, que se enmarca únicamente en el ámbito teórico, no práctico.

## **1.6. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. De acuerdo al fin que persigue**

#### **A. Investigación de tipo básica**

Como señala Muntané Relat (2010), la investigación básica tiene como característica sustancial que se origina dentro de un marco teórico y permanece en él, su finalidad es incrementar el conocimiento científico, pero no se contrasta con el aspecto práctico.

La investigación es básica, se centró en el estudio teórico y dogmático de los fundamentos jurídicos del delito de prevaricato y la incorporación de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión.

## **1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación**

### **A. Investigación de tipo propositiva**

La investigación propositiva es aquella que analiza la ausencia de una norma o se pone en cuestionamiento una que ya existe, posteriormente se propone una nueva, su derogación o su reforma legislativa, y por lo general, este tipo de investigaciones contienen propuestas legislativas (Aranzamendi, 2010).

La investigación es de tipo propositiva, pues como se indica en los objetivos específicos, se propuso un proyecto de ley para la incorporación de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como probables sujetos activos del delito de prevaricato, con la finalidad de fortalecer la seguridad jurídica y zanjar tal laguna normativa.

## **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

### **A. Investigación de tipo cualitativa**

Como indican Strauss y Corbin (2002) la investigación cualitativa es cualquier tipo de investigación que produce hallazgos, al que no se llega por medio de procedimientos de carácter estadístico u otros medios cuantitativos. Asimismo, refieren que, al hablar sobre análisis cualitativo, se refiere, no a la cuantificación de los

datos cualitativos, sino al proceso no matemático de interpretación, que se realiza con la finalidad de descubrir conceptos y relaciones en los datos brutos y luego organizarlos.

La investigación desarrollada fue de tipo cualitativo, dado que, como se mencionó anteriormente, carece de procedimientos estadísticos para poder corroborar la hipótesis limitándose al ámbito normativo, doctrinario y jurisprudencial para sustentar la necesidad de incluir a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión en el delito de prevaricato.

## **1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN**

Las consecuencias jurídicas de que el tipo penal de prevaricato no tipifique a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos, son:

- A. Desprotección de la Administración Pública como bien jurídico penalmente tutelado.
- B. Vulneración del principio de legalidad.
- C. Afectación del principio de predictibilidad.

## **1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1. Genéricos**

### **A. Método analítico**

El método analítico es el proceso cognoscitivo que consiste en descomponer un fenómeno de estudio mediante la separación de cada una de las partes del todo para poder estudiarlas en forma individual (Morán Delgado & Alvarado Cervantes, 2010).

En ese sentido, la investigación se beneficiará del método analítico, que descompondrá en partes el delito de prevaricato, para el cumplimiento del objetivo general y de los objetivos específicos al analizar el delito de prevaricato entre otros principios del programa constitucional.

De manera concreta, este método permitirá examinar las consecuencias jurídicas de que el tipo penal de prevaricato no tipifique a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos; así como, el análisis del bien jurídico de Administración Pública, y los principios de legalidad y predictibilidad.

### **B. Método deductivo**

El método deductivo como indica Aranzamendi (2010), es la variante del método científico que permite partir de una ley general, para que seguidamente a ello mediante la lógica, extraer implicaciones o deducciones que sean aptas a ser contrastadas

en la realidad. De igual manera, es el método por el cual se parte de una verdad universal y por medio de otras verdades intermedias nos lleve a una verdad particular.

La investigación usará el método deductivo, en la medida que, partirá del marco jurídico general y abstracto del delito de prevaricato, y se deducirá la necesidad de incluir a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión en su tipificación.

Para la presente investigación, se tomó como punto de partida la función garantista del Derecho Penal y la finalidad que tiene el tipo penal de prevaricato, siendo instrumento de control de la legalidad que se deriva en la predictibilidad, para luego deducir desde tal generalidad, que también los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión tienen el deber de actuar conforme a derecho, siendo pasibles de ser sujetos activos del delito de prevaricato.

## **1.8.2. Propios del Derecho**

### **A. Dogmático jurídico**

El método dogmático, consiste en el estudio del Derecho positivo y lo que es conceptualmente construido. Asimismo, por este método el Derecho debe ser interpretado como sistema, un sistema normativo cerrado, unitario, y autosuficiente

estableciendo entre ellas relaciones lógico- normativas (Aranzamendi, 2010).

Por lo expuesto, la investigación empleó el método dogmático, se enfocó en analizar el delito de prevaricato desde una perspectiva normativa, siendo la ley penal el objeto de estudio de la dogmática penal, identificando sus limitaciones y proponiendo su ampliación dentro del sistema jurídico para incluir a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión.

Este método propio del Derecho, permitió realizar un análisis sistemático y teleológico del tipo penal de prevaricato, contrastando su redacción vigente con principios como la legalidad, principios constitucionales y la debida protección de la administración pública, para demostrar que no existe fundamento alguno para excluir a funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión del tipo.

## **B. Hermenéutico jurídico**

La hermenéutica, constituye un método íntegro el cual resulta capaz de comprender y llegar a la explicación de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico. Tal es que, para la investigación el método hermenéutico permite comprender las

razones que impulsaron al legislativo promulgar tal norma y cuestionar tales razones o ampliarlos acorde a la necesidad del investigador (Hernández Manríquez, 2019).

Para esta investigación, el método hermenéutico es importante ya que, permitió interpretar el tipo penal de prevaricato, en concordancia con la necesidad de proteger adecuadamente el bien jurídico de Administración Pública.

### **C. Método argumentativo**

La argumentación como método, señala Aranzamendi (2010) permite suplir la falta de pruebas cuantitativas y la falta de verificación experimental con respecto a la veracidad de una afirmación realizada en la investigación. Tal método, permite el uso de razonamientos y construcciones lógicas para poder aseverar la hipótesis de investigación.

Para la investigación es importante el método argumentativo, porque permitió el uso y racionalización de razonamientos lógicos para poder corroborar la hipótesis mediante sus objetivos y el marco teórico recabado, logrando una exposición razonada de ideas.

## **1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.9.1. Técnicas de investigación**

#### **A. Fichaje**

El fichaje es la técnica que consiste en recolectar y almacenar información mediante fichas, esta técnica facilita la sistematización de la información bibliográfica y es bastante útil para ordenar ideas (Cazares et al., 2003).

La investigación usó la técnica del fichaje dado que esta permitió sistematizar la información bibliográfica referida al delito de prevaricato y jurisprudencia que mencione los principios como el de legalidad, seguridad jurídica o el de predictibilidad.

#### **B. Recopilación documental**

La técnica de recopilación documental consiste en la recogida de documentos relacionados al tema en cuestión, para tal caso, las personas no son las que son investigadas directamente, sino mediante sus trabajos escritos, jurisprudencia, doctrina, entre otros.

Para la investigación es importante esta técnica, pues permitió recopilar información basada en jurisprudencia, doctrina referida al delito de prevaricato y los principios materia de análisis, estos son, principios de legalidad, seguridad jurídica y predictibilidad.

## **1.9.2. Instrumentos**

### **A. Fichas**

El fichaje como técnica emplea fichas, existen diversos tipos de fichas, entre las cuales destacan, fichas de resumen, fichas de comentario, fichas de síntesis, entre otras. La investigación empleó este tipo de fichas dado que permitirá sistematizar adecuadamente la información.

### **B. Hoja de recopilación documental**

La hoja de recopilación documental es el instrumento que emplea la técnica de recopilación documental, en ese sentido, para la investigación fue trascendental ya que permitió recoger información referida a doctrina y jurisprudencia para ulteriormente contrastarla con la hipótesis.

## **1.10. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN**

Por la naturaleza dogmática de la investigación no hay unidad de observación.

## **1.11. UNIVERSO Y MUESTRA**

### **1.11.1. Universo**

No aplica dada la naturaleza de la investigación.

### **1.11.2. Muestra**

No es aplicable para esta investigación dado el carácter teórico.

## **1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Luego de realizar la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación y diversos repositorios institucionales nacionales, no se dio cuenta con trabajos que se relacionen con la hipótesis de la investigación en un sentido aproximado, por lo que se concluyó que este trabajo es innovador y novedoso en el ámbito jurídico.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 1.13. ENFOQUE *IUSFILOSÓFICO* DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro del ámbito del Derecho y lo más conveniente para la investigación, es partir desde el marco iusfilosófico que postula el neoconstitucionalismo. Esta corriente surge como indica Romero Martínez (2017) en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, a partir del año 1945, donde se dio un impulso dentro del ámbito jurídico, debido a la tragedia ocurrida en Alemania. A partir de esto, se le dio énfasis particular a la Constitución y se fue elaborando un esquema jurídico que acepte ideales morales que resultó una nueva manera de concebir al Estado como uno Constitucional de Derecho.

Por su lado, como expresa Gil Rendón (2011), el neoconstitucionalismo y su enfoque, difiere al concepto de Estado de Derecho, en donde existe y prevalece la fuente del derecho que va a regir a las normas jurídicas en su totalidad, al neoconstitucionalismo se le suma la Constitución, como norma suprema base, por un lado, política y otra social. Por tanto, esta debe ser concebida como fuente de toda la producción jurídica la cual: Está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al *aleopositivismo*, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo.

De tal postura es posible concebir al neoconstitucionalismo como postura

filosófica que concibe al derecho como un conjunto de normas y principios, en cuanto a estos últimos difieren de las normas por su interpretación y aplicación, todo ello con la finalidad de resguardar derechos fundamentales.

Para Aragón Reyes (2013), son dos los significados comúnmente atribuidos al concepto de neoconstitucionalismo, la primera consistente en una evolución del constitucionalismo, transformándose en uno democrático, por otra parte, las potestades públicas se ensancharon para poder procurar los derechos de la sociedad y su regulación, con la finalidad de no lesionar derechos fundamentales sino respaldarlos.

En palabras de Prieto Sanchís (2003), bajo un enfoque del neoconstitucionalismo, la ley deja de ser la única y suprema fuente del derecho, el cual es una característica propia del derecho positivista. Por ello, el neoconstitucionalismo incluye entre sus rasgos más sobresalientes, más principios que reglas, más ponderación que subsunción, y la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, valores que deben ser resguardados por la omnipotencia judicial en lugar del legislador.

