



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA DISTINGUIR LAS PENAS EN LAS
MODALIDADES DE COMISIÓN DEL TIPO PENAL DE USURPACIÓN DE
FUNCIONES**

AUTOR:

HUACCHA CACHI, Wilmer Angel

ASESOR:

Dr. TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos

CAJAMARCA – PERÚ

AGOSTO DE 2025



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

- Investigador:
WILMER ANGEL HUACCHA CACHI
DNI: 76648103
Escuela Profesional - Facultad:
Escuela Profesional de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
- Asesor (a):
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Departamento Académico:
Derecho y Ciencias Políticas
- Grado académico o título profesional para el estudiante
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
- Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
- Título de Trabajo de Investigación:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA DISTINGUIR LAS PENAS EN LAS MODALIDADES DE COMISIÓN
DEL TIPO PENAL DE USURPACIÓN DE FUNCIONES
- Fecha de evaluación: 04/10/2024
- Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
- Porcentaje de Informe de Similitud: 6%
- Código Documento: oid:3117:388703141
- Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DESAPROBADO

Fecha Emisión: 16/10/2024

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>	
	
_____ Dr. Juan Carlos Tello Villanueva DNI: 43570003	_____ <i>Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramírez</i> DIRECTORA Directora de Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Cajamarca, siendo las doce de la tarde del día miércoles dos de julio del dos mil veinticinco, 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 Evaluador N° 02, presidio por el **PRESIDENTE**: Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco, **SECRETARIA**: Dra. María Isabel Pimentel Tello, **VOCAL**: Abg. José Olinto Araujo Vera, designado mediante Resolución de Decanato N° 060-2024-FDCP-UNC, de fecha 21 de noviembre del 2024, con la finalidad de llevar a cabo la sustentación de la tesis titulada: "**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA DISTINGUIR LAS PENAS EN LAS MODALIDADES DE COMISIÓN DEL TIPO PENAL DE USURPACIÓN DE FUNCIONES**", presentado por el Bachiller en Derecho **WILMER ANGEL HUACCHA CACHI**, 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 parte 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 QUINCE (15)**, con lo que concluyó el acto académico, siendo la una y diez de la tarde, procediendo con la firma de los intervinientes.



Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
PRESIDENTE



Dra. María Isabel Pimentel Tello
SECRETARIA



Abg. José Olinto Araujo Vera
VOCAL



Wilmer Angel Huaccha Cachi
BACHILLER

DEDICATORIA

A mi familia, por su cariño, afecto, apoyo incondicional; y, por ser quienes me inspiran a seguir adelante. Nada de esto hubiera sido posible sin ustedes.

A Asteria, por el tiempo compartido, quizás no fue coincidencia encontrarme contigo.

Si alguien te apunta con un arma, le quitas el arma, o consigues una más grande, o los descubres, o haces una de otras ciento cuarenta y seis cosas.

La lealtad es de ambas partes; si te la pido a ti, la recibirás de mí.

Harvey Specter -Suits-

AGRADECIMIENTO

Al Dr. Juan Carlos Tello Villanueva, por su asesoría en el desarrollo de la presente investigación.

A la Sra. Ysabel Arias Silva y al Sr. Julio Moya Linares, personal administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC, por su apoyo en el trámite administrativo de la presente.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	ii
EPÍGRAFE.....	iii
AGRADECIMIENTO	iv
LISTA DE FIGURAS	ix
LISTA DE TABLAS	x
LISTA DE ABREVIACIONES.....	xi
GLOSARIO	xii
RESUMEN.....	xiii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	4
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	4
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
1.1.1. Contextualización del problema.....	4
1.1.2. Descripción del problema	9
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	10
1.3. JUSTIFICACIÓN	10
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	12
1.4.1. Espacial	12
1.4.2. Temporal.....	12
1.5. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	12
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.7. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	14
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue	14
A. Básica.....	14
1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación	14
A. Explicativa.....	14
B. Propositiva.....	15
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	15

A. Cualitativa	15
1.8. HIPÓTESIS	16
1.9. OBJETIVOS	16
1.9.1. Objetivo general.....	16
1.9.2. Objetivos específicos.....	16
1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	17
1.10.1. Genéricos	17
A. Método hipotético-deductivo	17
B. Método analítico-sintético	17
C. Método inductivo-deductivo	19
1.10.2. Propios del Derecho	20
A. Método dogmático	20
B. Método argumentativo	21
C. Método hermenéutico	22
1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	23
1.11.1. TÉCNICA.....	23
A. Análisis documental.....	23
B. Fichaje	23
1.11.2. INSTRUMENTOS.....	23
A. Ficha de análisis documental.....	23
B. Fichas	24
1.12. POBLACIÓN Y MUESTRA	24
1.13. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN	24
CAPÍTULO II	25
MARCO TEÓRICO	25
2.1. ASPECTOS <i>IUS-FILOSÓFICOS</i>	25
2.2. ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS	30
2.2.1. Límites del <i>ius puniendi</i>	30
A. Principio de legalidad.....	31
a. <i>Lex certa</i>	34
b. <i>Lex praevia</i>	35
c. <i>Lex scripta</i>	36
d. <i>Lex stricta</i>	37
B. Principio de proporcionalidad.....	38

C.	Principio de culpabilidad	40
D.	Principio de lesividad	43
2.2.2.	Fines de la pena	44
A.	Teorías absolutas	46
B.	Teorías relativas	48
a.	Prevención general	49
i.	Prevención general negativa	50
ii.	Prevención general positiva	51
b.	Prevención especial	52
i.	Prevención especial negativa	53
ii.	Prevención especial positiva	55
C.	Teorías mixtas	56
2.2.3.	Principios de la previsión legal e imposición de la pena	57
A.	El principio de legalidad	57
B.	El principio de proporcionalidad	59
a.	Juicio de idoneidad	62
b.	Juicio de necesidad	63
c.	Juicio de proporcionalidad en sentido estricto	65
C.	El principio de culpabilidad	67
D.	El principio de lesividad	70
2.2.4.	Clasificación de los tipos en la teoría del tipo penal	71
A.	Clasificación según la cualidad del sujeto activo	72
a.	Tipos comunes	72
b.	Tipos especiales propios	73
c.	Tipos especiales impropios	75
2.2.5.	Análisis desde la teoría del delito del tipo penal de usurpación de funciones	76
A.	Ejercicio ilegítimo de actividad funcional (primera modalidad)	79
a.	Sujeto activo	79
b.	Conducta típica	79
c.	Tipicidad subjetiva	80
d.	Consumación y tentativa	80
B.	Continuación arbitraria de la función pública (segunda modalidad)	81
a.	Sujeto activo	81

b. Conducta típica.....	82
c. Tipicidad subjetiva	82
d. Consumación y tentativa.....	83
C. Usurpación de funciones ajenas (tercera modalidad).....	83
a. Sujeto activo	83
b. Conducta típica.....	84
c. Tipicidad subjetiva	84
d. Consumación y tentativa.....	85
2.2.6. Particularidad del agente en la segunda modalidad delictiva	86
2.2.7. Determinación judicial de la pena	89
2.3. ASPECTOS NORMATIVOS.....	92
CAPÍTULO III	95
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	95
3.1. MATERIALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD	96
3.2. OBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD O EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS.....	105
3.3. INTERRELACIÓN DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER CON EL GRADO DE INJUSTO DE LAS CONDUCTAS	113
CAPÍTULO IV.....	122
PROPUESTA LEGISLATIVA	122
4.1. PRESENTACIÓN.....	123
4.2. TÍTULO	123
4.3. FÓRMULA LEGAL	123
4.4. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	125
4.5. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA.....	127
4.6. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO	127
4.7. CUADRO COMPARATIVO	128
CONCLUSIONES	130
RECOMENDACIÓN.....	132
LISTA DE REFERENCIAS.....	133

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. <i>El principio de legalidad, garantías de su implicancia</i>	34
Figura 2. <i>Teorías acerca de los fines que persigue la pena</i>	46
Figura 3. <i>Determinación de la pena</i>	92

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. *Comparativa de las fórmulas legales* 128

LISTA DE ABREVIACIONES

art.	: Artículo
arts.	: Artículos
D. Leg.	: Decreto Legislativo
inc.	: Inciso
lit.	: Literal
MP	: Ministerio Público
num.	: Numeral
p.	: Página
pp.	: Páginas
párr.	: Párrafo
PJ	: Poder Judicial
TC	: Tribunal Constitucional
v. gr.	: Verbigracia (por ejemplo)

GLOSARIO

- Cesantía** : Finalización en el desempeño del cargo, producida por disposición de la autoridad superior, por disposición de la ley, o por aceptación de la renuncia presentada por el trabajador.
- Delito común** : Es aquel hecho punible que puede ser realizado por cualquier persona; por ello, no se exige ninguna cualidad específica en el individuo para su realización.
- Delito especial** : Es aquel hecho punible que no puede ser realizado por cualquier persona; se exige una cualidad específica en el individuo, así, por ejemplo, que sea funcionario o servidor público para su realización.
- Destitución** : Medida correctiva, referida a la separación o expulsión del trabajador del cargo que ejerce.
- Subrogación** : Sustitución de un trabajador por otro.
- Suspensión** : Retiro temporal de un trabajador de su puesto laboral.

RESUMEN

En los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, conocidos como delitos de “infracción de deber”, el reproche penal implica la contravención a normas de Derecho Público, por sujetos funcionalmente calificados.

Uno de ellos es el delito de usurpación de función pública o delito de usurpación de funciones, regulado en el artículo 361 del Código Penal, el cual presenta tres modalidades en su comisión, correspondiendo, la primera modalidad, a un delito común o de dominio; y, la segunda y tercera modalidad, por la cualidad del sujeto activo que interviene, a delitos especiales propios o delitos de infracción de deber. La particularidad que se presenta es que, para las tres modalidades de comisión que describe el referido tipo penal, a pesar de tener sujetos activos con cualidades diferentes, la pena o el marco penal abstracto es el mismo.

Es así que la presente investigación se avoca a la determinación de los fundamentos jurídicos por los cuales se busca distinguir o diferenciar las penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de función pública, teniendo como base o punto de partida la cualidad de los sujetos activos que intervienen.

Finalmente, bajo el contexto descrito y habiéndose evidenciado la deficiente labor legislativa expresada en la actual redacción contenida en el artículo 361 del Código Penal, esta tesis plantea la reforma del tipo penal de usurpación de funciones, para así armonizar la correspondencia en la atribución de responsabilidad penal, según la cualidad del sujeto activo.

Palabras clave: Administración Pública, usurpación de funciones, modalidades de comisión, distinción de penalidades, fundamentos jurídicos, cualidad del sujeto activo, grado de afectación, lesividad.

ABSTRACT

In crimes committed by public officials or servants, known as "breach of duty" crimes, the criminal charge involves the violation of public law norms by functionally qualified individuals.

One of these is the crime of usurpation of public office or usurpation of functions, regulated in Article 361 of the Penal Code. It has three types of commission. The first type corresponds to a common or domain crime; and the second and third types, depending on the status of the active subject involved, correspond to special crimes or breach of duty crimes. The unique feature is that, for the three types of commission described in the aforementioned criminal offense, despite the active subjects having different qualities, the penalty or the abstract criminal framework is the same. Thus, this research focuses on determining the legal grounds for distinguishing or differentiating the penalties for the different types of commission of the crime of usurpation of public functions, using as a basis or starting point the status of the active subjects involved.

Finally, in the context described above and having demonstrated the deficient legislative work expressed in the current wording contained in Article 361 of the Penal Code, this thesis proposes the reform of the criminal offense of usurpation of functions, in order to harmonize the correspondence in the attribution of criminal responsibility according to the status of the active subject.

Keywords: *Public Administration, usurpation of functions, types of commission, distinction of penalties, legal grounds, status of the active subject, degree of impact, harmfulness.*

INTRODUCCIÓN

La presente investigación centra su desarrollo en el delito de usurpación de funciones, contenido en el artículo 361 del Código Penal peruano. Ante lo cual, es de resaltar que la Administración Pública es un sistema dinámico y dirigido, que participa activamente en la vida social y establece numerosos vínculos entre los organismos o entidades estatales, paraestatales, así como con entidades privadas y con los ciudadanos. El bien jurídico que se tutela con el artículo anotado es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, esto es, que la Administración Pública debe servir a los intereses generales de forma eficaz y objetiva, no se pretende exigir perfección, excelencia o impecabilidad, sino que se cumplan unos requisitos mínimos al servicio de dichos intereses, tales como respeto, probidad, eficiencia, neutralidad, transparencia y discreción.