Esta nueva corriente es fundamental para el desarrollo y concretización de los principios y derechos fundamentales y mucho más para la investigación, tal enfoque permite contrariar al formalismo del positivismo, el cual ignora a cabalidad la intervención de principios y normas morales al ordenamiento jurídico.

Asimismo, en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, en su fundamento 9,

segundo párrafo se indica lo siguiente: La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal.

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Si bien este Colegiado le ha reconocido la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante. Tal es de ver que, este nuevo paradigma que garantiza la vigencia de los derechos humanos tiene reconocimiento incluso por el máximo intérprete de la Constitución.

Por lo expuesto con anterioridad, la problemática de la investigación se inscribe dentro de los postulados del neoconstitucionalismo, pues se centra en la carencia de una tipificación que incorpore a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos del delito de prevaricato, lo cual genera afecciones a los derechos humanos y entra en discordancia con principios implícitos constitucionales, por lo cual, debe ser solucionado ipso facto.

Ya que, actualmente solo se sanciona a jueces y fiscales cuando emiten resoluciones que se apartan manifiestamente del texto claro y expreso de la ley, dejando fuera a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión cuyas decisiones pueden vulnerar derechos de los ciudadanos afectando los principios de

seguridad jurídica y la fidelidad del Derecho.

Desde la perspectiva neoconstitucionalista, la incorporación de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como probables sujetos activos del delito de prevaricato encuentra sustento en principios fundamentales propios de un Estado Constitucional de Derecho.

En primer lugar, la seguridad jurídica, la cual exige que las decisiones administrativas sean previsibles y coherentes con todo el ordenamiento jurídico. Frente a ello, la ausencia de sanción para los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión atenta contra la confianza en la aplicación del Derecho y contribuye a la corrupción y la discrecionalidad arbitraria.

En segundo lugar, optimizar el principio de legalidad en su dimensión formal y material, implica que las decisiones emitidas por entidades con capacidad de decisión deben subordinarse a la Constitución, entendida no solo como una norma jurídica, sino como una norma fundamental que garantiza la presencia de los demás derechos conexos a la dignidad humana, la omisión de las conductas de funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión contrarios a la legalidad desvirtúa este principio y debilita la función garantista del Estado.

En tercer lugar, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la Administración Pública tiene la finalidad de resguardar el orden público y la

correcta función pública, actuando conforme a principios garantistas, y por ello, las decisiones arbitrarias provenientes de funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión vulneran drásticamente estos principios, por lo que estos deben ser objeto de un control punitivo para salvaguardar la fidelidad al Derecho, la seguridad jurídica y otros conexos, para evitar la corrupción y la impunidad.

En síntesis, desde el enfoque neoconstitucionalista, la inclusión de funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos del delito de prevaricato, se sustenta en la necesidad de dar énfasis a la seguridad jurídica y la legalidad en la Administración Pública. Ello debido a que, al considerar a la Constitución como norma suprema, impone un modelo de Estado que se basa en principios garantistas, en donde la predictibilidad, la legalidad y la protección de la Administración Pública como bien jurídico deben ser tuteladas adecuadamente.

Al incorporar a estos funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión en el tipo penal de prevaricato se puede alinear esta necesidad con la finalidad del Derecho en un Estado Constitucional, esto es, la concreción de la justicia, eliminando la impunidad, preservar el ordenamiento jurídico y erradicar los abusos de poder.

#### 1.14. Teoría del delito

En cuanto a la teoría del delito, existe reconocido y amplio pronunciamiento doctrinal, consiste en un sistema de hipótesis que se fundamentan en una determinada tendencia dogmática para exponer cuáles son los elementos que hacen posible la configuración o no de un delito atribuido a una acción humana, para su estudio es esencial recurrir a la dogmática, en el derecho penal vendría a ser la ley penal, que es la única fuente legítima productora de normas penales (Almanza Altamirano, 2022).

En esa misma línea, señalan Caro Coria y Reyna Alfaro (2023), que la teoría del delito y su determinación del año en el que surgió es una tarea difícil, sin embargo, indican que los elementos de la teoría del delito tal y como los conocemos hoy es producto de una evolución constante desde los planteamientos de Listz – Beling.

Con respecto a su conceptualización, la teoría del delito es aquel instrumento conceptual que se encarga de establecer y determinar aquellas características que deben de tener los hechos para ser considerados como delitos.

Por tales motivos, la teoría del delito se encarga de reunir en un sistema los elementos que deben de tener todos los delitos, por ello se considera su estudio dentro de la parte general del Derecho Penal.

### 1.14.1. Tipicidad

La tipicidad viene a significar la comprobación de que el comportamiento infringe directamente una norma, tal comprobación es la materia propia de la tipicidad, por tanto, es la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho que es presupuesto de la pena que se contiene en la ley (Bacigalupo, 1996).

Es conveniente también señalar la diferencia entre tipicidad y tipificación, en el primer caso es la subsunción que aplica el juez, y la tipificación la realiza el legislador y la calificación de una conducta humana la realiza el fiscal.

Echegurren Cuevas (2023) señala que el término tipicidad proviene del latón *typus* y del griego *tyros*, las cuales aluden a una representación o figura que simboliza algo esencial. Para el Derecho penal la tipicidad se refiere a la correspondencia entre una conducta humana y la descripción abstracta contenida en la ley penal, ello permite determinar si es que un comportamiento reviste de relevancia para el derecho penal.

Por tal motivo es una construcción normativa que sintetiza las características esenciales de una acción humana considerada reprochable por el legislador. Siendo una descripción general y abstracta, destinada a servir como molde para analizar conductas, que aún no ocurren pero que posiblemente ocurrirán. En el tipo, al

menos en los tipos clásicos predominan en su contenido los elementos descriptivos, aunque también puede encontrarse elementos normativos, más comunes en los nuevos delitos producto del avance tecnológico y la complejidad de la sociedad.

La tipicidad cumple ciertas funciones, según Echegurren Cuevas (2023) se manifiesta en tres dimensiones, una fundamentadora, otra garantizadora y otra procesal. La primera referida al presupuesto lógico jurídico de la ilicitud penal, ello dado que ninguna conducta puede ser considerada delictiva si no se encuentra previamente descrita por el legislador en un tipo penal, permite también distinguir las diversas figuras delictivas in concreto, al precisar elementos de modo, tiempo, lugar, o medio de ejecución.

Por su parte, la función garantizadora, referido a la limitación del ius puniendi, para evitar la discrecionalidad y el imperio de la arbitrariedad de las autoridades estatales, evitando que una persona pueda ser perseguida por una conducta que al momento de su comisión no haya sido considerada como delito. En cuanto a la función procesal que cumple, la existencia de un hecho típico es condición indispensable para que el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal y para que tal entidad disponga válidamente la apertura de la investigación.

### **1.14.2. Antijuricidad**

En palabras de Bramont-Arias (2002), existe la antijuricidad formal y material; la primera, consiste en la contradicción entre el comportamiento realizado por el sujeto activo y el ordenamiento jurídico; en cuanto a la segunda, consiste en la examinación de si el hecho típico afectó realmente el bien jurídico, y que puede establecerse un grado de afectación del mismo.

En otras palabras, la subsunción de una conducta a la descripción del tipo penal implica la violación de la norma penal, pero no significa todavía que la conducta sea antijurídica, debido a que puede existir circunstancias como las causales de justificación en las que se encuentran la legítima defensa, y que a pesar de vulnerar la norma penal, no contraviene el presupuesto de la norma penal, que en tal caso sería la Constitución reconociendo el derecho a la legítima defensa establecido en el artículo 2, inciso 23.

En la dogmática moderna se debe distinguir entre el fenómeno de tipicidad, frente al de antijuricidad, que es cuando el juez valora en concreto si el hecho realizado vulnera efectivamente el bien jurídico protegido, mientras que la tipicidad es una categoría dentro de la teoría del delito de carácter legal y abstracto, la antijuricidad se refiere al plano valorativo y concreto (Echegurren Cuevas, 2023).

Pese a que las nociones de la teoría del delito se encuentren vinculadas, no son equivalentes, la antijuricidad y la culpabilidad, por lo tanto, presuponen la existencia de la tipicidad, pero no la integran, no puede hablarse por lo tanto de una conducta antijurídica o culpable sin antes haber hecho una adecuación típica de la conducta enmarcada dentro del tipo penal. Siendo el análisis de la tipicidad el primer nivel de análisis dentro de la teoría del delito y el punto de partida para determinar si se está ante un injusto penal.

Representa el juicio de contradicción que se realiza entre la conducta típica y todo el ordenamiento jurídico, revelando la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, en términos dogmáticos, la antijuricidad no se identifica con la simple contravención de una norma sino la vulneración sustancial del sistema de valores que el Derecho Penal busca en su finalidad salvaguardar.

A lo largo de la historia de la teoría del delito, a la antijuricidad se la concibió como una mera perspectiva formal, entendida como la simple oposición entre el hecho y el mandato legal. Siendo esta visión, impulsada por la escuela clásica, especialmente por von Liszt y Beling, situando a la antijuricidad como un juicio meramente normativo. Con la aparición de las escuelas finalistas se produjo una reformulación de este filtro, siendo que la antijuricidad no puede ser entendida únicamente desde la norma sino también desde el valor pues expresa un desvalor de acción y de resultado, introduciendo una perspectiva

material del injusto penal, el hecho no es antijurídico por la sola contravención a la ley, sino también porque lesiona o pone en peligro intereses fundamentales. Aquí las causas de justificación no eliminan el hecho, sino su carácter injusto, siendo el hecho típico, pero deja de ser antijurídico dado que encuentra amparo en una norma permisiva (García Caveró, 2012).

### **1.14.3. Culpabilidad**

Al analizar este elemento del delito se realiza un enfoque en la persona como sujeto de la imputación, diferenciándose de otros seres vivos, como ser sintiente poseedor de dignidad. Lo constituyen tres elementos, que son: la imputabilidad, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho y la exigibilidad de otra conducta, en general este elemento consiste en la capacidad de una persona de recibir sanción penal, dada su individualidad y socialidad (García Caveró, 2012).

Por otro lado, como señalan Caro Coria y Reyna Alfaro (2023), la culpabilidad convierte al injusto penal en un hecho punible, en ese sentido, la culpabilidad vendría a ser el último filtro por el cual una conducta debe ser valorada.

La categoría de la culpabilidad, parafraseando a López Soria et al., (2022), es uno de los filtros de la teoría del delito más complejos y trascendentes en la evolución del Derecho Penal, es un criterio que permite imputar subjetivamente un hecho antijurídico a su autor, en los

inicios de la existencia de esta categoría bastaba la existencia de dolo o culpa para acreditar la culpabilidad, para las teorías causalistas, sin embargo resultó esta visión insuficiente para las exigencias del principio de responsabilidad personal o de culpabilidad.

Con el finalismo de Welzel, la teoría del delito experimentó una reconfiguración, entendiendo a la acción como una manifestación de la voluntad orientada a un fin, y no como un proceso causal, abriendo la idea de que el dolo y culpa pasen a integrarse a la estructura de la acción, y la culpabilidad que antes abarcaba estos conceptos quedó reducida a un juicio de reprochabilidad personal centrado en la exigibilidad de una conducta distinta.

Luego, con la teoría normativa de la culpabilidad se acentuó el carácter normativo de esta categoría dejó de ser por tanto un dato psicológico para convertirse en una valoración jurídico normativa que integra tres componentes, entre ellos: la imputabilidad, consciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta. De este modo el reproche penal se dirige solamente a quien decide deliberadamente vulnerar la norma.

Para los funcionalistas como Jakobs la culpabilidad se redefine como instrumento de estabilización de la norma. Hoy por hoy, la culpabilidad se ha convertido en una garantía frente al poder punitivo, teniendo como función esencial, asegurar que nadie sea sancionado por un

hecho que no le sea personalmente imputable dado que no tuvo la posibilidad de actuar de diferente modo.

#### **1.14.4. Punibilidad**

Como filtro excepcional para algunas conductas, existe la punibilidad, que agrupa condiciones positivas de carácter objetivo, en cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, que afectan la antijuricidad del hecho; y negativas de carácter subjetivo o individual que se refiere a las excusas absolutorias como los delitos de parentesco, la punibilidad se refiere a la conveniencia político – criminal de la pena por razones ajenas a la gravedad de la infracción.

Además, existen posturas que refieren que no hay delito si no existe punibilidad, otras que el delito está compuesto por, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y la punibilidad sería un agregado extra fundamentado en aspectos político criminales, por ejemplo, la necesidad de salvaguardar a la familia en los casos del artículo 208 del Código Penal Peruano.

#### **1.15. DELITO DE PREVARICATO**

Benavides Vargas (2017) indica que el delito de prevaricato posee una historia remota en la tradición jurídica, siempre vinculado a la necesidad de preservar la rectitud y la legalidad para el ejercicio de la función jurisdiccional. Ello, desde los primeros códigos peruanos, se ha concebido que el juez debe mantener una conducta apegada al derecho y a los valores de imparcialidad

al resolver. Por ello, es que el CP. de 1863 tipificó por primera vez el delito de prevaricato sancionando a jueces que a sabiendas dictare sentencia contraria a la ley. Mediante el Código Penal de 1924 se siguió sancionando la conducta del prevaricato como tipo penal especial propio, con la exigencia de dolo para la realización de la conducta típica.

La actual regulación contenida en el art. 418 del CP. mantiene la esencia de esa arcaica figura, pero las limita únicamente a jueces y fiscales excluyendo a los funcionarios que integran órganos colegiados administrativos con poder decisorio, siendo esta limitación, objeto de críticas dado que restringe el ámbito de responsabilidad penal por decisiones arbitrarias que pese a que no emanen de un juez o fiscal pueden llegar a afectar de igual manera, gravemente los derechos de los administrados y también el principio de legalidad (Benavides Vargas, 2017).

El delito de prevaricato, es una figura que afecta directamente a la función jurisdiccional debido a que tal como lo regula el tipo, sus protagonistas son los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público, Asimismo, al señalar que administrar justicia es derivado de un Estado Constitucional de Derecho, dejando atrás la idea de que los jueces no son más que la boca de la ley, sino, como agentes interpretadores que aplican el Derecho (Benavides Vargas, 2017).

Por ello, desde una perspectiva político criminal, la tipificación del delito de prevaricato responde a la necesidad de tutelar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, y al realizar ello, también tutelar la vigencia

fáctica del ordenamiento jurídico, y que las decisiones jurídicas sean fundamentadas en el Derecho y los valores Constitucionales propios de un Estado Constitucional de Derecho (Peña Cabrera Freyre, 2011).

Tras analizar el tipo objetivo del delito se exige que el juez o fiscal dicte una resolución o emita dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley. Esta contrariedad debe ser evidente y notoria, es decir, no producto de una interpretación razonable o de una disparidad doctrinaria, requiriendo una decisión que choque frontalmente con el contenido de la norma y que el error no pueda ser excusable para un operador del derecho con conocimiento en la materia (Benavides Vargas, 2017).

Requiriendo en el tipo subjetivo dolo directo, consistente en el conocimiento de la ilegalidad que supone el acto y la voluntad de actuar en contra del derecho implicando que el autor sea plenamente consciente de que su resolución no tiene sustento normativo y que a pesar de ello la emita.

Dado el sustento del tipo, el prevaricato tiene una función preventiva y retributiva, al disuadir a los magistrados de apartarse de manera dolosa y deliberadamente de la ley y sancionar a quienes mediante resoluciones arbitrarias socavan la legitimidad del sistema judicial. Sin embargo, su aplicación debe ser prudente con el fin de no vulnerar la libertad de interpretación judicial y la protección de derechos fundamentales que tienen encaminada en su función jurisdiccional.

### **1.15.1. Bien jurídico protegido**

La Corte Suprema en su Recurso de Nulidad N.° 273 – 2018, en su fundamento 3.2., indica que el bien jurídico que se protege por medio del delito de prevaricato radica en la legalidad, en el cumplimiento de los actos funcionales que se ligan con la administración de justicia.

Por ello, la Administración de Justicia y su protección por el delito de prevaricato busca preservar la imparcialidad, legalidad y la racionalidad de las decisiones emitidas por parte de los funcionarios que se encargan de impartir justicia.

Ello en la medida que, el delito de prevaricato no solo afecta a quienes son directamente perjudicados por una resolución injusta, sino que también afecta a la legitimidad del aparato judicial en su conjunto. y al protegerlo penalmente, se busca garantizar la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley, principios de un Estado Constitucional de Derecho y también los principios que engloba.

### **1.15.2. Sujetos intervinientes en el delito de prevaricato**

Como lo sostiene la Sala Penal Permanente, en la Apelación 02-2014 – Lambayeque, en su fundamento cuarto, que el tipo penal de prevaricato consiste en un delito especial propio, que requiere una especial cualificación en el sujeto activo, pues, debe ser Juez o Fiscal, consistente en ser cualquier persona que integre de manera permanente o temporal el Poder Judicial o el Ministerio Público.

Asimismo, el sujeto pasivo del delito viene a ser el Estado, como titular del bien jurídico que se ha afectado, sin embargo, los efectos perjudiciales de esta conducta delictuosa recaen sobre intereses particulares, es decir el que es perjudicado inmediatamente producto de la resolución proveniente del Juez o Fiscal.

El delito de prevaricato, puede configurarse típicamente a partir de dos modalidades, prevaricato de derecho y prevaricato de hecho. La primera, es una de las modalidades más complejas, consiste en la emisión de resoluciones o dictámenes fiscales expresamente contrarios al texto expreso y claro de la ley. La Sala Penal Permanente en la Apelación N.º 02-2014, sostiene que el problema surge en la diferencia entre una decisión errada y una decisión prevaricadora.

Por ello, como indica la doctrina, no basta con la existencia de un error en la aplicación del Derecho, sino que debe constatarse un apartamiento consciente y evidente de la norma jurídica, de manera que el funcionario judicial no solo intérprete erróneamente la ley, sino que la contradiga de forma arbitraria a su propósito. La segunda, constituye un abuso de poder para su configuración, por lo que los errores judiciales que puedan ser corregidos no constituyen el delito de prevaricato.

Esto es sustancial, sin embargo, no debe confundirse la valoración de la prueba con la prevaricación de hecho dado que la autonomía del juez para interpretar los medios probatorios conforme a su criterio

tiene sustento en el ordenamiento procesal. Por ello, el delito de prevaricato y su expresión en prevaricato de hecho, consiste en alegar hechos inexistentes para fundamentar una resolución judicial o dictamen judicial de manera arbitraria. Como también lo sostiene la Corte Suprema en la Casación N.º 684-2016-Huaura, en su fundamento 8.2., menciona que:

El delito de prevaricato es un delito especial propio, esto es, solo puede ser cometido por quienes tienen la calidad de jueces o fiscales, ya que ostentan el poder funcional para adoptar decisiones en el ámbito de un proceso, cualquiera sea su naturaleza. Se trata de un tipo penal alternativo, conformado por tres conductas típicas: a) dictar resolución o emitir dictamen, según sea el caso, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley (prevaricato de puro derecho); b) citar pruebas o hechos falsos (prevaricato fáctico); y c) apoyarse en leyes derogadas o supuestas (prevaricato por fundamentación normativa ficticia).

Además, tras el análisis del delito de prevaricato, se tiene que el mismo va a requerir del dolo, el tipo penal requería el fin de favorecer o perjudicar a una de las partes, sin embargo, en la doctrina moderna basta la concurrencia del dolo y la constatación del conocimiento, ya sea por dolo directo o dolo eventual.