En el apartado del Título XVIII del Código Penal, concerniente a los delitos contra la Administración Pública, el objeto de protección jurídica y de salvaguarda genérica concerniente a la norma penal es el correcto funcionamiento de la Administración Pública; mientras que, el objeto jurídico específico de tutela reside en garantizar la exclusividad del Estado en el ejercicio y titularidad de las funciones públicas encomendadas a los funcionarios y servidores públicos, lo cual implica asegurar su legalidad. Al establecerse la usurpación de funciones, a través del Derecho Penal, como manifestación estatal de control social, se obtendría un cuadro de deslegitimación enervante de la fastuosidad de la función pública y su autoliquidación, que afectaría seriamente las bases de configuración de una Administración Pública moderna y la afirmación del principio de autoridad, además, el delito de usurpación de funciones, siendo un tipo delictivo en el que la conducta afecta a más de un bien jurídico, puede afectar también intereses como la fe pública.

Conforme describe, el tipo penal contenido en el artículo 361 del Código Penal contiene tres modalidades de comisión en el delito de usurpación de funciones, las cuales son: a) usurpar una función pública o la facultad de dar órdenes, militares o policiales; b) continuar ejerciendo el cargo, no obstante, haber sido

destituido, cesado, suspendido o subrogado; y, c) ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene. Por la cualidad o calificación del sujeto activo o agente interviniente en las modalidades de comisión descritas en el delito de usurpación de funciones, se tiene el siguiente análisis: la primera modalidad de comisión refiere a que puede ser realizada por cualquier persona particular, esto es, sin exigir cualidad alguna en el agente; la segunda modalidad de comisión refiere que la realización sea por un funcionario destituido, cesado, suspendido o subrogado; y, la tercera modalidad de comisión refiere que la realización es por un funcionario en actividad, realizando funciones en cargo distinto al que le corresponde.

La primera modalidad refiere a un delito común o de dominio, al no exigir en el agente ninguna cualidad específica, es decir, cualquier persona puede consumir el delito de usurpación de funciones bajo esta modalidad; mientras que la segunda y tercera modalidad están referidas a delitos especiales propios o de "infracción de deber", al exigir en el agente una cualidad específica funcional para que pueda ser consumado, es decir, no cualquier persona puede consumir el delito de usurpación de funciones bajo estas dos modalidades.

La investigación se centró en el análisis de la infracción de deber y el grado de lesividad que se produce en el bien jurídico, que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, cuando el agente es un sujeto calificado funcionalmente; por lo cual, se determinó los fundamentos jurídicos para sustentar la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del tipo penal anotado. El bien jurídico en relación con las modalidades de comisión del referido tipo penal, que, en vinculación a la cualidad del sujeto activo, puede ser lesionado en menor o mayor grado; así, la lesión será menor cuando la usurpación de funciones es realizada por un agente externo (*extraneus*¹) sin ningún conocimiento o calificación funcional, comparada a la lesión que puede ser producida por un agente interno (*intraneus*²) con conocimiento, eventual experticia o calificación funcional.

¹ Agente externo en vinculación a la Administración Pública.

² Agente interno en vinculación a la Administración Pública.

La distinción de penalidades en el tipo penal de usurpación de funciones, que en el último capítulo será propuesta de reforma legislativa, versa en elevar el *quantum*³ de las penas a los sujetos activos de las modalidades del delito de usurpación de funciones que corresponden a la “infracción de deber”. Así, la reforma será sustentada sobre la base de los fundamentos jurídicos que, a razón de la cualidad de los sujetos activos intervinientes en las modalidades de comisión del referido tipo penal, vendrían a lesionar el bien jurídico protegido en menor o mayor grado, causando efectos más o menos severos.

Por lo escrito, y en forma tentativa, se ha planteado que los fundamentos jurídicos para distinguir las penas en las modalidades de comisión del tipo penal de usurpación de funciones, contenido en el artículo 361 del Código Penal, son:

- i) Materialización de los principios de proporcionalidad y culpabilidad;
- ii) Observancia al principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos;
- iii) Interrelación de los delitos de infracción de deber con el grado de injusto de las conductas.

³ El cuanto, la cantidad.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización del problema

Con el transcurrir del tiempo, muchas de las formas delictivas que surgieron como resultado de la usurpación de funciones, títulos y atribuciones se asociaron a la manifestación de falsedad. Esta orientación jurídica tiene su origen en el Derecho Romano, donde se castigaba a las usurpaciones públicas funcionales bajo la denominación de falsedades. Dicha orientación, tomó fuerza en los diferentes códigos españoles instaurados en los siglos XIX y XX, pero no en la legislación italiana y francesa del siglo XIX, en las cuales se optó por ubicar las figuras penales de usurpación bajo los preceptos delitos contra la Administración Pública y contra la función pública, respectivamente (Díaz Cubas, 2008). En nuestra legislación nacional, la fuente directa está descrita en el artículo 320 del Código Penal de 1924.

En el ordenamiento jurídico peruano, el delito de usurpación de funciones se encuentra ubicado en el Capítulo I sobre delitos cometidos por particulares, comprendido a su vez en el Título XVIII referente a los Delitos Contra la Administración Pública del Libro Segundo, correspondiente a la Parte Especial – Delitos, del Código Penal.

Sobre la Administración Pública y el funcionario público en referencia a la interpretación de los delitos contra la Administración Pública, es conveniente otorgar anotaciones al respecto. Rojas Vargas (2007) señala al respecto que, desde un punto de vista teleológico y objetivo, la Administración Pública se constituye de intermediario entre la

sociedad civil y el Estado (p. 6), en la medida en que se ajusta a su objetivo y finalidad, que es servir a la sociedad y a las personas, su existencia jurídica obtiene legitimidad. Salinas Siccha (2009) al respecto de la Administración Pública señala que es el servicio de carácter público que realiza el Estado para cumplir su objetivo último, que es servir al bien común (p. 42). El servicio público, que es real y concreto, lo realizan las personas que trabajan dentro de la Administración Pública, a estos trabajadores se les llama funcionarios o servidores públicos, por lo tanto, mientras que la Administración Pública es abstracta, el servicio público es concreto y material. Entonces, el concepto de funcionario o servidor público se centra en quienes se integran de forma permanente y voluntaria en la Administración Pública (Benavente Chorres & Calderón Valverde, 2015).

El tipo penal de usurpación de función pública o de usurpación de funciones, tal como se conoce actualmente en nuestra legislación, se encuentra regulado en el artículo 361 del Código Penal, cuyo literal es el siguiente:

Artículo 361. Usurpación de función pública

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

A tenor del tipo penal, se distinguen tres modalidades en la comisión del delito de usurpación de funciones, las cuales son: a) Usurpar una función pública o la facultad de dar órdenes, militares o policiales

(ejercicio ilegítimo de actividad funcional), b) Continuar ejerciendo el cargo, no obstante, haber sido destituido, cesado, suspendido o subrogado (continuación arbitraria de función pública); y, c) Ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene (usurpación de funciones ajenas). Teniendo en cuenta que la cualidad del agente en cada modalidad de comisión es distinta, a pesar de ello, las tres modalidades de comisión en el delito de usurpación de funciones contemplan la misma responsabilidad penal, referida a la atribución de una pena privativa de libertad, siendo esta de cuatro a siete años.

En cuanto a los elementos objetivos de este tipo penal, el sujeto activo o agente puede ser un *intraneus*, es decir, un integrante de la Administración Pública, sea funcionario o servidor público, que ostenta y ejerce una competencia para la que no está certificado, o, un *extraneus*, que se refiere a un particular que no desarrolla ninguna función pública.

Siguiendo esa línea de análisis, en referencia a los elementos objetivos del tipo, las cualidades del sujeto activo en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones son distintas. Es de señalar, referente a ello, lo siguiente: i) La primera modalidad de comisión, no requiere en el agente cualidades específicas, por ello, esta primera modalidad refiere a un delito común; ii) La segunda modalidad de comisión, exige una continuación arbitraria de una función pública, por lo cual, requiere, en el agente, una cualidad específica para su configuración, bajo esta modalidad la usurpación de funciones es un delito especial propio, al requerir que el sujeto se encuentre cesado, destituido, subrogado o suspendido para el ejercicio de funciones públicas; iii) La tercera modalidad de comisión, también requiere, en cuanto al agente, características especiales, por lo que, al configurarse la comisión del delito de usurpación de funciones, bajo esta modalidad se trata o describe un delito especial propio, al señalar que su comisión se realiza por quien ejerce funciones ajenas a las que le corresponden, requiriendo, por lo tanto,

del sujeto activo, una característica necesaria para la comisión de usurpación de funciones bajo esta modalidad.

La distinción de penalidades en el referido tipo penal de usurpación de funciones, del análisis en términos técnicos y jurídicos, tiene base en la teoría de la imputación penal, contenida en la teoría del delito, que en la imputación objetiva describe a los sujetos pasivo y activo, que forman parte de los elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo. Habiendo señalado ello, del análisis del sujeto activo, con referencia a las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, es de donde se desprendió la problemática en estudio.

Siendo ello así, la primera modalidad de comisión corresponde a un delito común, según el cual el sujeto activo puede ser cualquier persona, es decir, no requiere en el sujeto activo alguna cualidad específica, pudiendo prever o inferir que el agente de esta modalidad no tiene conocimiento ni calificación funcional y usurpa la función pública, y teniendo en cuenta el acceso a la esfera de la función pública a usurpar, ello no desmerita la lesión del bien jurídico protegido, que podría ser en menor o mayor grado. La segunda modalidad señala que la usurpación de función pública o de funciones es desarrollada o realizada por funcionario público destituido, cesado, suspendido o subrogado; y la tercera modalidad indica que la usurpación de funciones es realizada por aquel funcionario público que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene; razón por la cual en estas dos últimas modalidades descritas, requiere en el sujeto activo cierta cualidad específica, esto es, que sea funcionario público, describiendo así que corresponde a delitos especiales propios o de "infracción de deber", y conforme a Villavicencio Terreros (2006) señala que la infracción del deber especial es el fundamento de la punibilidad, y el deber especial será la causa o razón en el aumento de la pena (p. 307).

La prerrogativa de ser funcionario o servidor público implica desarrollar en forma idónea, responsable y eficiente las funciones

asignadas en virtud del cargo ostentado, cargo que atribuye un grado de superioridad con relación a los administrados, así, el Estado, a través de una relación contractual, delega a los funcionarios o servidores públicos desarrollar funciones en beneficio de la sociedad, principalmente a cambio de una contraprestación económica, lo que genera un beneficio para el trabajador público. Además, el hecho de tener la condición de funcionario o servidor público implica en determinados tipos penales el beneficio de tener mayor protección y resguardo, así por ejemplo, en el artículo 108-A, referente a homicidio calificado por la condición de la víctima señala que el que mata a uno de los altos funcionarios comprendidos en el artículo 39 de la Constitución Política, a un miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional, a un magistrado del PJ o del MP o a un miembro del TC o a cualquier autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años. Así como existen tipos penales que les atribuyen una mayor protección, como el anterior tipo penal descrito, además lo hace, el art. 121, num. 1 del párrafo segundo, concerniente a lesiones graves; art. 122, num. 3, inc. a, concerniente a lesiones leves; y, entre otros.

En esa línea de ideas, así como presentan el beneficio de tener una mayor protección y resguardo, también pueden presentar una serie de desventajas, al ser merecedores de una mayor responsabilidad penal, puesto que la condición de ser funcionario o servidor público puede suponer una situación agravante en diversos tipos penales, así, por ejemplo, en el art. 148-A, num. 3 del segundo párrafo, referente a la participación en pandillaje pernicioso; art. 160, referente a allanamiento ilegal de domicilio; art. 162, num. 1 del segundo párrafo, referente a interferencia telefónica; entre otros. Ello es entendible por la defraudación a la cualidad funcional que ostentan y por faltar en el cumplimiento de las funciones que se encomendaron, defraudando la confianza que les brinda el Estado, siendo, por lo tanto,

merecedores de un mayor reproche penal, traducido en una pena más severa.

Es necesario e indispensable señalar además que el tipo penal descrito en el artículo 361 regula una circunstancia agravante, la cual, señala que si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; agravante que en el capítulo referente a la propuesta legislativa de reforma del tipo penal en cuestión, será elevada en forma proporcional por encima de las penas para las dos últimas modalidades de comisión del referido tipo penal de usurpación de funciones o de función pública.