#### **1.16. Funcionarios y directivos públicos**

En cuanto al concepto de funcionarios y directivos públicos, se tiene que, según el informe 000753-2023-Servir-GPGSC lo siguiente:

### **1.16.1. Funcionarios públicos**

Como indica el Servir, son funcionarios aquellos representantes políticos o las personas que ocupan cargos públicos representativos, los cuales desarrollan funciones políticas o de gobierno dentro de la organización estatal. Existen funcionarios públicos de elección popular, directa y universal; asimismo, los funcionarios públicos de designación o remoción regulada; y los funcionarios públicos de libre designación y remoción.

Según Montoya Vivanco (2015) el concepto de funcionario público en el Derecho Penal no puede entenderse de forma idéntica al utilizado en el ámbito administrativo, y, si bien en ambos casos se comparten la referencia a quien ejerce funciones estatales, la finalidad que orienta cada definición es en esencia distinta. Para lo referido al campo administrativo, el interés radica en la organización interna y también para el adecuado cumplimiento de deberes funcionales, mientras que, para el Derecho Penal, la preocupación radica en la protección de la probidad, la legalidad y transparencia para el ejercicio adecuado de la función pública.

Para el Derecho Penal, este concepto tendría un carácter autónomo, dado que se define por las necesidades de tutela del bien jurídico y no a las clasificaciones orgánicas de la administración. En el derecho penal el concepto de funcionario público posee dos elementos esenciales los cuales son: la incorporación heterónoma y la

posibilidad efectiva de ejercer la función. El primer elemento implica que la persona obtiene su vínculo para con la función pública por medio de un acto de autoridad o de investidura estatal, sea mediante nombramiento, elección, contratación entre otros. No bastando la mera percepción del individuo de considerarse funcionario. Por su parte, el elemento de posibilidad efectiva de ejercer la función se refiere a que el sujeto debe tener la capacidad real y jurídica de realizar actos que produzcan efectos jurídicos dentro de la administración, siendo esta característica la que lo distingue de otros colaboradores del Estado cuya intervención carece de incidencia directa (Montoya Vivanco, 2015).

El Código Penal ofrece en su artículo 425 una definición enunciativa de lo que se debe entender por funcionario público para el Derecho Penal, en tal artículo se indica lo siguiente:

Artículo 425.- funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Sin embargo, como es de apreciar la norma no tiene un carácter cerrado y tampoco exhaustivo, pues la forma en la que está redactado, permite una interpretación extensiva razonable acorde con la finalidad de protección del bien jurídico, en tal sentido este artículo debe ser interpretado como cláusula abierta, la doctrina sostiene que esta amplitud no es una que vulnere de forma algunos derechos fundamentales, por lo contrario, busca evitar vacíos de punibilidad (Montoya Vivanco, 2015).

Sin embargo, esta ampliación debe equilibrarse con los principios de legalidad y mínima intervención. Dado que, si bien resulta necesario extender la protección penal a todas las formas de gestión estatal para una adecuada administración, no puede desconocerse que la sanción penal es la manera de intervención estatal más gravosa de todo el ordenamiento jurídico.

### **1.16.2. Directivos Públicos**

Por su parte, los directivos públicos comprenden a los servidores civiles que tienen como función, la planeación, dirección, organización y evaluación de una entidad, órgano, forma de organización, o en algunos casos dispuestos en el reglamento de la ley Servir, en colaboración directa o indirecta a las funciones ejercidas por un funcionario público.

La definición dada por ley de los funcionarios y directivos públicos es esencial para la investigación dado que permitirá analizar quienes son posibles de ser considerados como sujetos activos del delito de prevaricato, y el daño potencial que supondría el no hacerlo.

Así, la dirección pública se constituye como un componente estructural indispensable en toda organización estatal moderna, más a un con la evolución normativa en el ámbito administrativo, se hace necesario mejorar las exigencias de eficiencia, transparencia y celeridad, es aquí donde el papel de los directivos públicos adquiere relevancia, dada su finalidad de orientar estratégicamente los recursos humanos.

A diferencia de la función política, cuya característica es de ser temporal y representativo, la dirección pública es una actividad técnica y profesional fundamentada en la capacidad de gestión, la racionalidad administrativa y la búsqueda de resultados medibles. Sin

embargo, es menester una modernización por parte del Estado para transformar de manera profunda la cultura organizacional de la administración pública.

### **1.17. Principio de predictibilidad**

El principio de predictibilidad se encuentra en el inciso 15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, es decir, la Ley N° 27444 el cual indica que, la autoridad administrativa deberá dar a los administrados información verdadera, de manera completa y confiable, sobre los trámites que realicen, con la finalidad de que se tenga una certeza de cuál será el resultado último que se obtendrá.

Existe pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional sobre el principio de predictibilidad. En el Exp. N.° 00215- 2018-PA/TC LIMA, fundamento 15, haciendo referencia al principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales, refiere que es un derivado del principio de seguridad jurídica y consiste en la coherencia y regularidad del criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, con la finalidad de preservar el orden constitucional y el aseguramiento adecuado de los derechos fundamentales. El principio de seguridad jurídica no se encuentra explícitamente en la Constitución, pero está reconocido por el TC, como principio que deriva del Estado Constitucional de Derecho, por lo tanto, el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales se materializa en la jurisprudencia constitucional.

Como es de apreciar, la falta de tipificación penal que considere a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos del delito de prevaricato afecta directamente a la predictibilidad de las decisiones administrativas, principio que tiene reconocimiento legal y jurisprudencial.

Asimismo, en la doctrina, como indica Guzmán Napurí (2009) el principio de predictibilidad, es de importancia para la simplificación de los trámites administrativos, según la ley y doctrina, establece que la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información verídica, completa y confiable sobre los trámites, de manera que a su inicio el administrado pueda tener una conciencia bastante certera y esperada sobre el resultado final que se obtendrá.

Además, se requiere que la Administración Pública arroje resultados predecibles, esto es consistentes entre sí, y que la administración no debe hacer diferencias en razón de las personas, es decir debe haber imparcialidad y neutralidad, y los ciudadanos deben de tener una expectativa certera sobre el resultado final del procedimiento.

Otro elemento de relevancia dentro de las fuentes del derecho administrativo son los precedentes, que sirven para asegurar el cumplimiento del principio de predictibilidad, por ello, como señala Guzman Napurí (2009):

Los precedentes administrativos se constituyen respecto a resoluciones que resuelven casos

particulares interpretando de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, sea sustantiva o adjetiva, aplicable al procedimiento empleado por la entidad. Ahora bien, dichos precedentes resultan de observancia obligatoria por la entidad donde se siga el respectivo trámite, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos administrativos deben ser publicados conforme a las reglas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General (p. 248).

Además, toma relevancia el TUPA de la entidad, dado que no solo es un medio para asegurar que el procedimiento administrativo se rija bajo el principio de legalidad, sino un mecanismo de simplificación administrativa normativa, que pretende seguridad jurídica y transparencia.

En ese mismo sentido el principio de predictibilidad engloba dos finalidades, la primera permite al administrado poder determinar con anterioridad el posible resultado de un procedimiento, ello en salvaguarda de su derecho a la defensa al permitirle elaborar mecanismos de defensa más adecuados. Y segundo, permite desincentivar la presentación de solicitudes que carecen de efectividad o legalidad, pues el administrado podrá prever la inviabilidad de su petición pudiendo decidir la abstención de la misma.

### **1.18. Principio de legalidad**

El principio de legalidad, es sustancial dentro de un Estado Constitucional de Derecho, representa la garantía penal más importante dentro de la evolución del Derecho Penal en el ámbito jurídico actual, permite que los ciudadanos conozcan con anticipación y con claridad cuáles son las conductas que están prohibidas y sancionadas por una pena. Es producto

de la ilustración, es donde encuentro su potenciación jurídica, pues, en las obras de Montesquieu, Rousseau, etc., se expresó la disconformidad con la arbitrariedad judicial y sirvió de inspiración para la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Por ello, indica Castillo Alva (2004), que asentar un sistema jurídico en la vigencia del principio de legalidad se fortalecen desde diversas aristas. En primer lugar, se produce mayor seguridad jurídica, pues el derecho positivo expresado en normas jurídicamente válidas, faciliten la certeza de saber y conocer las conductas que están prohibidas y saber qué condena o sanción es la que les espera cuando infringen una norma. En segundo lugar, y en relación a la seguridad jurídica, una adecuada vigencia y garantía del principio de legalidad permite una mayor fidelidad al derecho. En tercer lugar, produce un tratamiento igualitario, debido a que una norma general y abstracto se dirija erga omnes a todos los ciudadanos, logrando que la aplicación del Derecho sea uniforme y justa.

Islas Montes (2009) sostiene que el principio de legalidad es clave en un Estado de Derecho, pues tiene por finalidad controlar que las actuaciones del Estado se ajusten a la ley, principalmente cuando afectan a la esfera jurídica de los derechos de los ciudadanos. Este principio regula la aplicación de normas adjetivas, y también de normas sustantivas de contenido material buscando que toda la actuación estatal se realice conforme al marco jurídico. Este autor distingue entre la legalidad natural, siendo esta propia a las leyes físicas, y la legalidad jurídica, que es propia

del deber ser del Derecho. Mientras que en el mundo natural los hechos siguen leyes de causalidad, en el Derecho la relación es de imputación, si se produce el acto A, debe producirse el efecto B conforme a la norma, aunque no siempre ocurra; por ello, la legalidad jurídica implica que toda actuación estatal se subordine a la ley y sea controlada por ella, evitando el abuso del poder.

A su vez, existen dimensiones del principio de legalidad, como regla de competencia, al determinar quién puede realizar un acto y cómo es que debe hacerlo; también como regla de control al supervisar que los actos estatales no se excedan a la ley, se citan por tanto tres formulaciones del principio: la preferencia de la ley, la legalidad formal y la legalidad sustancial. El principio de legalidad además se opone al irracional apego literal que postuló el formalismo extremo, así como a la arbitrariedad. Asimismo, el autor realiza una distinción entre legalidad y legitimidad, siendo la legalidad un concepto más amplio y la legitimidad, viene a ser la justificación del poder; al hablar de constitucionalidad se habla de una superlegalidad, dado que las leyes están supeditadas a ajustarse a la Constitución como carta fundante de un ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad también encuentra sustento en el ámbito Constitucional, en el literal d), del inciso 24, del artículo se indica que, toda persona no podrá ser condenado por acto u omisión que en el tiempo de haberse cometido no esté antes calificada por la legislación de manera

precisa e inequívoca como infracción punible, y tampoco ser sancionado con pena que no esté prevista en la ley.

Asimismo, de los pronunciamientos jurisprudenciales se tiene que, en el fundamento tercero, de la Casación N.º 11- 2007, se indica lo siguiente:

El principio de legalidad en el ámbito penal asegura que un individuo solo puede ser penalizado si su comportamiento ha sido previamente catalogado como infracción a la ley, y que la sanción correspondiente también esté establecida por la legislación. Este principio requiere la presencia de una norma redactada (*lex scripta*), su aplicación antes del hecho sancionado (*lex previa*) y la definición precisa y clara del supuesto de hecho (*lex certa*). Por lo tanto, el principio de legalidad penal no solo funciona como un pilar normativo, sino también como un derecho constitucional que resguarda a los ciudadanos frente a penalizaciones fundamentadas en estipulaciones confusas o no presentes en el sistema legal.

De ello se puede aducir que, el principio de legalidad engloba tres garantías en el ámbito sustantivo, asimismo, el principio de legalidad se erige como un derecho subjetivo de carácter constitucional ya que busca proteger a la persona y su dignidad de formas arbitrarias de imponer sanciones penales que coartan la libertad personal de las personas.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en su Exp. N.º 3644-2015-PHC/TC en su fundamento 8 menciona que:

El principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento

sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

El principio de legalidad para el ámbito penal, resulta por lo tanto un fundamento de todo el Derecho Penal reconocido también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello resalta su importancia para poder moderar la afectación a derechos fundamentales del cual se encargan las sanciones penales, y, no confundir las faltas morales o reproches sociales, con los reproches penales.

#### **1.19. Administración pública como bien jurídico penalmente protegido**

La administración Pública, como refiere Chanjan Documet (2017), constituye un bien jurídico penalmente protegido en la medida que su correcto funcionamiento es de suma importancia para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Por ello, el derecho penal interviene en el ámbito de la administración pública con la intención de prevenir y sancionar actos de corrupción que menoscaban la función pública. Es así que, la administración pública no es un fin en sí misma, es un instrumento por el cual el Estado garantiza a los ciudadanos, el acceso igualitario a bienes y servicios esenciales, y su protección penal se justifica en la necesidad de resguardar la prestación eficiente y equitativa de tales servicios.

Desde el punto de vista jurídico, el correcto funcionamiento de la administración pública ha sido conceptualizado como un bien jurídico de

naturaleza colectiva, y a diferencia de los bienes individuales, los colectivos no pueden ser apropiados o disfrutados por una sola persona, sino que benefician a la sociedad en su conjunto.

Montoya Vivanco (2015), señala que el bien jurídico penalmente protegido de la administración pública es materia de controversia en la actualidad. Por lo que es posible identificar tres posturas: la primera, considera que los delitos contra la administración pública protegen la probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público, perspectiva que se torna subjetiva; la segunda, se sujeta en expectativas basadas en normas, que se tienen respecto a la actuación de los funcionarios públicos; y tercero, el correcto y el regular funcionamiento de la administración pública para poder conseguir el correcto ejercicio de la función pública.

La teoría del correcto funcionamiento de la administración, consiste en considerar que la función pública debe ser protegida penalmente porque su adecuado desempeño es indispensable para la materialización de los derechos fundamentales individuales.

En síntesis, la administración pública es un bien jurídico protegido penalmente, cuya vigencia es sustancial para la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, debido a que su protección garantiza el acceso equitativo de los ciudadanos a la justicia y la intervención penal se justifica dado que las conductas delictivas que atentan contra la administración pública vulneran principios conexos a tal bien jurídico, tales como, el principio de legalidad y seguridad jurídica.

Como llega a indicar Rodríguez Rey (2017), en los delitos que atentan contra la Administración Pública, el bien jurídico ha sido objeto de debates doctrinarios, de manera genérica se puede sostener que el Derecho Penal tutela el correcto funcionamiento de la Administración, garantizando que autoridades y funcionarios actúen conforme a principios tales como la legalidad, eficacia y subordinación a la Ley. Por su parte la doctrina alemana se ha enfocado en estudiar los denominados, delitos del cargo, en donde se ha sostenido dos grandes posturas. La primera, referida a la existencia de un único bien jurídico, siendo que el interés tutelado radica en el deber funcional del cargo o la fidelidad del funcionario hacia el Estado. La segunda postura, se refiere a la pureza del cargo o la confianza pública en la integridad del mismo.

Posturas como la de Stock, ampliando la perspectiva señalando que los delitos del cargo afectan el funcionamiento de la Administración Pública en su conjunto, pues su comisión deteriora la confianza de la ciudadanía en un aparato estatal imparcial y eficiente, desde esta óptica se incluye la dimensión social de la Administración como garante de intereses colectivos. Otras posturas apuntan a tres niveles de protección: al Estado, a la colectividad y al ciudadano, todos ellos resultan perjudicados por el ejercicio arbitrario de la función pública. En suma, la doctrina comparada evidencia que en cuanto a los delitos que atentan contra la Administración Pública, no se protege únicamente la legalidad y la pureza del ejercicio funcional, sino también la confianza social en el aparato estatal y la vigencia del Estado de

Derecho cuya preservación responde a intereses propios de un Estado Constitucional de Derecho.

## **1.20. Aspectos normativos**

### **1.20.1. Código Penal Peruano**

El artículo 418 del Código Penal que tipifica el delito de prevaricato y que a la letra menciona lo siguiente:

#### **Art. 418.- Prevaricato**

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de 5 años.

### **1.20.2. Ley del Procedimiento Administrativo General**

El inciso 15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que regula el principio de predictibilidad, que a la letra indica lo siguiente:

Principio de predictibilidad. - La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que, a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

## CAPÍTULO III

### MARCO TEÓRICO

#### DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

La verificación de la hipótesis que sostiene que “Las consecuencias jurídicas de que el tipo penal de prevaricato no tipifique a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos”, son: i) La desprotección de la Administración Pública como bien jurídico penalmente tutelado, ii) Vulneración del principio de legalidad; iii) Afectación del principio de predictibilidad. Se realizó un análisis dogmático y hermenéutico de la norma penal vigente para esto, el cual fue complementado con el estudio del derecho comparado, jurisprudencia y doctrina.

Se emplearon los métodos argumentativo, analítico, deductivo, dogmático y hermenéutico para llevar a cabo el proceso de contrastación; estos posibilitaron tratar el problema desde diferentes puntos de vista. El prevaricato, a través del método analítico, pudo ser descompuesto en sus elementos constitutivos, lo que permitió identificar las carencias que provienen de su actual delimitación subjetiva. Por otro lado, el método deductivo posibilitó, tomando como base principios generales del Derecho Penal (como la seguridad jurídica y la legalidad), concluir que es necesario incluir en el tipo penal a los funcionarios administrativos con capacidad de decisión. El método hermenéutico ayudó a interpretar el significado del artículo 418 del Código Penal y a detectar huecos normativos, mientras que el

método dogmático-jurídico contribuyó a examinar sistemáticamente el texto de dicho artículo.

Además, se emplearon las técnicas de fichaje y recopilación documental, que hicieron posible el examen sistemático de fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales. Estos instrumentos fueron útiles para respaldar las relaciones entre los principios constitucionales de predictibilidad, seguridad jurídica y legalidad, y la urgencia de penalizar las decisiones arbitrarias tomadas en el terreno administrativo.

Así, la contrastación hizo posible confirmar que la hipótesis presentada tiene fundamento en la dogmática penal, los principios del Estado Constitucional de Derecho y la teoría del delito. Esto pone de manifiesto que el tipo penal de prevaricato en su configuración actual no es suficiente para asegurar una salvaguarda completa del bien jurídico de la Administración Pública.

## **2.1. La desprotección de la Administración Pública como bien jurídico penalmente tutelado.**

En esta sección se propone demostrar con amplitud y profundidad por qué es que las resoluciones administrativas emitidas por tribunales u órganos colegiados con capacidad de decisión, cuando son manifiestamente contrarias a la ley, cuando se citan pruebas o hechos falsos, o se sustentan en leyes derogadas o supuestas lesionan de manera directa el mismo bien jurídico que tutela el delito de prevaricato, y por qué la exclusión de estos constituye una desprotección evidente y relevante que requiere de un análisis

y solución cuanto antes. Para ello, el análisis atiende al contenido constitucional y dogmático del bien jurídico, recoge además la experiencia normativa de otros ordenamientos jurídicos, así como contrasta doctrina y decisiones administrativas representativas las cuales evidencian los efectos prácticos de la omisión legislativa.

El delito de prevaricato se regula por el artículo 418 del Código Penal, en donde se tiene por finalidad garantizar la juricidad de las decisiones públicas y a la par, la confianza de la colectividad en que las resoluciones estatales serán dictadas conforme al Derecho. Por tal motivo y dada la naturaleza de su estructura dogmática, es un delito especial propio en el que el sujeto activo, o sea, juez o fiscal, infringe de manera dolosa la ley o el derecho, dictando una resolución manifiestamente contraria a su texto expreso o basándose en hechos o pruebas inexistentes. El bien jurídico, como se desarrolló en el capítulo II de esta investigación, es la recta administración de justicia o el correcto funcionamiento de la función pública decisoria, expresión concreta de la Administración Pública como institución que permite garantizar de manera efectiva el principio de legalidad y la tutela de derechos.

El bien jurídico que se tutela con la figura del prevaricato es, en esencia, la legalidad para el ejercicio de la función pública que decide; siendo la garantía de que las decisiones emanadas de órganos con poder vinculante se ajusten al Derecho y sostengan la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico. Al ser un bien jurídico su concepción es abstracta, pero de gran importancia para la preservación de la imparcialidad y la integridad del

aparato decisorio del Estado. En ese sentido, se debe entender a la Administración Pública como el conjunto de órganos y procedimientos que concretan la acción estatal en favor del interés general, lo que constituye un soporte institucional, donde su funcionamiento se ve comprometido cuando se emiten resoluciones o se toman decisiones administrativas arbitrarias que se desvían evidentemente de la normativa aplicable al caso en concreto.