En resumida cuenta, es inexcusable la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, en base a que el sujeto activo en cada una de las modalidades señaladas reúne diferentes características puesto que la comisión del delito de usurpación de funciones bajo la primera modalidad no requiere ninguna cualidad específica en el sujeto activo, por lo tanto es un delito común y el agente no es un sujeto calificado en las funciones usurpadas; ahora de las siguientes modalidades exige para que se subsuma en ellas una conducta típica, exige del sujeto activo que sea funcionario público, cesado, suspendido, subrogado, destituido o que desempeñe un cargo distinto al de las funciones que usurpa, lo que implica conocimiento y una anterior o presente calificación funcional en el sujeto activo. Abanto Vásquez (2003) señala que incuestionablemente, lo que sí se ve afectado es la seguridad del cráneo jurídico en correspondencia con las actividades de la función pública y el valor que esta tiene (p. 103).

1.1.2. Descripción del problema

La determinación simétrica de la responsabilidad penal en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, es clara muestra de la deficiente labor legislativa, ello en base a que el

sujeto activo en cada una de las modalidades que contempla el referido tipo penal, presenta diferentes cualidades, y así el bien jurídico protegido, que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se puede vulnerar en diferente grado. Por ello, el tipo penal de usurpación de funciones, en cuanto a la cualidad de los sujetos activos que intervienen, necesita de la distinción de penas en las modalidades de comisión referentes a la “infracción de deber”, puesto que, tiene un mayor reproche cuando la lesión es realizada por un agente calificado (funcionario o servidor público), que, ante la infracción de un “deber especial” y de cuidado inherente de la función pública, vulnera el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Razón por la cual, de *lege ferenda*⁴, se hace necesaria la reforma del tipo penal en cuestión, y en la presente investigación, con base en la problemática descrita, determinaremos los fundamentos jurídicos que sustentan la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de función pública o de usurpación de funciones.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La investigación se justifica, por cuanto, presentó interés por generar una discusión dogmática que, a nivel teórico, buscó incrementar el conocimiento del Derecho, siendo que se analizó la necesidad e importancia en la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, determinando los fundamentos jurídicos que la

⁴ Expresión latina que significa “para una futura reforma de ley”, o “con motivo de proponer una ley”. Es decir, recomendación que debe ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa (Rodríguez & Galetta de Rodríguez, 2008).

sustentan en relación a los delitos de infracción de deber y los delitos comunes. La vigente redacción del tipo penal de usurpación de funciones, contenido en el artículo 361 del Código Penal, muestra simetría e igualdad en cuanto a la atribución de responsabilidad penal, sin embargo, los agentes que se describen en cada modalidad de comisión, no presentan la misma simetría e igualdad de características, puesto que, las cualidades de los agentes que intervienen son distintas; razón por la cual, se planteó la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del referido tipo penal, ante la asimetría y desigualdad en las cualidades de los agentes.

Se buscó explicar que, a nivel normativo, en la regulación del delito de usurpación de funciones se hizo necesaria una distinta atribución en la responsabilidad penal concerniente a las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, siendo que el tipo penal en sus modalidades de comisión no contempla la distinción de penalidades, por lo cual, en base a la cualidad del sujeto activo y al distinto grado de lesión del bien jurídico protegido, en su comisión por los agentes; ello fue propuesta de *lege ferenda*.

La investigación desplegada presenta utilidad para el Derecho, por cuanto, se fundamentó que los delitos de infracción de deber importan un mayor reproche penal en contraposición con los delitos comunes, por lo que fue viable y pertinente tratar la diferenciación en la atribución de responsabilidad penal en las modalidades de comisión del tipo penal *sub examine*. En correlación con los agentes descritos en las modalidades de comisión, la diferenciación de penalidades viene a estar justificada por la pertinencia en el tratamiento en correspondencia con el grado de reproche penal acorde a cada modalidad de comisión.

En la *praxis* del derecho, la trascendencia de la realización de la presente investigación que es tentativa, teniendo en consideración que la propuesta de reforma planteada no depende de la voluntad del investigador, depende de la voluntad del legislador, a quién es precisamente dirigida, para que, a través de fundamentos, razones y argumentos, termine acogiendo lo sustentado en la investigación desarrollada.

Finalmente, la investigación sobre la distinción de penalidades en el delito de usurpación de funciones, se realizó en base a la sanción penal en correspondencia con la cualidad del sujeto activo y el grado de afectación del bien jurídico protegido por los agentes descritos en las referidas modalidades de comisión del tipo penal de usurpación de funciones y, que, refiriendo sobre la distinción de penalidades, Abanto Vásquez (2001) señaló que “si se constata la existencia de –un deber especial– que solamente recae en funcionarios públicos debido a su cercanía con el bien jurídico tutelado, las conductas más graves y merecedoras de sanción penal deberán ser las cometidas por ellos” (pp. 59-60).

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Espacial

El trabajo de investigación se encontró limitado al territorio nacional, por cuanto, la problemática se desarrolló en torno a una rama del Derecho interno, cuyos efectos solo atañen a este Estado, en atención a su Derecho Penal vigente.

1.4.2. Temporal

La investigación fue desarrollada en correlación a la vigencia del artículo 361 del D. Leg. 635, Código Penal peruano de 1991. La modificación o derogación del tipo penal indicado circunscribe a la tesis.

1.5. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Realizada la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI), y en la plataforma del Acceso Libre a Información Científica para la Innovación (ALICIA), que contienen las tesis de todos los repositorios a

nivel nacional, se han encontrado dos tesis, una de pregrado⁵ y otra de maestría⁶, que se hallan indirectamente relacionadas con el tema de la investigación.

En cuanto a la tesis presentada por Andrade Palomo (2016) que desarrolla su tesis en la línea del Derecho Administrativo, explica de qué manera la usurpación de la función registral desnaturaliza la calificación del registro de predios; mientras que, la tesis presentada por Albán Zapata & Romero Arteaga (2018) que desarrollan su tesis en la línea del Derecho Penal, discurre sobre el archivamiento de investigaciones fiscales sobre delitos de usurpación de funciones y coacción con relación al actuar de las rondas urbanas en la provincia de Cajamarca. Además, de la revisión del documento que contiene el proyecto de reforma del Código Penal peruano, se advierte que no existe una propuesta de distinción en las penas del referido tipo penal en estudio.

En consecuencia, se garantiza que, en la fecha de presentación de esta investigación, no se han encontrado tesis u otras investigaciones que sean comparables o se relacionen con las ideas expuestas en este trabajo.

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

No existen, la investigación se desarrolló plenamente, apoyada de prolífico material bibliográfico especializado que ayudó a fortalecer el contenido de la misma.

⁵ Presentada por Andrade Palomo (2016), cuyo título es: "Usurpación de la Función Registral en la calificación de registro de Predios".

⁶ Presentada por Albán Zapata & Romero Arteaga (2018), cuyo título es: "La ordenanza municipal que reconoce a las rondas urbanas de la provincia de Cajamarca y el archivo de investigaciones en supuestos delitos de usurpación de funciones y coacción".

1.7. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

La investigación puede clasificarse regularmente como básica o aplicada, dependiendo de los objetivos que se persigan. Por lo que respecta al primer tipo, la investigación que se esfuerza por mejorar la comprensión teórica de un tema se denomina “investigación básica”, mientras que la “investigación aplicada” siempre tienen como finalidad la irrupción fáctica.

Entendiendo ello, el presente estudio presentó un corte básico; y los fundamentos jurídicos que fueron dispuestos o determinados para sustentar la distinción de penalidades, constituyen una contribución al conocimiento jurídico dogmático, por lo que no hay rasgos que lo relacionen con una investigación aplicada.

La investigación, al haber presentado un corte básico, no modificó ni manipuló variable alguna para obtener una discusión. La discusión que se generó fue sobre la base de la dogmática jurídica de la doctrina especializada, que justifica la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones.

1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación

A. Explicativa

Tantaleán Odar (2015) señala que “las investigaciones explicativas son aquellas que se encuentran encaminadas a la búsqueda de causas, en tanto el efecto sería conocido para el investigador” (p. 12).

La investigación desarrollada fue explicativa, puesto que buscó determinar los fundamentos jurídicos (causas), para dar sustento a la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones (efecto), teniendo como propósito aumentar la comprensión sobre el mayor reproche penal que tienen los delitos de infracción de deber en comparación con los delitos de dominio.

B. Propositiva

Tantaleán Odar (2016) refiere sobre las investigaciones propositivas, que son aquellas en donde se plantea una propuesta de reforma, derogación o creación de una norma jurídica (p. 8), exigiendo como presupuesto mostrar los defectos que trae consigo la normatividad vigente, o las deficiencias de la ausencia de normatividad.

La investigación desarrollada fue propositiva, por cuanto, se han establecido los fundamentos jurídicos que sustentan la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del tipo penal de usurpación de funciones, y se ha planteado una propuesta de *lege ferenda* en cuanto al delito de usurpación de funciones.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Se trata de una investigación cualitativa, debido a que implicó recopilar y analizar datos no numéricos. Por estas razones, se utilizaron métodos como el método dogmático para realizar procesos de razonamiento interpretativo y argumentativos, y así, determinar los fundamentos jurídicos que justifican la distinción en las penas del referido tipo penal.

Por lo que, no fue necesaria la utilización de métodos o procedimientos como la estadística o el muestreo, propios de las investigaciones cuantitativas, para corroborar la hipótesis.

1.8. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que sustentan la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones son:

- A. Materialización de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.
- B. Observancia al principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos.
- C. Interrelación de los delitos de infracción de deber con el grado de injusto de las conductas.

1.9. OBJETIVOS

1.9.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para sustentar la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, prescrito en el artículo 361 del Código Penal peruano.

1.9.2. Objetivos específicos

- A. Analizar dogmáticamente el delito de usurpación de funciones, regulado en el artículo 361 del Código Penal.
- B. Analizar el contenido de los principios de proporcionalidad y culpabilidad para fundamentar la distinción de penalidades en el delito de usurpación de funciones.
- C. Analizar el contenido del principio de lesividad como fundamento para la distinción de penalidades en el delito de usurpación de funciones.

- D. Analizar la doctrina especializada en referencia al grado de injusto de las conductas en los delitos de infracción de deber.
- E. Diseñar una propuesta de reforma al artículo 361 del Código Penal, que contiene el delito de usurpación de funciones, con la distinción de penalidades respectiva.

1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Genéricos

A. Método hipotético-deductivo

Hernández Chanto (2008) refiere que “de acuerdo con el método hipotético-deductivo, la lógica de la investigación científica se basa en la formulación de una ley universal y en el establecimiento de condiciones iniciales relevantes que constituyen la premisa básica para la construcción de teorías” (p. 186), e indica que dicha ley universal se deriva de especulaciones o conjeturas más que de consideraciones inductivistas.

En el trabajo de investigación, utilizando este método, arribamos a una contrastación de hipótesis, que, orientada naturalmente por la especulación científica de la hipótesis, se determinó los fundamentos jurídicos que sustentan la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones.

B. Método analítico-sintético

El análisis y la síntesis funcionan como una unidad dialéctica, por lo que este enfoque se denomina analítico-sintético. Rodríguez Jiménez & Pérez Jacinto (2017) indican que el análisis se forma sintetizando las características y

propiedades de cada componente del todo, y la síntesis se realiza basándose en los resultados del análisis (p. 186). Este método se refiere a dos procesos intelectuales que actúan en unidad y son inversos entre sí.

El análisis es un procedimiento lógico que permite la descomposición mental de un todo en sus partes y características, así como en sus diversas conexiones, atributos y componentes, lo que permite investigar el comportamiento de cada parte individual. La síntesis, por su parte, es el procedimiento inverso, que constituye mentalmente la conjunción o combinación de las partes que se han estudiado previamente, permitiendo comprender mejor las conexiones y cualidades generales que existen entre los componentes de la realidad.

Rodríguez Jiménez & Pérez Jacinto (2017) señalan que, como resultado del análisis de la información, es posible descomponerla en sus partes para identificar los aspectos más importantes en relación con el tema de la investigación, mientras que la síntesis puede dar lugar a generalizaciones que, como parte de la red de indagaciones esenciales, contribuyan paso a paso a la resolución de la cuestión científica. Sin embargo, como método singular, no suele utilizarse para la creación de conocimientos.

Este método expuesto fue empleado en el desarrollo de la investigación que, descomponiendo y reconstruyendo estudios y trabajos previos, además de doctrina especializada en Derecho Penal, sirvieron para el estudio específico y esencial en la determinación de los fundamentos jurídicos que permiten sustentar la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones.

C. Método inductivo-deductivo

El método inductivo-deductivo comprende dos procedimientos u operaciones inversas, a saber, la inducción y la deducción; así, son dos formas de diferente razonamiento que se utilizan en el proceso de investigación. Rodríguez-Arias Bustamante (1961) refiere que “el método deductivo arranca de un principio general, del que se deducen las consecuencias particulares de las que se obtienen la explicación de los hechos; y el método inductivo parte de la experiencia y sólo puede ofrecernos hechos singulares, de los cuales vamos a obtener el principio general” (p. 85).

Arellano García (2004) respecto al método inductivo-deductivo refiere que, en el método inductivo, el punto de partida es el conocimiento de lo particular y para de ahí ir a lo general, mientras que, en el método deductivo, se parte de una definición al determinarse lo que es la cosa y de lo general va a la demostración, que es lo particular (p. 49), así, la demostración es un auténtico método mediante el cual se pretende probar la validez de la definición.

La inducción y la deducción constituyeron parte en el desarrollo de la investigación en la medida que facilitaron la elaboración de un marco teórico, en el cual, a través de un razonamiento general hacia un razonamiento particular y viceversa, se plasmó los fundamentos jurídicos para que, con base en una serie de principios específicos del Derecho Penal, se haya determinado un mayor reproche penal en los delitos de infracción de deber, lo que sirvió para dar sustento a la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones.

1.10.2. Propios del Derecho

A. Método dogmático

La dogmática⁷, traída al campo jurídico, se ha convertido en el instrumento para dotar al Derecho de sistematización en los contenidos, naturalezas, elementos de las figuras e instituciones jurídicas (Alexy, 2017); todo ello desde la delimitación de la norma que inspira a las disposiciones normativas o a las reglas; es por esto que se busca un fundamento a nivel dogmático para que se haga una adecuada atribución de responsabilidad penal, ante las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones existentes; para ello, claro está, se emplearán otros métodos generales tales como el análisis y la síntesis.

El estudio de Roxin (1997) señala que la dogmática jurídico-penal es el estudio centrado en la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y los puntos de vista (opiniones) de la doctrina científica en el área del Derecho Penal (p. 192). Sobre la dogmática, Hassemer (1984) señala que se encarga de establecer o elaborar reglas para la decisión jurídico-penal a un nivel de abstracción medio de un caso (p. 250). El estudio de Villavicencio Terreros (2006) referente a la dogmática penal indica que “como una de sus más importantes funciones, sirve de garantía para la aplicación racional, segura y uniforme del Derecho Penal como límite a la arbitrariedad” (p. 26).

En la investigación realizada, el método dogmático, además de haber sido utilizado para describir, analizar e interpretar el tipo penal de usurpación de funciones, fue utilizado

⁷ Dicho de un método expositivo en las obras jurídicas, que se atiene a principios doctrinales y no al orden y estructura de los códigos.

principalmente para contrastar la hipótesis, logrando con ello un mejor conocimiento del tipo penal anotado, y así garantizar su aplicación coherente en correspondencia con el grado de reproche penal en los delitos de infracción de deber.

B. Método argumentativo

Atienza (2013) refiere que argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje; una argumentación presupone siempre un problema, cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema a tratar; una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad; y, argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el que hay criterios para evaluar una argumentación (pp. 109-110).

Pinto Fontanillo (2003) señala que cuando se trata de la resolución de conflictos o controversias teóricas y prácticas que la sociedad presenta dentro del propio ámbito del Derecho, la argumentación jurídica es el lenguaje del Derecho que surge como consecuencia de la aplicación actual de principios y reglas (p. 2).

En el desarrollo de la investigación se utilizó la argumentación jurídica y, que a través de la aplicación de principios específicos del Derecho Penal, se buscó dar resolución a la controversia teórica presentada, concerniente al mayor grado de reproche penal existente en los tipos penales de infracción de deber, lo cual arribó mediante argumentos y razones jurídicas a establecer los fundamentos jurídicos que dan sustento a la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de

funciones, por ello, el uso de la argumentación fue de gran importancia.

C. Método hermenéutico

La Real Academia Española (2014) en el diccionario panhispánico del español jurídico, define sobre la hermenéutica jurídica que puede también considerarse como una ciencia de la interpretación jurídica, puesto que tiene que tomar en cuenta las particularidades de la ciencia del Derecho, como la manipulación de principios, reglas y definiciones jurídicas en relación con la sistemática y dogmática del Derecho.

La hermenéutica, en sentido filológico, se entiende como el arte de explicar, traducir e interpretar; pero desde el ámbito legal este arte se modifica debido a la característica coercitiva e institucional de la norma jurídica. El término hermenéutica, aunque a veces se use sinonímicamente como “interpretación jurídica”, involucra una dimensión filosófica y teórica, que puede escapar a la visión en esencia técnica que posee la interpretación jurídica.

En el desarrollo de la investigación, el método hermenéutico fue utilizado en forma general para interpretar el tipo penal de usurpación de funciones, y así establecer el sentido o alcance que debió haber seguido el legislador penal peruano en su redacción, mientras que, en forma específica, fue utilizado para abarcar la comprensión y la explicación de los tipos penales de infracción de deber en relación con el grado de injusto de las conductas que representan.

1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.11.1. TÉCNICA

A. Análisis documental

Concierne a la construcción de nuevos contenidos, alcances y finalidades, además de una completa revisión documental y el posterior análisis, correlación y síntesis de sus contenidos; por ello, la técnica más indicada para realizar el trabajo es el análisis documental, referente a investigación doctrinaria, tanto nacional como extranjera, que tiene como finalidad ejecutar una revisión sistemática de los componentes de la pregunta y de la hipótesis a fin de determinar la necesidad en la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, para garantizar con ello un debido proceso y una adecuada tutela de derechos.

B. Fichaje

Es una técnica mediante la cual el investigador va depositando, con criterio selectivo y siguiendo ciertas normas técnicas, toda información referida a un trabajo específico, este depósito se hace en unas tarjetas o fichas cuyo empleo variará de acuerdo a la investigación programada.

1.11.2. INSTRUMENTOS

A. Ficha de análisis documental

Para facilitar la recuperación de los documentos, se utilizará la ficha de análisis documental, cuyo objetivo es definir y

representar los documentos de forma metódica y coherente, facilitando así su selección.

B. Fichas

Para registrar los datos más importantes, de tal forma se emplearon fichas de registro, fichas bibliográficas como también fichas de investigación.

1.12. POBLACIÓN Y MUESTRA

Debido a las características del presente estudio o trabajo de investigación, la categoría de universo, población y muestra no es aplicable.

1.13. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN

Se considera como tal al artículo 361 del Código Penal peruano, en tanto este contiene al delito de usurpación de funciones.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS *IUS-FILOSÓFICOS*

Es menester señalar que, cuando se trata de una investigación jurídica, resulta indispensable y necesario señalar cuál es la posición *ius-filosófica* que asume el tesista para dar sustento a la investigación realizada, debido a que la noción que se tiene de Derecho es siempre un debate teórico (Barberis, 2015), que involucra hechos, valores y normas, orientado a la producción y ejecución de las mismas.

Haciendo mención a los aspectos *ius-filosóficos* desarrollados en el Derecho, y en el desarrollo de la presente investigación, es necesario traer a colación aquellas teorías clásicas, las cuales son el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*, que refieren al fundamento esencial del Derecho, el cual se traduce en interrogantes como: ¿por qué estamos obligados a respetar las normas o reglas de Derecho? o ¿cuál es el fundamento, la razón de ser de la obligatoriedad del Derecho?, ¿de dónde procede la fuerza de sus mandatos?

Analizando la problemática referente al fundamento del Derecho, Torres Vásquez (2019) indica que “el Derecho regula relaciones e interferencias intersubjetivas para que estas se desarrollen en un ambiente de paz, orden, libertad, seguridad y justicia, y ello solamente es posible mediante normas coercitivas” (p. 151), y es así que el ser humano no siempre permanece neutral, sino que se plantea a sí mismo o a los demás sobre el sustento de las normas jurídicas, y en ocasiones muestra una reacción violenta contra ellas por considerar que son injustas.

Sobre el *iusnaturalismo*, Rubio Correa (2009) refiere que el también denominado *jusnaturalismo* “es una escuela de pensamiento para la que, por sobre el Derecho positivo, es decir, el Derecho creado por los seres humanos

mediante las normas jurídicas que producen a través de las diversas fuentes del Derecho reconocidas, existe un Derecho superior (el Derecho natural)” (p. 312), que está integrado por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes de Derecho. Al respecto del *iusnaturalismo*, Torres Vásquez (2019) sostiene que “es una teoría idealista, que considera la existencia de un Derecho superior y anterior a toda norma dictada por el hombre” (p. 151).

Sobre el *iuspositivismo*, esta teoría sostiene que el Derecho es el puesto por el ser humano, no existiendo otras normas vigentes en un tiempo y lugar determinados (Torres Vásquez, 2019). Al respecto, Álvarez Ledesma (2015) sobre el *iuspositivismo* conceptualiza que “es gracias al poder con que cuenta el Estado (o cualquier otra forma histórica de organización del poder), que este se encuentra capacitado para forzar el cumplimiento de sus normas jurídicas, incluso de aquellas que pudieran parecer injustas” (p. 97). El positivismo no admite otro Derecho que no sea el puesto por el hombre; el Estado es la única fuente del Derecho. Torres Vásquez (2019) sobre el *iuspositivismo* indicó:

A diferencia del *iusnaturalismo* que encuentra el fundamento del Derecho en una norma superior, inherente al ser humano y a la naturaleza de las cosas, el positivismo halla ese fundamento en la propia existencia del Derecho, esto es, en la validez de las normas que integran el Derecho positivo, independientemente de que sean justas o injustas. Una norma jurídica existe válidamente si ha sido creada respetando los límites materiales y formales establecidos por otra norma superior, sin tener en cuenta consideraciones valorativas o de otra índole. Para muchos autores, positivismo e *iusnaturalismo* son posiciones irreconciliables que no admiten términos medios ni fórmulas eclécticas o de compatibilidad. (p. 153)

La teoría del *iuspositivismo* presenta una subclasificación; se encuentra dividida en *iuspositivismo* incluyente y *iuspositivismo* excluyente. Sobre ello, La Torre (2013) refiere:

Las versiones “excluyente” e “incluyente” del positivismo jurídico difieren en sus respectivas actitudes en el tema de la relación entre Derecho y moral. Ambas formas de positivismo defienden la tesis de la separación y niegan que exista una conexión necesaria entre Derecho y moral. El positivismo jurídico excluyente sostiene que el Derecho puede definirse y evaluarse sin hacer referencia a criterios morales.

El positivismo jurídico “incluyente”, por su parte, permite la posibilidad de que principios morales sean abarcados o incluidos en las fuentes del Derecho y especialmente en la regla básica de un sistema jurídico: la regla de reconocimiento, que es un hecho social y como tal no siempre comprende criterios morales, no asumiendo tampoco compromisos normativos fuertes.

Así, la diferencia entre ambos es la siguiente: mientras el positivismo jurídico excluyente no permite que el Derecho positivo pueda determinarse por principios morales, el positivismo jurídico incluyente no descarta tal posibilidad al considerar que la moral puede ser tomada en cuenta para evaluar el contenido del Derecho positivo. (pp. 8-10)

En esa línea de ideas, el positivismo incluyente dentro de un sistema jurídico concreto afirma que el contenido de las normas, así como la atribución de validez jurídica y su influencia en la decisión judicial, pueden depender de factores externos, así por ejemplo la moral, que tienen su origen en cuestiones sociales aceptadas convencionalmente. Por esta razón, se ha dicho que los principios y valores morales sirven de base para que un sistema jurídico envista a sus normas jurídicas de contenido y existencia.

En nuestro país el Estado de Derecho o Estado Legal de Derecho no tiene presencia, puesto que, conforme señala Ávila Santamaría (2009) es la Constitución la que determina el acceso y el ejercicio de la autoridad, la estructura de poder y el contenido de la ley; a comparación del Estado de Derecho en el que la ley determina la autoridad y la estructura de poder (pp. 777-778), en los últimos años la concepción del *iuspositivismo* o positivismo jurídico que siempre fue funcional en el legalismo de la época, ha variado en cuanto ha tenido que acomodarse y variar a un nuevo fenómeno filosófico y jurídico, como es el Estado Constitucional de Derecho.

Se hace muy frecuente en los últimos años la mención acerca del neoconstitucionalismo. Gil Rendón (2011) señala al respecto:

El término alude a un nuevo “Constitucionalismo”, o bien a una opción diferente para el “Estado de Derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del “Derecho”; lo cual implica una novedosa y distinta “Teoría del Derecho”, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas las normas jurídicas: “La Constitución”.