Asimismo, cuando se limita el tipo penal de prevaricato únicamente a jueces y fiscales, el legislador ha incurrido en una omisión para otros funcionarios que al igual que los primeros, ejercen potestad decisoria en el ámbito administrativo, cuyas resoluciones poseen de igual manera carácter vinculante y efectos jurídicos sustantivos para los administrados. Siendo que, esta restricción en el tipo penal genera una brecha que implica una desprotección con respecto al bien jurídico que se busca preservar.

De ese modo, cuando los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos emiten resolución manifiestamente contraria a la ley, citan pruebas o hechos falsos, aplican normas derogadas o supuestas, realizan interpretaciones arbitrarias, es aquí en donde la afectación a la Administración Pública se hace manifiesta y se vuelve análoga a la que se produce cuando el autor del acto ilícito es un juez o fiscal. Por ese motivo es que en ambos casos se vulnera la confianza en la legalidad de las decisiones estatales y se quebranta la función que tutela la Administración que en esencia se ejerce en favor de los ciudadanos. Siendo esta limitación de sujeto activo, la cual produce una desprotección del bien jurídico que se tutela con

el prevaricato dejando impunes conductas igualmente graves y reprochables en sede administrativa con respecto a la función decisoria.

La Administración Pública, siendo entendida como un instrumento de realización para el interés general integra uno de estos valores. Y, siendo la exclusión de sanción penal a quienes con el mismo poder decisorio que un juez dictan resoluciones contrarias a la ley, supone desatender el fundamento que incentivó la regulación del delito de prevaricato.

El daño efectivo al bien jurídico, amparando la postura expuesta en el marco teórico de la doctrina, su protección no se limita a los administrados, sino también hacia el Estado y la sociedad en general, siendo que su lesión produce un perjuicio íntegro y efectivo que socava la legitimidad de la administración estatal, incrementando la percepción de arbitrariedad por parte de la población disminuyendo la potestad del Estado para la efectiva garantía de los derechos fundamentales.

Ello se ve reforzado porque en la actualidad la administración regula áreas muy sensibles, entre ellas, la contratación pública, tributación y servicios de suma importante, por lo que la incidencia de decisiones arbitrarias sin repercusión penal alguna se traduce en daños hacia el estado y la afectación a la economía, y lo más importante la desprotección penal de derechos fundamentales.

En el Código Penal Español en el art. 404 se sanciona a la autoridad o funcionario que a sabiendas dictare una resolución arbitraria en asunto

administrativo, lo que evidencia los avances europeos con respecto a la ampliación de la protección penal a todo decisor estatal con potestad jurídica vinculante sin importar que ocurra en sede administrativa. Bajo este análisis comparado, se evidencia que la legislación peruana es más restrictiva y deja un sector referido a la administración pública sin tutela penal, pese a que tales actos tienen impacto directo en la vigencia del principio de legalidad.

Hoy por hoy, la Administración ha asumido un rol casi similar al jurisdiccional en materia sancionadora, se debe a los modernos avances en la regulación de diversas áreas del derecho, como materia tributaria y contratación pública, por lo que se refuerza aún más la necesidad de incluir a tales sujetos activos en el delito de prevaricato, con la finalidad de sancionar como posibles autores del prevaricato a órganos administrativos con capacidad de decisión.

La distinción tradicional entre función jurisdiccional y la función administrativa ha ido asemejándose cada vez más en la práctica contemporánea. Tal es así que, existen funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos que, por mandato legal emiten y deciden resoluciones con efectos vinculantes sobre diversas relaciones jurídicas que produce consecuencias prácticas indiscernibles al de una resolución judicial en términos de eficacia y alcance.

Por lo tanto, resulta incoherente que si el tipo penal tutela la administración pública sancionando con penas privativas de libertad la desviación dolosa del juez y fiscal, no haga lo mismo cuando la decisión arbitraria proviene de un decisor administrativo. Siendo que, la protección del bien jurídico no puede

depender del carácter orgánico del sujeto que dicta la resolución; debe atender a la naturaleza y efectos de la decisión, siendo que tal necesidad de existencia de coherencia normativa es el argumento principal para la equidad protectora por los motivos señalados.

Esta propuesta de inclusión no tiene únicamente un fundamento que atente contra principios como el de ultima ratio del Derecho penal, ello sobre la ampliación indiscriminada del tipo penal con respecto a sus sujetos activos, por el contrario, se refiere a una reinterpretación funcional del sujeto pasivo conforme al principio de adecuación social, debe por lo tanto equipararse la naturaleza de la decisión de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión, con respecto a las de un juez o fiscal, que actúan con dolo directo o eventual. Por tanto, esta precisión mantiene la vigencia del principio de legalidad evitando criminalización de errores técnicos justificada por la protección del bien jurídico de la Administración Pública.

La propuesta de incluir a los tribunales y órganos colegiados con capacidad de decisión administrativos como sujetos activos del delito de prevaricato necesita precisar con claridad los elementos que distinguen una conducta prevaricadora de un error razonable de interpretación. Con la finalidad de no caer nuevamente en el formalismo jurídico que expresaba que los jueces (en este caso, los entes administrativos) son únicamente la boca de la ley.

En suma, tras analizar comparadamente cómo es que otros ordenamientos jurídicos han brindado protección al mencionado bien jurídico, se tiene el

Código Español que sanciona el prevaricato administrativo, sancionando al funcionario que a sabiendas dite una resolución administrativa arbitraria.

En consecuencia, los fundamentos doctrinarios, comparados y empíricos contrastan favorablemente la hipótesis, de que la exclusión de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos de sanción por el tipo penal de prevaricato genera desprotección del bien jurídico de la Administración Pública, impidiéndole al Derecho Penal sancionar idóneamente las formas que de igual modo que las decisiones de jueces y fiscales, resultan graves y dolosas del poder decisorio.

## **2.2. Vulneración del principio de legalidad.**

El principio de legalidad trasciende el ser un enunciado formalista que nació con el establecimiento del Estado Legal de Derecho, en la actualidad es un principio fundamental para el Derecho, que ha sido concordado con las ideas protectoras de derechos fundamentales, como el garantismo, garantizando que cualquier manifestación de las autoridades se enmarquen a la Ley. Por ello, en el ámbito de la función decisoria de órganos colegiados administrativos, este principio revela su dimensión que resulta en un imperativo, la cual es que, la actuación de estos sujetos, no debe basarse únicamente en normativa previa, por lo contrario, debe tener fines y límites competenciales y estándares de motivación que les permitan a los administrados y a la sociedad en general, comprender, prever y saber el porqué de una decisión u otra.

El principio de legalidad como se recabó de fuentes doctrinarias, jurisprudenciales y constitucionales en el capítulo II de la investigación, es una garantía esencial del Estado constitucional de Derecho, dado que, no solo delimita el poder punitivo del Estado bajo el *principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, y también se orienta a la actuación de toda autoridad pública bajo el imperativo del artículo 45° de la Constitución, en donde se indica que el ejercicio del poder emana del pueblo y por tanto debe realizarse conforme a la Constitución y las leyes. En consecuencia, toda potestad decisoria incluyendo bajo estos parámetros a la que ejercen los órganos administrativos, se encuentra sujeta a la ley como expresión del principio de legalidad en la función pública.

En su aplicación para la problemática a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos, el principio de legalidad implica exigencias como: la existencia de una habilitación normativa que autorice la decisión, el sometimiento a los límites competenciales y temporales que la norma imponga, adecuación de la decisión a la finalidad, motivación suficiente que permita comprender la relación entre hechos y conclusión jurídica, y finalmente la proporcionalidad, que de no ser cumplidas requieren de intervención más exigente.

Según lo desarrollado y acopiado en la investigación, se tiene que el principio de legalidad posee una doble dimensión en el ordenamiento jurídico. Primero, una dimensión formal, donde se exige que toda decisión estatal encuentre su fundamento en una norma previa, clara y escrita; y también una

dimensión material, pues bajo este principio se obliga a que las decisiones sean razonables, proporcionales y conformes con la finalidad de la norma.

El problema de investigación hallado, sin embargo, incumple ambas dimensiones del principio de legalidad, ello porque los órganos administrativos con capacidad decisoria pueden actuar sin base normativa válida y también con la inobservancia de los fines de la norma.

Dentro de un Estado Constitucional de Derecho, es importante que las actuaciones de las autoridades se enmarquen dentro de los márgenes de la competencia que la ley les confiere conforme a los procedimientos que se han establecido. Por lo que una decisión que desconoce tales límites atenta directamente contra el principio de legalidad, como sustento del ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo sancionador, la capacidad decisoria de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos presentan similitudes con la potestad jurisdiccional común. Dado que, en ambos tipos de decisión se determinan derechos y deberes, se crean situaciones jurídicas y se generan efectos vinculantes para las partes. Por ello, la inobservancia del principio de legalidad para el ámbito administrativo no puede ser dejada a un lado y merecer desprotección penal dado que las infracciones que se cometen en la sede administrativa también comprometen el bien jurídico Administración Pública.

Es preciso señalar que el tipo penal de prevaricato es únicamente atribuible a título de dolo, admitiendo tanto dolo directo como dolo eventual, es aquí donde la propuesta de investigación se fundamenta aún más, dado que se debe sancionar a aquellos miembros de órganos administrativos con capacidad de decisión que manifiestamente contravengan el texto expreso y claro de la ley, se los debe sancionar con la finalidad de evitar el ejercicio del poder sin sujeción a principios constitucionales, con conocimiento de que se está transgrediendo la ley o el reglamento que los rige.

Desde una perspectiva político criminal, la vulneración de este principio de legalidad por los motivos expuestos, tiene como consecuencia la afectación a la seguridad jurídica y la previsibilidad de la actuación administrativa, siguiendo las ideas propuestas por el pospositivismo, la legalidad además de ser un principio, es una garantía para el ciudadano de que las actuaciones del estado no serán arbitrarias.