Bajo esta concepción, la norma suprema o norma-normarum, es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados. (pp. 49-50)

Definiendo el proceso de constitucionalización, Guastini (2010) señala que la transformación de un ordenamiento jurídico es un proceso que, a la conclusión del cual, da lugar a que el ordenamiento en cuestión quede completamente impregnado de normas constitucionales (p. 153), esto supone que la constitucionalización comienza en la Constitución, pero termina extendiéndose a toda la estructura normativa. Ortega García (2013) señala que el término constitucionalización se viene utilizando para “nombrar a un fenómeno que ha introducido cambios radicales en los ordenamientos de algunos países de Europa continental, principalmente España, Francia, Alemania e Italia” (p. 605), el origen de estos cambios ha sido la propia Constitución, convertida en una norma auténticamente obligatoria cuya fuerza es irradiada a todo el ordenamiento jurídico.

A efectos de la presente investigación, se analizará la distinción de penalidades a la luz del Estado Constitucional de Derecho y a través del positivismo jurídico incluyente, que implica el principio de legalidad, y conforme a Etcheverry (2012) señala sobre el positivismo incluyente que “consiste en admitir que la atribución de validez jurídica a las normas, la determinación de su contenido y su concreta influencia sobre la decisión judicial de los casos concretos pueden depender de factores morales” (p. 415).

En aquel sentido, es necesario entrelazar el contenido de la investigación planteada, en tanto que el sistema constitucional vigente en nuestro país implica el respeto y salvaguarda de principios, pero, en la atribución de responsabilidad penal por la comisión del delito de usurpación de funciones,

por la redacción vigente del referido tipo penal, contraviene el principio de proporcionalidad en las penas, contenido en el Derecho Penal, al no haber distinción de penalidades en base a la cualidad de los sujetos activos que intervienen en cada modalidad de comisión, lo que es materia de controversia por el contacto que estos tienen con el bien jurídico correspondiente.

En consecuencia, la investigación se encuentra influenciada por las corrientes filosóficas del Estado Constitucional de Derecho; y el positivismo incluyente de la vertiente del positivismo jurídico. La investigación desarrollada tiene por marco *ius-filosófico* al constitucionalismo jurídico o Estado Constitucional de Derecho, el cual parte de que la Constitución Política es la manifestación del conjunto de principios fundamentales y del sistema de valores que sustentan cualquier ordenamiento jurídico, en particular el Derecho Penal, a razón de ello se desarrolla el análisis de la estructura de la norma jurídica penal referente al tipo penal de usurpación de funciones en concordancia con la protección de bienes jurídicos o valores que la Constitución establece, delimitando la intervención del Derecho Penal a través de los principios limitativos del *ius puniendi* particularmente correspondientes a los principios de intervención mínima y de prohibición en exceso, garantizando consecuentemente la protección de los derechos fundamentales.

La investigación desarrollada tiene además al positivismo jurídico incluyente como marco *ius-filosófico*, por cuanto, permite la posibilidad de que principios morales sean comprendidos en las fuentes del Derecho. Además, parte de la idea de que cabe la incorporación de juicios morales en la construcción de criterios y reglas en la determinación del mayor reproche penal en delitos especiales. Cabe resaltar, entonces, que, siendo el objetivo principal del presente estudio aportar fundamentos para distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, dichos fundamentos fueron contruidos en virtud de razones jurídicas. En consecuencia, la regla y criterios para la determinación de mayor reproche penal que pretende diferenciar las penalidades tienen un fundamento ético-valorativo.

2.2. ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS

2.2.1. Límites del *ius puniendi*

En el Estado social y democrático de Derecho, la función punitiva se deriva del poder del Estado para calificar qué conductas son punibles y determinar la consecuencia jurídico penal que corresponde a dichas conductas ilícitas. El Derecho Penal existe porque sin él, es decir, sin la sanción de los comportamientos delictivos, la convivencia humana sería imposible, la pena es una condición indispensable para el buen funcionamiento de los sistemas sociales (Fernández Rodríguez, 1994).

A esta función punitiva del Estado se la identifica como *ius puniendi*, y lo que trata de regular son las disimilitudes entre sujetos con una notoria disparidad, esto es, el Estado como dispositivo de coerción y el ciudadano, comúnmente inerme, sin armas o indefenso por así decirlo. Con mención a los límites del *ius puniendi*, Villavicencio Terreros (2006) señala que, basándonos en las atribuciones funcionales del Estado, pensamos que es posible estudiar los límites a su poder punitivo, estos límites incluyen el principio de necesidad, la protección exclusiva de bienes jurídicos, la protección de los Derechos Humanos (Derecho Penal garantista), entre otros principios similares (p. 88).

El Estado no posee un poder absoluto como en el pasado, no obstante, cuando hace uso de su poder punitivo, lo hace en conformidad con las restricciones específicas que lo rigen. La mayoría de estas limitaciones están representadas en forma de principios, la mayoría de los cuales tienen grado constitucional. Por lo tanto, es necesario que el Estado se atenga a estos principios garantistas en el momento de promulgar y aplicar normas penales determinadas.

Una vez realizado aquel alcance sobre el *ius puniendi* y los límites del mismo, queda la idea de que estos se exteriorizan o expresan en forma de principios. "Principios que deben ser respetados por todos;

por los ciudadanos y por los poderes públicos (tanto en el momento de elaboración de las leyes como en el de su aplicación)” (Fernández Rodríguez, 1994, p. 89). Con mención a ello, se propugna el respeto de principios, lo cual no siempre se condice al momento de legislar, en específico en la elaboración de tipos penales, puesto que, el tipo penal analizado contraviene una serie de principios, como el principio de proporcionalidad y de lesividad, generando su inobservancia, incongruencia entre el reproche penal y los delitos de infracción de deber.

A. Principio de legalidad

El principio de legalidad constituye un principio fundamental del Derecho Público, el cual tiene por contenido esencial el sometimiento del poder público a la voluntad de la ley (Cristóbal Támara, 2020). Bramont-Arias (2008) sobre este referido principio señala que consiste en no reconocer más hechos delictivos o consecuencias que las ya establecidas por la ley; es lo que refuerza la idea de que la ley es la fuente exclusiva del Derecho Penal (p. 2). Si se pretende castigar una conducta que consideramos susceptible de ser sancionada penalmente, solo se puede recurrir a la ley y nada más que a la ley.

Bacigalupo (1999) refiere que cuando se trata de garantizar la libertad, la ley penal desempeña una función decisiva, la máxima que más se utiliza para expresar esta función es el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la cual, señala que, si no existe legislación que haya establecido previamente que un acto es punible, no hay forma de que ninguna conducta pueda ser merecedora de una pena (p. 103). En la actualidad, no existe desacuerdo sobre el orden constitucional de este principio, el cual guarda vinculación con un Estado Legal de Derecho.

Welzel (1956) sobre el principio *nulla poena sine lege* señala que cuando una pena está legalmente determinada antes de que la

acción se lleve a cabo, entonces y solo entonces puede imponerse esa pena a la acción (pp. 25-26). Según esta disposición, se establecían tres planteamientos: i) Solo una ley puede declarar que una acción es delito (*nullum crimen sine lege*); ii) Solo una ley puede determinar una pena para ella (*nulla poena sine lege*); y, iii) Ambas cosas sólo antes de que la acción se haya ejecutado (exclusión del efecto retroactivo de la legislación penal que fundamenta la pena o la agrava. Mientras que el principio *nullum crimen sine lege* exige la existencia previa del tipo de delito, permitiendo, no obstante, la amenaza de penas absolutamente indeterminadas, el precepto *nulla poena sine lege*, en cambio, va más allá, exigiendo una determinación legal de las consecuencias por el delito, que debe estar relativamente determinada en su naturaleza y límites.

El referido principio de legalidad está previsto en el art. 2, inciso 24, literal d) de nuestra Constitución Política, estableciendo que una acción u omisión que, en el momento en que se realice, no haya sido previamente tipificada de forma expresa e inequívoca por la ley como delito, no debe ser perseguida ni condenada, ni se sancionará con una pena que no esté prevista por la ley.

El Código Penal también regula el principio de legalidad, el cual se encuentra contenido en el artículo II del Título Preliminar, el cual, señala que nadie debe ser castigado por una acción que no fuera considerada delito o falta por la ley en el momento en que se cometió, ni debe ser sometido a una pena o medida de seguridad que no estuviera establecida en la ley.

Desarrollado el principio de legalidad, es menester señalar que el referido tipo penal, referente a la usurpación de funciones, tiene regulación en el artículo 361 del Código Penal peruano, el cual, buscamos sea reformado y así regule penas diferenciadas en sus modalidades de comisión.

En el Estado Constitucional de Derecho actual, con referencia al principio de legalidad, están establecidas diferentes limitaciones las cuales van dirigidas a la criminalización⁸ tanto a la criminalización primaria⁹ como a la criminalización secundaria¹⁰.

Sobre estas garantías, Villavicencio Terreros (2006) refiere que el legislador tiene la exigencia de formular la descripción de los delitos con la máxima precisión posible (*nullum crimen sine lege certa*) y garantizar que las leyes no se apliquen con efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege previa*). La criminalización secundaria requiere que las condenas y las imputaciones se sustenten estrictamente en la ley penal escrita, más no en la costumbre (*nullum crimen sine lege scripta*) no ampliando la ley escrita para perjudicar al acusado (*nullum crimen sine lege stricta*), lo que se conoce como prohibición de analogía.

Estas cuatro expresiones del principio de legalidad constituyen garantías de seguridad y libertad para la sociedad, y ejercen una autolimitación para el poder penal. A continuación, desarrollamos en forma detenida las referidas garantías que implica el principio de legalidad, que, en resumida cuenta, son las siguientes: *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.

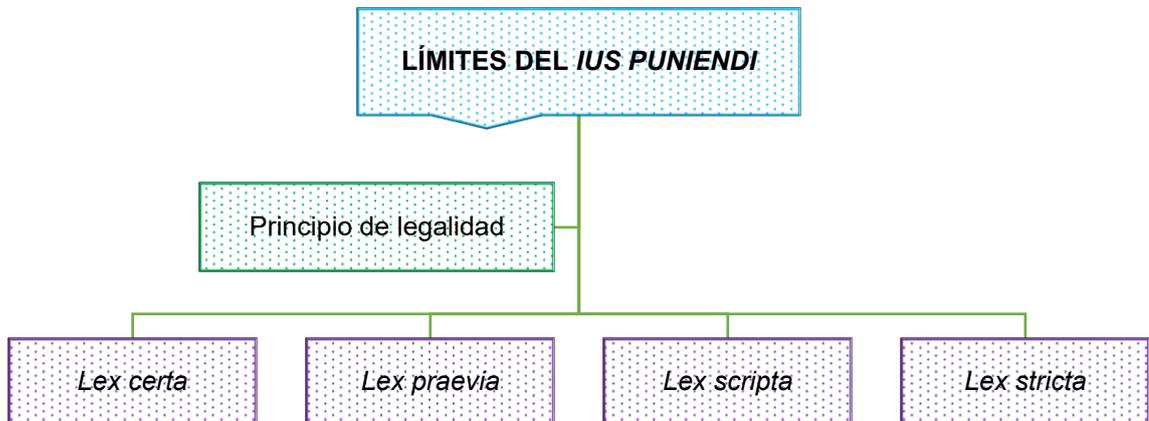
⁸ Todas las sociedades modernas que institucionalizan o codifican el poder eligen a un número limitado de individuos a los que someten su coacción para infligir un castigo, esto se hace con el fin de garantizar el cumplimiento de la pena. El término "criminalización" se refiere al proceso de selección de individuos para ser castigados entre una población más reducida de personas. Esta selección no es algo que ocurra al azar, sino que es el resultado de la administración de un conjunto de organizaciones que conforman el llamado sistema penal (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, Derecho Penal. Parte General, 2002).

⁹ La criminalización primaria se refiere al proceso de establecer y aplicar un estatuto penal específico que identifique y permita castigar a determinados individuos. Normalmente, la criminalización primaria la llevan a cabo entidades políticas como los parlamentos y ejecutivos. Entonces, la criminalización primaria está referida a hacer leyes penales sobre ciertas conductas o actos.

¹⁰ La criminalización secundaria se refiere a la imposición de medidas punitivas a determinadas personas, acción desarrollada por la policía, fiscales, jueces y agentes penitenciarios.

Figura 1

El principio de legalidad, garantías de su implicancia



Nota: Elaboración propia

a. Lex certa

La redacción de la ley penal debe ser lo más exacta y precisa posible (*lex certa*). Este principio de certeza, que está dirigido al legislador, presenta algunas dificultades. Villavicencio (2006) señala que teniendo en cuenta y siendo suficiente la redacción general de la norma, es un error suponer que el principio de legalidad significa que las disposiciones del Código Penal deben atenerse a una redacción casuística (pp. 140-141).

Sobre esta garantía, Bacigalupo Zapater (1999) señala que el principio de legalidad se aplica tanto al juez que aplica la ley como al Parlamento que la crea, dicho de otro modo, el principio de legalidad tiene implicancias para la formulación de la ley y su aplicación (p. 126).

El D. Leg. 635, referente al Código Penal, al haber pasado una serie de reformas, aún expresa una redacción desacertada con relación al tipo penal contenido en el artículo 361, el cual, con el transcurso de tiempo aún presenta la misma redacción, que sustentado en referencia al principio de *lex certa*, corresponde

al legislador su reforma en el alcance propugnando, siendo que es el órgano por excelencia que tiene facultades para la creación de leyes, y, consecuentemente sea aplicado por los operadores de justicia.

Se establece que la ley penal debe ser redactada con la mejor precisión posible, lo que resulta contrario e impreciso en la redacción del anotado tipo penal, puesto que, se realiza una atribución de responsabilidad penal en forma genérica y no en forma específica en atención a las cualidades subjetivas del agente, puesto que, es esencial encuadrar con precisión todas las circunstancias que dan lugar a la producción de los hechos punibles.

b. *Lex praevia*

Bacigalupo Zapater (1999) refiere que es a la retroactividad de la ley penal a la que se refiere esta garantía o prohibición que se incluye dentro del principio de legalidad; así, el principio de legalidad prohíbe la aplicación de las normas de forma retroactiva (p. 135), y la prohibición de la aplicación de la ley penal de forma retroactiva se aplica no sólo a la imposición de penas, sino también a la aplicación de medidas de seguridad.

Villavicencio Terreros (2006) al señalar que, la búsqueda de la claridad jurídica es el elemento prioritario de esta garantía, esto se hace para garantizar que el ciudadano sea consciente de la actividad que está prohibida en el momento actual, así como la pena que se atribuye al infractor (p. 141). Lo que se condice, con los fines de la prevención general, buscando disuadir con el reproche penal diferenciado de realizar hechos punibles, en correspondencia con la protección de los bienes jurídicos.

c. *Lex scripta*

Bacigalupo Zapater (1999) señala que la restricción de sustentar la punibilidad en el Derecho consuetudinario es otro elemento del principio de legalidad que debe cumplirse (p. 133), se considera que la ley formal es la fuente exclusiva del Derecho Penal.

Villavicencio Terreros (2006) señala sobre esta garantía que, rechaza la idea de que la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho sean fuentes del Derecho Penal; sin embargo, ello no implica que no tengan incidencia en este Derecho, siempre subordinada a la ley (p. 142). Bustos Ramírez (2004) refiere que “esta garantía se fundamenta en el mandato de que el castigo de una conducta sólo puede ser establecido por la ley” (p. 566).

Es acertada la restricción de que la única fuente generadora de la norma penal sea en exclusiva la ley escrita, siendo que además es fuente del Derecho, por consiguiente, regula conductas prohibidas en correspondencia con sus respectivas consecuencias penales, garantizando la seguridad jurídica en la atribución de responsabilidades penales. Es preciso señalar que las otras fuentes del Derecho como la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del Derecho no tienen incidencia como tal para la dación de tipos penales, en exclusiva, este procedimiento es realizado utilizando la fuente del Derecho correspondiente a la ley; sin embargo, las otras fuentes descritas, como la costumbre, tendrán incidencia así, por ejemplo, para excluir hechos que por el uso continuo, generalizado y con antigüedad en el tiempo, sean considerados punibles.

d. *Lex stricta*

Roxin (1997) señala que, dado que la analogía está prohibida, es necesario diferenciar entre la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía que crea Derecho, que no está permitida (p. 147), este principio consiste en la delimitación de la interpretación conforme a la ley y no llegar al extremo de crear nuevos derechos.

La interpretación extensiva suele diferenciarse de la analogía, que se refiere a la aplicación más amplia de la ley en la medida en que lo permita el sentido literal de la misma. La analogía, por su parte, se refiere a la aplicación de la ley a un caso que es comparable al que se legisló, pero que no está comprendido en el texto de la ley.

La Constitución regula esta garantía en el art. 139, num. 9 y menciona “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”. Asimismo, el Código Penal, en el artículo III del Título Preliminar señala que “no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponde”.

Sobre la prohibición en aplicación de la analogía, Villavicencio Terreros (2006) señala que la prohibición en la aplicación de la analogía sólo se extiende a la analogía que perjudica al acusado (analogía *in malam partem*), es decir, aquella que amplía los efectos de la punibilidad. Por otra parte, mientras que la analogía favorable (analogía *in bonam partem*) como también es conocida, está reconocida en la interpretación de la ley penal (p. 144).

La reforma de la norma penal, entendida en extender o reducir el alcance de los efectos de la misma en cuanto a la atribución de responsabilidades penales, indica que no basta estar ceñidos a la redacción literal de la misma cuando lo que se

pretenda es aplicar por analogía circunstancias que agraven el reproche penal cuando así se requiera, entonces, es necesaria la reforma en los términos que sean pertinentes para justificar el reproche penal y así no incurrir en la aplicación de analogía desfavorable para el acusado.

B. Principio de proporcionalidad

Garrido Montt (2001) sostiene que “la sanción debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetos político criminales perseguidos” (p. 49). Hassemer (1989) señala que la determinación de la pena tomará en cuenta tres aspectos, por lo menos: i) La magnitud de la lesión del bien jurídico protegido; ii) La intensidad del reproche de la conducta a su autor; y, iii) La nocividad social del comportamiento (pp. 275-285), entonces, la proporcionalidad está referida a la reacción del Estado frente al delincuente y su hecho, y ofrece interés tanto para determinar la naturaleza de la reacción como su forma.

Para entender aquellos aspectos tenemos: i) La magnitud de la lesión al bien jurídico protegido, ejemplificado con respecto a los delitos de peculado doloso y peculado de uso, que tienen como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la Administración Pública, el reproche penal es mayor en el peculado doloso el cual contempla una pena privativa de la libertad de entre cuatro a ocho años, puesto que genera una mayor connotación social apropiarse de caudales o efectos en beneficio propio o de terceros, en contraposición con el peculado de uso que implica usar vehículos, máquinas u otros instrumentos para fines ajenos al servicio de la Administración Pública, contemplando una pena privativa de la libertad de entre dos a cuatro años; ii) La intensidad del reproche de la conducta a su autor, es entendido cuando el reproche penal es agravado, por cuanto, el hecho punible es

realizado por sujetos con alguna cualidad específica, así por ejemplo, el delito de trata de personas que tiene como bien jurídico protegido la dignidad, en su tipo básico contempla una pena privativa de la libertad de entre ocho a quince años, la pena se agrava cuando el agente que es funcionario o servidor público y comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública, contemplando una pena privativa de la libertad de entre doce a veinte años; y, iii) La nocividad social del comportamiento, la cual está relacionada con el daño ocasionado a la colectividad, generando una marcada connotación social, así por ejemplo, el tráfico ilícito de drogas contempla una pena privativa de libertad de entre ocho a quince años.

Respecto a la actividad represiva del Estado, Polaino Navarrete (1980) refiere que esta “se legitima cuando se circunscribe a la protección de bienes jurídicos fundamentales; un corolario¹¹ de esta premisa es que su reacción estará en armonía con el peligro o la entidad de la lesión inferida a un bien jurídico: a mayor lesión mayor pena, y viceversa” (pp. 129-130).

Garrido Montt (2001) profundiza al respecto de la responsabilidad penal, señalando que el principio de proporcionalidad implica no sólo valorar la gravedad de la agresión al bien jurídico, sino también considerar la intensidad del reproche que el autor merece por su conducta (pp. 49-50). No siempre resulta igualitario sancionar de la misma manera acciones similares, especialmente cuando una fue cometida por una persona con facultades mentales disminuidas y la otra por alguien psíquicamente moral. A mayor reproche (culpabilidad), mayor severidad de la pena, así la culpabilidad se presenta como un elemento que determinante en la severidad de la pena. Razón por la cual el legislador no puede

¹¹ Proposición que no necesita prueba particular y se deduce con facilidad de lo demostrado previamente.

someter a un menor que a un adulto, a un indígena que a una persona acostumbrada al mundo civilizado.

En ese sentido, el legislador tampoco puede someter a un mismo tratamiento a una persona sin instrucción que a una con instrucción; el tratamiento debe ser diferenciado, causa mayor lesión al bien jurídico una persona con conocimiento e idealización del futuro resultado que pretende lograr con su conducta antijurídica. Por lo tanto, la responsabilidad penal debe ser atribuida en relación con las cualidades del sujeto activo en contacto con el bien jurídico protegido, y la lesión o resultado que se produce.

C. Principio de culpabilidad

Regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el cual, señala que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Sobre este principio, Villavicencio Terreros (2006) señala que es importante tener en cuenta que algunos prefieren utilizar el término –responsabilidad– en lugar de –culpabilidad– para evitar cualquier conexión con el criterio retributivo, a pesar de que hay quienes consideran que esto es innecesario, ya que la culpabilidad se puede fundar en fines preventivos (p. 110). Bacigalupo Zapater (1999) señala que no es la naturaleza del agente ni su modo de vida lo que constituye la esencia de la culpabilidad, sino la posibilidad de que se hubiera comportado de otro modo en relación con el caso concreto (p. 169).

Jakobs (1992) refiere que la imputación de reprobación es el resultado de la culpabilidad, en el sentido de que la actividad fraudulenta que ha tenido lugar está impulsada por la voluntad defectuosa de una persona (p. 1051), es necesario señalar además que la culpabilidad como producto de una imputación de reprobación justificada en la voluntad defectuosa de un individuo,

sino que además, deben considerarse factores externos o sociales que impulsan el desarrollo del actuar delictivo, lo que justificará un mayor o menor reproche penal de ser el caso.

Sobre el principio de culpabilidad, como uno de los principios que sirven de límites al *ius puniendi*, Villavicencio Terreros (2006) señala que existen tres interpretaciones diferentes del término “culpabilidad” en el ámbito del Derecho Penal. En primer lugar, como fundamento de la pena, se refiere a la cuestión de si es razonable o no imponer una pena a la persona que realizó un hecho típico y antijurídico. El segundo, como elemento o fundamento en la medición o determinación de la pena, su severidad o duración. En este caso concreto, a la culpabilidad se le atribuye una función limitadora que impide que la pena se imponga por debajo o por encima de unos límites específicos que se aplican sobre la idea de culpabilidad y otros, como la trascendencia del principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos, entre otros. En tercer lugar, como lo opuesto a la asunción de la responsabilidad por el resultado. En consecuencia, el principio de culpabilidad limita la atribución de un resultado imprevisto a su autor, minimizando así los tipos de imputación que atribuyen un resultado al dolo o a la culpa (pp. 110-111).

Bacigalupo Zapater (1999) señala al respecto que, en el sistema de responsabilidad penal, el principio de culpabilidad tiene un doble efecto, por una parte, condiciona el sí de la pena y, por otra, determina la cuantía de la misma. El delincuente sólo puede ser castigado si se ha comportado de una manera que se considera culpable; la gravedad de la pena que se le imponga debe ser proporcional a su grado de culpabilidad. El principio de culpabilidad tiene dos consecuencias cuando se contempla desde la perspectiva de la individualización de la pena: a) La pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad; y b) Las necesidades de prevención, ya sean especiales o generales, no

pueden justificar una pena superior a la gravedad de la culpabilidad (pp. 169-170).

Achenbach (1974) afirma que la culpabilidad para la medición de la pena implica los supuestos de hecho o el tipo de conexión utilizados en la medición judicial de la pena y, por tanto, al conjunto de momentos que son relevantes para la valoración de la magnitud de la pena en el caso concreto (p. 4). Roxin (1981) sobre el principio de culpabilidad afirmó que una interpretación bilateral del principio de culpabilidad establece que la extensión y la gravedad de la pena en ningún caso puede ser superior al grado de culpabilidad. No es aceptable imponer una pena menos severa de lo que justifica el grado de culpabilidad. Una directriz de imposición de penas que estableciera que “la pena debe corresponderse siempre con el grado de culpabilidad” sería una expresión clara de un principio de culpabilidad reconocido desde ambas perspectivas (pp. 195-196).

Roxin (1997) precisa que, la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad para la medición del alcance (severidad) de la pena no se encuentran completamente aisladas una de la otra (p. 814). La culpabilidad como fundamento de la pena está referida a que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor al haber vulnerado bienes jurídicos, es decir, por la existencia de una imputación de reprobación motivada en su voluntad defectuosa, la cual devino en la comisión de un hecho punible. Mientras que la culpabilidad para la medición de la pena está referida en estricto al mayor o menor grado de reproche penal en el proceso de determinación judicial de la pena, que en forma objetiva se centra en el análisis del bien jurídico lesionado, mientras que en forma subjetiva se centra el análisis en el individuo que realiza el hecho punible, lo que determinará el grado de reproche penal.