Como argumento adicional, desde la perspectiva constitucional garantista, la vinculación del derecho positivo a los funcionarios les impone la obligación de obedecer la ley, pero también fundamentar sus decisiones dentro del marco normativo en el que se encuentran para que estas resulten razonables.

La problemática abarca también el déficit del control penal sobre actos administrativos ilegales y arbitrarios que son manifiestos, el derecho administrativo cuenta con mecanismos de nulidad o sanción disciplinaria para los administrados, pero estos no están sujetos a control penal que los

incite a respetar el principio de legalidad cuando cometen una desviación en sus decisiones, que son arbitrarias y dolosas afectando gravemente la juricidad institucional de la entidad administrativa. El Derecho Penal y su regulación vigente permiten que en la administración pública queden espacios impunes a acciones manifiestamente contrarias a la ley.

El desajuste entre la capacidad de decisión de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos y el ordenamiento jurídico constituye una amenaza para el principio de legalidad, también, la seguridad jurídica y la confianza en el Estado. Siendo que tal vulneración cuando adquiere un carácter deliberado y lesivo, comprobado por el dolo, exige que la respuesta no se limite a la simple nulidad o una sanción disciplinaria administrativa. Desde la propuesta de esta investigación se tiene que es necesaria también la inclusión de una posibilidad de reproche penal, delimitado por las exigencias que el mismo principio de legalidad exige, esta inclusión sería coherente con el sistema penal si es que lo que se quiere proteger es el bien jurídico de Administración Pública.

Ante ello, la contrastación de este componente confirma que la capacidad de decisión de los funcionarios administrativos cuando se ejerce no respetando el ordenamiento jurídico, infringe tenazmente el principio de legalidad. Siendo que esta conducta necesita trascender la esfera administrativa disciplinaria en aras de preservar el principio de legalidad.

### **2.3. Afectación del principio de predictibilidad.**

El principio de predictibilidad se encuentra consagrado en el inciso 15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, este principio le impone a los procedimientos administrativos un deber de transparencia y de certidumbre, al ser un principio, es posible de ser cumplido en mayor o menor medida, pero su efectivo cumplimiento hace prevalecer el Estado Constitucional de Derecho, este principio además, obliga a que el administrado pueda formarse en sí, una idea desde el inicio del trámite del probable resultado de su actuación formándose una expectativa razonable, siendo esta la que queda a merced de la decisión del órgano decisor administrativo.

La predictibilidad por tanto es en suma una garantía de justicia material que permite a las personas orientar sus decisiones y planificar sus intereses bajo la seguridad de que la interpretación de las normas que regulan el procedimiento se realizará con coherencia y regularidad.

Tiene relevancia práctica dado que la predictibilidad se denota de manera nítida y clara cuando se considera la función decisoria que desempeñan los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos, siendo que estos, adoptan pronunciamiento que configuran criterios de aplicación, resuelven una incertidumbre jurídica y a su vez emplean criterios de interpretación de la ley y su reglamento correspondiente.

Por lo que, si de tales pronunciamientos se evidencian inconsistencias, arbitrariedad o manifestación deliberada de resoluciones contrarias al ordenamiento jurídico, la capacidad de los administrados para prever estos resultados se vuelve afectada. Por lo que la predictibilidad no se circunscribe únicamente como un principio más, sino como una exigencia que, de no ser cumplida, requiere de consecuencias más drásticas.

Ante ello, la exclusión de funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos, de una posible autoría dolosa del delito de prevaricato agreda el principio esbozado, porque deja un instrumento, idóneo para sancionar la conducta de aquellos, que emiten resoluciones que por su contenido son manifiestamente contrarios a la ley o por su fundamentación en hechos inexistentes producen una interpretación errada dolosa.

Las sanciones y consecuencias únicamente administrativas no le hacen justicia al quebrantamiento de un principio, que, sumado a una penalidad ausente, se incrementa el riesgo de prácticas arbitrarias que se consideran como patrones de decisión para futuros supuestos.

Al hablar de decisiones es necesario referirse a los precedentes administrativos, los cuales tienen un papel central para la memoria institucional que orienta las actuaciones de los administrados para el futuro, otorgando criterios y la reducción de incertidumbre jurídica. Al igual que el órgano jurisdiccional, si emite decisiones arbitrarias y estas pueden servir para la resolución de futuros casos, basta con que estos precedentes se

hayan decidido de manera arbitraria para desmoronar por completo el proceso administrativo.

La doctrina administrativa, compartiendo la idea propuesta por Guzmán Napurí (2009), enfatiza que la predictibilidad implica que el administrado pueda conocer, desde los inicios de cierto procedimiento administrativo, el probable desenlace de su solicitud sobre la base de la información existentes, así como los criterios de interpretación y de decisión constantes. Para tal fin, es importante que la autoridad administrativa actúe con neutralidad, imparcialidad y uniformidad, y cuando no concurren estas características para las decisiones de las autoridades administrativas, se estará ante actuaciones arbitrarias que a todas luces vulneran abiertamente el principio de predictibilidad.

La afectación de este principio tiene a su vez implicaciones colaterales las cuales pueden traer repercusiones económicas y sociales de gran envergadura, ello dado que la incertidumbre en las decisiones administrativas incrementa los costos de transacción y generan dificultades para la planificación de proyectos o procedimientos de los administrados de diversa índole. Por ello la predictibilidad no se enmarca en el ámbito privado y de los administrados, sino que se extiende y tiene consecuencias prácticas muy importantes.

Es necesario precisar, al igual que con los otros componentes de la hipótesis que, la tutela de la predictibilidad mediante la intervención penal como se sostiene en esta investigación requiere de extremar precauciones, como que

no se sancione la discrepancia interpretativa razonable, tampoco puede sancionarse sin demostrar la voluntad y conocimiento por parte de los órganos decisores que se está contrariando de manera expresa y tajante a la ley y a los reglamentos que le son pertinentes.

Bajo tal marco normativo y jurisprudencial, la supresión de los órganos administrativos con capacidad de decisión del ámbito de autoría del delito de prevaricato compromete la prevalencia del principio de predictibilidad.

Dado que, al carecer de sanción penal quienes emiten resoluciones evidentemente contrarias a la ley o citando hechos inexistentes, debilitan la administración en sede administrativa y se priva al sistema de un instrumento, como lo es la sanción penal, para asegurar que las decisiones sean uniformes, objetivas y previsibles.

En definitiva, la exclusión de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos del campo de sujetos activos del delito de prevaricato es un factor que en la práctica atenta de manera directa la predictibilidad que exige el procedimiento administrativo. La protección efectiva de este principio exige por su parte, una respuesta equilibrada que combine la sanción penal, con políticas de transparencia al momento de pronunciarse en sede administrativa.

**PROYECTO DE LEY****LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL PARA INCORPORAR A LOS  
FUNCIONARIOS QUE INTEGRAN TRIBUNALES U ÓRGANOS COLEGIADOS  
ADMINISTRATIVOS COMO SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO DE  
PREVARICATO****Artículo 1.- Objeto de la Ley**

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 418 del Código Penal ello con la finalidad de incorporar de manera expresa a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos del delito de prevaricato, a fin de garantizar la tutela penal efectiva del bien jurídico de Administración Pública.

**Artículo 2.- Modificación del Código Penal con respecto al artículo 418**

Modifíquese el artículo 418 del Código Penal, el cual quedará redactado en los siguientes términos:

**Artículo 418.- Prevaricato**

El juez, fiscal o funcionario público que integrando tribunales u órganos colegiados administrativa y tenga potestad decisoria, dicta resolución o emite acuerdo manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley, o se funda en hechos o pruebas inexistentes, o aplica normas derogadas o inexistentes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 6 y 8 del artículo 36.

**Disposición Complementaria única**

La presente norma entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario El Peruano.

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **1. Fundamentos de la propuesta**

El delito de prevaricato, el cual se encuentra tipificado en el artículo 418 del Código Penal, sanciona al juez o fiscal que dicta resolución manifiestamente contraria a la ley. Este tipo penal tiene como finalidad preservar la recta función decisoria del Estado y proteger el bien jurídico de la Administración Pública, entendida esta como el correcto funcionamiento de las instituciones públicas y la confianza de la ciudadanía.

Sin embargo, la redacción actual excluye a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión, pese a que sus resoluciones poseen efectos jurídicos con característica de vinculantes y pueden afectar con igual intensidad el orden jurídico y la seguridad administrativa. Esta omisión genera un espacio de impunidad frente a conductas arbitrarias provenientes de estos tribunales y órganos colegiados deviniendo además en una desprotección del bien jurídico.

### **2. Justificación dogmática y constitucional**

Conforme al artículo 45° de la Constitución se establece que el ejercicio del poder estatal se realiza conforme a la Constitución y las leyes. En tal sentido, todo funcionario que posee potestad decisoria se encuentra vinculado al

principio de legalidad y debe actuar dentro de los márgenes normativos que regulan su competencia.

Por tanto, la exclusión de los funcionarios colegiados del delito de prevaricato vulnera este principio, pues permite que se toleren decisiones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico sin una adecuada protección al bien jurídico de Administración Pública, sanciona a los jueces por decisiones dolosas y deja impunes conductas cometidas bajo las mismas circunstancias en el ámbito administrativo.

Asimismo, la seguridad jurídica plasmado en el principio de predictibilidad reconocido en el inciso 15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, el cual exige una acertada probabilidad en cuanto a las decisiones de los órganos decisores administrativos se vería optimizado si es que se considera a los órganos administrativos con capacidad de decisión como probables sujetos activos del delito de prevaricato.

### **3. Derecho comparado**

Analizando al prevaricato se tiene que este tipo penal es un delito especial propio de infracción del deber cuya esencia se enfoque en la “traición a la ley”, por lo que, si la finalidad del tipo penal es sancionar la arbitrariedad decisoria hecha de manera dolosa, en consecuencia, se tiene que es necesario ampliar la ratio del tipo penal.

El Derecho comparado respalda esta propuesta, tanto es así que, en el artículo 404 del Código Penal español se tipifica la conducta de funcionario o autoridad que dicta resolución arbitraria en un asunto administrativo.