Entonces, el reproche penal será mayor cuando el bien jurídico afectado sea la vida humana, en contraposición cuando el bien

jurídico que es lesionado es el patrimonio, siendo el reproche penal menor; por otra parte, el reproche penal será menor cuando en el tráfico ilícito de drogas el hecho punible es desarrollado por un particular, en contraposición cuando el mismo hecho punible es realizado por un individuo abusando del ejercicio de la función pública, que en esa línea de razonamiento viene a justificar la problemática desarrollada en el presente estudio.

D. Principio de lesividad

Regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, el cual, señala que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”. Villavicencio Terreros (2006) señala que, conforme al principio de ofensividad o lesividad, para que una conducta pueda considerarse ilícita no sólo es necesario una realización formal, sino que también es esencial que la conducta en cuestión haya puesto en peligro un determinado bien jurídico o lo haya lesionado (p. 94).

Tenemos una serie de principios garantistas que se establecen en el Título Preliminar del Código Penal, uno de estos principios es el principio de lesividad, que establece que para imponer una pena debe existir una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos por la ley. En un plano estrictamente dogmático, lo previamente señalado tiene su correlato en la teoría de la imputación objetiva, teniendo en cuenta que la configuración de la tipicidad pasa un filtro de valoración mediante el cual alcanzan el nivel de conducta típica sólo aquellos comportamientos que denoten significado de relevancia social o expresen perturbación social.

Desde un punto de vista constitucional, el establecimiento de comportamientos como ilícitos, es decir, conductas cuya comisión puede dar lugar a una pérdida o limitación de la libertad personal,

sólo será jurídicamente aceptable si su objetivo es preservar bienes jurídicos con relevancia constitucional. Esto se justifica a razón de que el Derecho Penal, como medio de control social en concordancia con la protección de bienes jurídicos o valores que la Constitución establece, delimita la intervención del Derecho Penal a través de principios limitativos del *ius puniendi*, particularmente correspondientes a los principios de intervención mínima y de prohibición en exceso, garantizando la convivencia en sociedad. Así, para preservar bienes jurídicos de relevancia social, hay que intervenir sobre los derechos de quien los lesiona.

Sobre el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, García Arroyo (2022) refiere sobre este principio que “implica que los objetos merecedores de tutela penal sean solamente aquellos bienes que le puedan resultar útiles a los individuos para desarrollarse en sociedad, por lo que en esencia constituye un límite al *ius puniendi* del Estado (p. 40). “El principio de que todo delito supone la lesión a un bien jurídico, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado, y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002, p. 128) lo que instiga a la penalización sin lagunas, la norma penal es clara y el legislador penal está constreñido a ser lo más austero posible, abarcando la protección de todos los bienes jurídicos que resulten necesarios, aunque ello se vea derrotado ante nuevas formas de criminalidad, las cuales, en base a la criminalización primaria y criminalización secundaria, deben ser comprendidas, tutelando así bienes jurídicos que resulten fundamentales para la convivencia en sociedad.

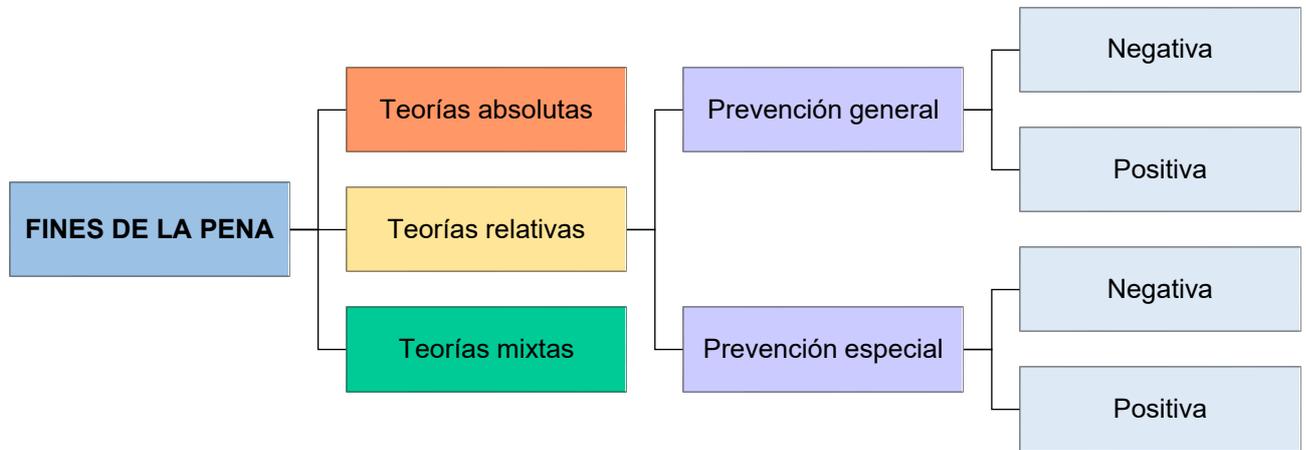
2.2.2. Fines de la pena

Sobre la esencia general de la pena, Merkel (2013) refiere que “las penas son males que se hacen recaer sobre alguien en virtud de una

real o presunta contraria al deber” (p. 180), así su fundamento justificativo de punición se halla en relación con una acción cometida. La pena es la segunda institución fundamental del Derecho Penal, el hecho criminal es siempre el presupuesto único de la pena (*nullum poena sine crimen*) por lo que esta no es más que su consecuencia jurídica más natural (Gallardo Rosado, Hernández-Romo Valencia, & Ochoa Romero, 2009). La atribución de esta medida coercitiva limitativa de derechos está condicionada al análisis de las circunstancias que rodean la realización del hecho punible, puesto que las mismas influyen en su determinación agravando o atenuando su duración.

Reátegui Sánchez (2019a) sobre la pena refiere que se trata esencialmente y en principio del método coercitivo, constrictivo y conminatorio más poderoso del que dispone el Estado (p.31), la pena corresponde al castigo legal previsto para los delitos tipificados en el Código Penal y la legislación penal complementaria, que aplica el órgano jurisdiccional competente. Villavicencio (2006) señala que por la gravedad de su contenido, es el método más severo que el Estado puede utilizar para garantizar la convivencia en sociedad, su origen está asociado a la del propio ordenamiento punitivo y constituyente (p. 45), entendiendo la atribución de esta medida que en estricto es la más severa y lesiva de derechos, la cual se impone con sujeción a los principios de mínima intervención y de prohibición en exceso, resulta necesaria su aplicación cuando se han lesionado bienes jurídicos, manteniendo así la tranquilidad social.

Al estudiar el tema de los fines de la pena, hay que hacer énfasis en distinguir entre justificación y finalidad de la pena. Al respecto, Abanto Vásquez (2014) refiere sobre justificación y finalidad de la pena que “las “teorías absolutas” responderían al porqué de la pena (sentido), mientras que las teorías “relativas” responderían al “para qué” de la pena (funciones), cosas que serían materialmente distintas” (pp. 89-90).

Figura 2*Teorías acerca de los fines que persigue la pena**Nota:* Elaboración propia**A. Teorías absolutas**

Roxin (1997) refiere que la teoría de la retribución afirma que la pena se justifica no por la consecución de un beneficio social, sino por la idea de que la imposición de una pena adecuada sirve para retribuir, equilibrar y limpiar la culpa al actor por el hecho cometido (pp. 81-82). La idea de la pena como retribución compensatoria ha sido conocida desde la antigüedad y sigue arraigada en la conciencia de la persona común con un sentido de naturalidad: la pena debe ser justa, lo que significa que debe ajustarse en duración y severidad a la gravedad del delito, sirviendo como compensación por el mismo. La filosofía de la retribución se basa en el antiguo concepto del Talión, que propugna por un castigo proporcional: ojo por ojo, diente por diente.

García-Pablos de Molina (2000) refiere sobre las teorías absolutas que, también conocidas como teorías clásicas, teorías retributivas

o teorías de la justicia, parten de la existencia de verdades o valores absolutos, considerando que es únicamente la justicia el fundamento y el sentido de la pena (p. 130). Villavicencio Terreros (2006) refiere al respecto que, según estas teorías, la pena es la retribución por el delito que se ha cometido, proporcionando un mal a una persona que compense el mal que ha producido voluntariamente, equilibrando, por tanto, la culpabilidad del autor por el hecho punible realizado (p. 47), esta percepción, la cual implica una simple correspondencia entre la comisión de un hecho punible con su respectiva sanción penal en miras de la obtención de justicia al haber sido lesionado un bien jurídico, fue idónea en su época, la cual con el avance del Derecho Penal tuvo que trascender, y es que la pena tal y como se concibe hoy en día es más que una simple retribución por un mal causado.

Abanto Vásquez (2014) precisa al respecto que “en la retribución siempre estaría presente el instinto de venganza, que no es compatible con las sociedades modernas, pues no es racionalmente explicable cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal” (p. 95), la retribución se encuentra implícita en la sanción penal, conforme a un Estado Constitucional de Derecho la pena persigue además fines de prevención y resocialización, puesto que el hecho punible realizado ya existe en la sociedad y no podrá deshacerse, corresponde entonces prevenir la lesión de bienes jurídicos.

Es por ello que la pena como retribución a la culpabilidad del sujeto no es compatible con un Estado democrático a la vez que no es compatible con la dignidad de la persona. Por lo cual, suelen calificarse como teorías retributivas a las teorías absolutas, por entenderse que no buscan la prevención de comisión de delitos, además de que no rechazan la posibilidad de que la pena alcance algún fin reparador o resocializador (Meini Méndez, 2013) que es acertado, puesto que, en su época, la ley del Talió fue eficiente, pero en la actualidad no lo es, la pena, además de intimidar en la

realización de un hecho punible, busca prevenir la realización de delitos influyendo en la consciencia de la población con los efectos que produce, que son, aislar al individuo de la sociedad además de limitar otros derechos.

B. Teorías relativas

Son teorías antiquísimas en el Derecho Penal, y conforme a Villavicencio Terreros (2006) refiere que estas se centran exclusivamente en el fin de la pena y su beneficio social, que es la prevención (p. 54). Mir Puig (2004) señala que los requerimientos de la prevención son situacionales y relativas, a diferencia de la justicia, que es un ideal absoluto, razón por la cual estas teorías se denominan teorías relativas. Mir Puig (2003) en un anterior estudio sostiene al respecto que las teorías absolutas en su estricto sentido afirman que la pena es necesaria para la consecución de la justicia sin tener en cuenta sus fines preventivos posteriores, mientras que las teorías relativas consideran que la pena es esencial para la supervivencia de la sociedad (p. 52), es de considerarse que la pena sí ayuda a la consecución de justicia, pero su fin no debe agotarse en ese ideal, es por eso que va más allá, y los fines de prevención resultan idóneos y justifican su atribución.

Según Cerezo Mir (2003) las teorías absolutas sólo se centran en el objetivo del castigo, sin tener en cuenta la utilidad social; por el contrario, las teorías preventivas atribuyen al castigo el objetivo de disuadir los delitos como método para salvaguardar determinados intereses sociales (p. 52), por lo cual, para esta otra perspectiva, la pena no tiende a la retribución del delito, sino a la prevención de futuros delitos. Villavicencio Terreros (2006) señala que estas teorías se fundamentan en argumentos o razones ideológicas de carácter humanitario, utilitarista, racional y social, ya que propugnan por ayudar al delincuente (hombre que ha delinquido)

en su desarrollo y educación mediante intervenciones pedagógico-sociales adecuadas (pp. 54-55).

Peña Cabrera Freyre (2011b) señala que “en resumidas cuentas, las teorías “preventivas”, asumen los postulados de: intimidación, disuasión, corrección, pedagogía social y tratamiento, a fines de pura “justicia material”” (p. 66). No es desacertado el referido planteamiento, puesto que, como se viene señalando, la atribución de la pena debe corresponderse con los preceptos señalados, aunque la sociedad en la mayoría de casos solo la vea en su sentido estricto como un fin de obtención de justicia, optando por la postura de las teorías absolutas.