### **Efecto de la vigencia de la norma**

La entrada en vigor de la presente ley permitirá incorporar en el ámbito del delito de prevaricato a aquellos funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión, zanjando un vacío normativo que en la actualidad da paso a la impunidad de actos administrativos dolosamente contrarios a la ley. Esta reforma fortalecerá la confianza en las instituciones del ordenamiento jurídico, así como la prevalencia de la seguridad jurídica y la predictibilidad en la actuación estatal-

### **Análisis costo – beneficio**

La propuesta de ley no le genera gasto adicional al Estado, dado que no implica la creación de nueva institución ni requiere asignación presupuestal. Por el contrario, su aplicación optimiza el adecuado desenvolvimiento del ordenamiento jurídico vigente.

## CONCLUSIONES

1. Las consecuencias jurídicas derivadas de que el tipo penal de prevaricato no tipifique a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión como sujetos activos, se manifiestan en una desprotección del bien jurídico de la Administración pública, así como la vulneración del principio de legalidad y la afectación de la predictibilidad administrativa, siendo estos, pilares del Estado Constitucional de Derecho.
2. El bien jurídico protegido, por el delito de prevaricato, de la Administración Pública está insuficientemente tutelado por la regulación vigente, al considerar como únicos responsables penalmente a jueces y fiscales, dejando sin sanción penal a los actos administrativos arbitrarios, que tienen el potencial de perjudicar tanto al orden jurídico como a los derechos de los administrados.
3. No sancionar penalmente a los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos con capacidad de decisión infringe el principio de legalidad, ya que posibilita la emisión de resoluciones claramente opuestas al ordenamiento jurídico sin ninguna consecuencia punitiva, perjudicando la obligación del Estado de asegurar una administración pública predecible e íntegra.
4. La exclusión de los funcionarios que integran tribunales u órganos colegiados administrativos, con capacidad de decisión, como sujetos activos del delito de prevaricato pone en peligro el principio de predictibilidad, al crear

incertidumbre sobre la uniformidad y coherencia de las determinaciones administrativas, afectando negativamente la transparencia institucional y la confianza ciudadana en el desempeño de la función pública.

5. Es indispensable reformar el art. 418 del CP., para corregir el vacío normativo presentado, asegurando la protección efectiva del bien jurídico Administración Pública, la consolidación de la transparencia y la responsabilidad penal de los funcionarios con potestad decisoria en el sector administrativo peruano.

**RECOMENDACIÓN**

Al legislador peruano, se sugiere, impulsar una modificación del art. 418 del CP. Peruano, aplicando lo desarrollado en la propuesta legislativa del presente trabajo de investigación, con el objetivo de guiar su iniciativa.

**REFERENCIAS**

- Almanza Altamirano, F. (2022). Manual de Teoría del Delito (Primera ed.). San Bernardo.
- Aragón Reyes, M. (2013). Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución. *Cuestiones constitucionales*, (29), 3-25.  
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932013000200001&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000200001&lng=es&tlng=es).
- Aranzamendi, L. (2010). Investigación jurídica (Primera ed.). Grijley
- Bacigalupo, E. (1996). Manual de Derecho Penal Parte General. (3ª. ed.) Editorial Temis.
- Benavides Vargas, Liz. (2017). El delito de prevaricato en el Perú. *Lex* 19(15). p. 237 – 250. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i19.1377>Lex
- Bramon-Arias Torres, L, M. (2002). Manual de derecho penal parte general. (2ª ed.).
- Caro Coria, D. y Reyna Alfaro, L. (2023). Derecho Penal: Parte General. Editorial LP.
- Castillo Alva , J. (2004). Principios del Derecho Penal Parte General (Primera ed.). Gaceta Jurídica.

Cazares, L., Chirsten, M., Jaramillo, E., Villaseñor, L. y Zamudio, L. (2003).  
Técnicas actuales de investigación documental. Editorial Trillas.

Chanjan Documet, R. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. Revista Derecho Penal y Criminología, 38(104), 121- 150. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>

Contraloría General de la República. (2024). Informe de Pérdidas por Corrupción e Inconducta Funcional.  
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6520701/5686160-indice-de-la-corrupcion-e-inconducta-funcional-inco-2o23%282%29.pdf?v=1720800749>

Corte Suprema de Justicia de la República. (2008). Recurso de Casación n.º 11- 2007. La Libertad. Sala Penal Permanente. Lima: 14 de febrero de 2008. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/11/Casacion-11-2007-La-Libertad-LPDerecho.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. (2014). Recurso de Apelación n.º 02- 2014. Lambayeque. Sala Penal Permanente. Lima: 16 de septiembre de 2014. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/08/Como-se-configura-el-delito-de-prevaricato-criterios-Corte-Suprema-Legis.pe-APELACION-02-2014.PREVARICATO.-CONTROL-DE-LEGALIDAD.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). Recurso de Casación n.º 684-2016. Huaura. Sala Penal Transitoria. Lima: 08 de noviembre de 2018. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Casaci%C3%B3n-684-2016-Legis.pe\\_.pdf?fbclid=IwAR3m3trF7WZV0hc9TwOHNvoKSm7whxoWRl3wE\\_ZUPd9g3MAF8jmVW8QqUDY](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Casaci%C3%B3n-684-2016-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR3m3trF7WZV0hc9TwOHNvoKSm7whxoWRl3wE_ZUPd9g3MAF8jmVW8QqUDY)

Echegurren Cuevas, A. (2023). La tipicidad. *Revista jurídica* 15(1). <https://investigacion.uninorte.edu.py/wp-content/uploads/DER-1501-02.pdf>

Ferrajoli, L. (2011). Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Trotta.

García Caveró, P. (2012). Derecho penal Parte General. (2ª ed.). Jurista Editores.

Gil Rendón, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, (12), 43-62. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5224300>

Guzmán Napurí, C. (2009). Los principios generales del derecho administrativo. *IUS ET VERITAS*, 19(38), 228-249. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203>

Hernández Landa (2023). Prevaricato: el delito de jueces y fiscales. LP Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/prevaricato-delito-jueces-fiscales/>

Hernández Manríquez, J. (2019). Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano. Editorial UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5649/5.pdf>

Islas Montes, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 15, 97 – 108. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>

López Soria, Y., Sánchez Oviedo, D. X., Cajas Pérez, J. L., & Ortiz Criollo, O. C., (2022). La culpabilidad prescindible como elemento, en la estructura del delito. Revista Universidad y Sociedad, 14(6), 278-289. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v14n6/2218-3620-rus-14-06-278.pdf>

Montoya Vivanco, Y. (2015). Manual sobre delitos contra la Administración Pública. (1ª ed.). Editorial PUCP & Open Society Foundations.

Morán Delgado , G., & Alvarado Cervantes, D. (2010). Métodos de investigación (Primera ed.). Pearson Custom Publishing.

Muntané Relat, J. (2010). Introducción a la investigación básica. Revista Andaluza de Patología Digestiva (RAPD), 33(3), 221-227. <https://www.sapd.es/revista/2010/33/3/03/pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

[https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention\\_s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention_s.pdf)

Peña Cabrera Freyre, A. (2011). Derecho Penal Parte Especial Tomo VI (Primera ed.). IDEMSA.

Prieto Sanchís, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell (Ed.), Neoconstitucionalismo(s) (pp. 123–127, 131–132). Editorial Trotta.e

Presidencia del Consejo de Ministros. (2023). Informe Técnico N° 000753-2023- SERVIR-GPGSC. Lima: 15 de junio de 2023. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5657836/5012177-informe-tecnico-0753-2023-servir-gpgsc.pdf?v=1704924768>

Proética. (2022). Encuesta Nacional sobre Percepción de la Corrupción en el Perú. <https://www.proetica.org.pe/noticias/grave-deterioro-de-las-expectativas-de-la-ciudadania-frente-a-la-corrupcion-segun-encuesta-proetica-2022/>

Catalá Polo, R. (2006). Directivos Públicos. *Instituto de Estudios Fiscales* pp. 213 – 225.

[https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/41-10\\_RafaelCatalaPolo.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/41-10_RafaelCatalaPolo.pdf)

Rodríguez Gutiérrez, E. V. (2019). La tipificación del delito de prevaricato administrativo en el Perú – 2017 [Tesis de licenciatura, Universidad Alas Peruanas]. Repositorio Institucional UAP  
<https://hdl.handle.net/20500.12990/9251>

Rodríguez Rey, P. (2017). El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública, especial consideración al caso malaya y a la corrupción municipal. (Trabajo de fin de grado). Repositorio de la Universidad de Salamanca.  
[https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/132766/TG\\_RodriguezRey\\_Bien.pdf;jsessionid=77481FF11549975C5212730BDD501E44?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/132766/TG_RodriguezRey_Bien.pdf;jsessionid=77481FF11549975C5212730BDD501E44?sequence=1)

Romero Martínez, J. (2017): Estudios sobre la argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones judiciales. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.

Strauss, A., & Corbin, J. (2002). Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada. (E. Zimmerman, Trad.) Editorial Universidad de Antioquia.

Tribunal Constitucional (2006). Expediente n° 047-2004-AI/TC. Lima: 24 de abril de 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

Tribunal Constitucional. (2018). Expediente n.° 3644-2015-PHC/TC-Lima. Lima a los 6 días del mes de marzo de 2018. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/03644-2015-HC.pdf>

Tribunal Fiscal. (2007). Resolución N.° 02364-A-2007. Tribunal Fiscal del Perú.

Tribunal de Contrataciones del Estado. (2011). Resolución N.° 146-2011-TC-S1. OSCE – Tribunal de Contrataciones del Estado.

Tribunal del Servicio Civil – SERVIR. (2018, 24 de mayo). Resolución N.° 000889-2018-SERVIR/TSC-Primera Sala. Lima: SERVIR. Disponible en: <https://defensaenelpad.blogspot.com/2018/06/servir-anula-proceso-disciplinario-por.html>

Tribunal Constitucional (2020). Expediente n° 00215-2018-PA/TC-Lima. Lima: 20 de agosto de 2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00215-2018-AA.pdf>