A modo de conclusión Mir Puig (2004) refiere que mientras la retribución se centra en las acciones pasadas, la prevención se centra en los resultados a futuro (p. 91), que en suma es acertado, puesto que la retribución se centra exclusivamente en el hecho punible realizado y su consecuente sanción penal como ideal de justicia, mientras que la prevención, yendo más allá y siendo utilitarista, además de atribuir una sanción penal separando al agente, procura en la medida de lo posible su tratamiento para que sea reinsertado en la sociedad en forma satisfactoria.

a. Prevención general

Villavicencio Terreros (2006) señala que al tratarse de una prevención que no se dirige al delincuente sino a la sociedad (colectividad), se denomina por esta razón teoría de la prevención general (p. 55). Balmaceda Hoyos (2018) señala al respecto sobre la prevención general que no distingue entre la finalidad de la pena en términos de retribución ni en términos de persuasión sobre el autor (prevención especial), sino más bien en términos de influencia sobre la sociedad, comunidad o colectividad, a la que hay que educar sobre las prohibiciones legales y las consecuencias de su incumplimiento mediante el

uso de la pena (p. 300). Esta doctrina se asienta esencialmente como una teoría de la intimidación penal, al pretender prevenir el delito a través de las normas penales.

Paul Johann Anselm von Feuerbach es el principal defensor de las teorías de prevención general, creía que el Estado tenía la responsabilidad, impulsado por el objetivo de la seguridad social, de disuadir psicológicamente a los individuos con tendencias antijurídicas de motivarse a sí mismos.

Con el fin de evitar que las personas cometan delitos, la pena está diseñada para actuar como elemento disuasorio. Según Hassemer (1984) señala que esta prevención funciona de dos maneras: en primer lugar, intimidando a quienes cometen delitos y, en segundo lugar, utilizando un enfoque educativo y social (p. 348), en concreto, actúa como herramienta para educar las conciencias de todos los individuos en lo jurídico, con fines en la prevención de la actividad delictiva. Abanto Vásquez (2014) plantea que la finalidad de las consecuencias penales es disuadir a otros individuos de incurrir en conductas delictivas (p. 97), entonces, la pena establecida en los tipos penales que describen una serie de conductas típicas ilícitas han de servir para disuadir su realización, logrando con ello prevenir la realización de hechos ilícitos.

i. Prevención general negativa

Según Roxin (1997) el aspecto negativo podría explicarse como la intimidación de otras personas que corren el riesgo de cometer delitos similares (p. 91). Villavicencio Terreros (2006) señala que la prevención general negativa pretende disuadir a las personas de participar en actividades delictivas a través de la atribución de la pena como medio de intimidación o disuasión (p. 57), con ello se busca evitar la realización de futuros delitos alertando a los ciudadanos

de las repercusiones de cometerlos, creando miedo en la sociedad.

Conforme a Meini Méndez (2013) la prevención general negativa, comprendida como coacción psicológica, muestra con suficiente claridad lo que realmente ocurre con la pena, sin embargo, por más que se logre desarrollar un discurso resocializador, la realidad demuestra que la pena se utiliza como amenaza (p. 151). Concuera sobre este aspecto de la prevención general, Abanto Vásquez (2014) al indicar que “la prevención general negativa es aquella que busca la “intimidación” a través del “castigo”, con lo cual los ciudadanos se abstendrían de cometer delitos” (p. 97).

ii. Prevención general positiva

Roxin (1997) sobre la prevención general positiva señala que ha habido muchas formulaciones diferentes de este concepto, pero la más importante es que se fundamenta en la “función comunicativa de la pena” y abarca tres objetivos o efectos distintos (pp. 99-100). Entre ellos, i) El efecto de aprendizaje, que es un ejercicio de fidelidad a la ley; ii) El efecto de confianza de los ciudadanos en la vigencia de la ley; y iii) El efecto pacificador de la conciencia jurídica general, que es una función integradora, que se consigue mediante la resolución del conflicto con el delincuente.

Meini Méndez (2013) plantea que es mediante la afirmación del Derecho que la prevención general positiva pretende evitar la comisión de hechos punibles (delitos) (p. 152), mientras que Abanto Vásquez (2014) sobre la prevención general positiva refiere que “esta concepción ha tenido diversas formulaciones, pero lo principal es que se basa en la función comunicativa de la pena” (p. 99). Según Villavicencio Terreros (2006) la prevención general positiva

se dirige a la comunidad y pretende infundir lealtad e interés en la fuerza y eficacia de las penas, siendo el objetivo ayudar a los ciudadanos a confiar en sus instituciones y participar en su integración (pp. 59-60). La criminalización tendría un impacto positivo en las personas no criminalizadas al reforzar simbólicamente su confianza en el sistema social en general y en el sistema penal en particular, en lugar de utilizar la intimidación como medio de disuasión.

Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée (1997) refieren que “la prevención general positiva sin duda representa un avance respecto de las teorías absolutas y de la prevención general negativa” (p. 50), constituyendo como aspecto valioso el reconocimiento del Derecho Penal como un control social formalizado.

b. Prevención especial

Se conoce al alemán Franz von Liszt como el precursor de la prevención especial cuando en 1882, en la Universidad de Marburgo, presentó su concepción político-criminal básica en su célebre “Programa de Marburgo”. Para él (von Liszt) debería seguirse una finalidad diferenciada de la pena en función del tipo de delincuente: i) Para delincuentes susceptibles y necesitados de corrección, debe darse la corrección para evitar su reincidencia; ii) Para aquellos que no necesiten de corrección (autores ocasionales), se buscará la intimidación; y, iii) Para los que no puedan ser corregidos ni intimidados (criminales habituales), deberá buscarse la neutralización.

Muñoz Conde (2001) señala que el objetivo de la pena, según las teorías de la prevención especial, es evitar que el delincuente cometa otros delitos en el futuro, esto puede lograrse mediante el uso de procedimientos de corrección y educación, o asegurando al delincuente (p. 72), entonces,

producida la lesión del bien jurídico, estas teorías se centran en el agente de la comisión del hecho ilícito, que es acertado en parte, puesto que, producida la lesión o puesta en peligro del bien jurídico son irreversibles los efectos, consecuentemente, además de atribuir responsabilidad penal resulta acertado corregir al agente buscando su rehabilitación.

Zaffaroni (1998) indica que “casi todos los autores coinciden en afirmar que la pena cumple una función de prevención especial, aunque sólo se la reconozca bajo el aspecto retributivo de la misma, como hace la mayoría” (pp. 73-74). Bacigalupo Zapater (1999) sobre la prevención especial señala que su fundamento subyacente es siempre el mismo: cometer un delito indica un peligro potencial de lesión a futuro para el ordenamiento jurídico; la pena pretende disuadir de futuras infracciones, ya que el acto en sí no puede borrarse (p. 34).

i. Prevención especial negativa

Rusconi & Kierszenbaum (2020) sobre esta teoría señalan que “busca intimidar al delincuente, pretende que el castigo disuada al penado de cometer nuevos delitos y en caso de no poder disuadirlo se busca su inocuización” (p. 40).

Al respecto de la prevención especial negativa, Reátegui Sánchez (2014) señala que la finalidad de la pena será hacer inocuo al delincuente peligroso, neutralizándolo y aislándolo, por incapaz de coexistir dentro del sistema social (p. 1286), lo que se condice cuando el agente sea incorregible, contrariando ideales que sustentan la convivencia en sociedad, por lo tanto, no siendo posible su reinserción será adecuado su aislamiento logrando consigo el beneficio en favor de la sociedad como fin en sí misma.

Zaffaroni (2020) señala que “las teorías de la prevención especial negativa, quizá sean las únicas en que la pena realmente desempeña la función que se le asigna: así, si se somete a alguien a pena de muerte, con total seguridad nunca podrá volver a cometer un delito” (pp. 351-352), se trata de legitimar por esta vía todas las penas que no buscan el mejoramiento de la persona, sino su inocuización.

No son cuestionables los resultados que se puedan lograr con la prevención especial negativa, puesto que es ampliamente aceptada la tranquilidad social sin desmedro de que el agente se encuentre inocuizado, pero ello es lesivo de derechos y no corresponde con un Estado Constitucional de Derecho, por consiguiente, debe tutelarse por igual los derechos de las personas sin importar el hecho de haber delinquido.

La inocuización, refiere Pérez Tolentino (2012) “se presenta como la última opción a utilizar cuando las demás alternativas han fracasado, esto es, cuando el criminal no muestra síntomas de querer vivir en armonía con el resto del conglomerado social” (p. 5), y la forma en que lo demuestra es a través de la reiteración de las conductas criminales o mediante el alto grado de daño que causa en la sociedad.

Entendiendo la inocuización como el aislamiento del agente por un periodo de tiempo indeterminado, aquello es aceptado en nuestra legislación penal y refiere a la pena de cadena perpetua, consistente en la privación de la libertad de por vida. Lo que resulta acertado que sea así cuando el ejecutor de un hecho punible realice hechos punibles que afecten gravemente bienes jurídicos considerados fundamentales y que generen una marcada connotación para la vida en sociedad.

Estas posturas (teorías relativas) en sus diversas variantes, como señala Velásquez Velásquez (2020) “son criticadas porque implican una instrumentalización del hombre para los fines del Estado, pues lo cosifican y le pierden el respeto a su dignidad humana” (pp. 158-159), lo cual es desacertado, puesto que la instrumentalización del hombre para los fines del Estado como la convivencia en sociedad es necesaria cuando se han transgredido derechos fundamentales que la afectan, puesto que de lo contrario no habría límites en el ejercicio de derechos conllevando al libertinaje sin la atribución de consecuencias jurídicas.

ii. Prevención especial positiva

Villavicencio Terreros (2006) postula que la prevención especial positiva considera la pena como un medio para reeducar, resocializar y reintegrar al delincuente de nuevo en la sociedad (p. 64), y en lugar de ser visto como un simple instrumento, el hombre es considerado como un propósito más en la búsqueda de su corrección o curación.

Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée (1997) refirieron sobre la prevención especial que “significa un progreso en tanto que ha puesto su acento en el hombre concreto, considerando sus particularidades y no en un ser abstracto e indefinible, como en el caso de la teoría retributiva y la de prevención general” (p. 51), y señalan sustancialmente:

Desde el punto de vista práctico, la prevención especial requiere disponer de gran cantidad de recursos económicos, cuestión difícil aun en países de gran desarrollo. Esto significa que el tratamiento, cuando se lleva a cabo, queda reducido a un pequeño grupo de sujetos y aun respecto a ellos hay dudas en relación a su eficacia. (p. 52)

En torno a la idea de la resocialización, Abanto Vázquez (2014) refiere que esta, como ningún otro concepto, cumple con el objetivo social del Derecho Penal protegiendo a la persona y a la sociedad al tiempo que ayuda al autor en lugar de aislarlo de la sociedad (p. 108), lo que es relativo o teórico, puesto que, si bien ayuda a la sociedad previniendo la realización de futuros delitos, es cuestionable en cuanto a que el individuo que delinquiró se resocialice, ello es subjetivo y dependerá de cada persona en particular.

C. Teorías mixtas

De acuerdo con Villa Stein (2008) refiere que también se denominan –teorías de la unión– porque pretenden conciliar o fusionar las tesis absolutas y relativas (p. 103). Villavicencio Terreros (2006) señala al respecto que las teorías mixtas armonizan sobre la pena las características consideradas esenciales de las teorías anteriores: consideran la pena útil y justa. Valoran que la pena debe basarse en la culpabilidad y la proporcionalidad en relación con la conducta delictiva para lograr la justicia, al tiempo que pretende prevenir la comisión de futuros delitos por utilidad (p. 65).

En 2015, Zugaldía Espinar refirió que en las teorías de la unión “se trata de justificar la pena en la retribución y en la prevención al mismo tiempo, dicho con otras palabras: la pena será legítima cuando sea al mismo tiempo justa y útil” (p. 56).

Jescheck & Weigend (2014) señalan bajo estas teorías que “de esta forma la retribución nunca se entenderá como simple mortificación del reo, sino siempre como una posible intervención adecuada que debe reconciliar al autor con la sociedad a través de una compensación medida por su culpabilidad” (p. 112), razón de ello, el autor recibe lo que él mismo puede experimentar como justo, así la pena justa y sólo ella sirve para la disuasión de

la colectividad y la consolidación de su conciencia jurídica. En definitiva, la pena resulta justa cuando es basada en criterios de culpabilidad y proporcionalidad en relación con el hecho punible logrando la consecución de ideales de justicia. Así, estas teorías de la unión propugnan la utilidad de la pena en la consecución de justicia y en generar conciencia de la sanción penal como resultado de la comisión de un hecho punible.

2.2.3. Principios de la previsión legal e imposición de la pena

El Código Penal en el art. 28 establece las clases de pena que se atribuyen o imponen a los delitos contemplados en la parte especial y, en aplicación complementaria o supletoria conforme al artículo X del Título Preliminar del Código Penal, a los delitos tipificados en las leyes penales especiales. Las penas que regula el Código Penal vigente son: i) pena privativa de libertad; ii) penas restrictivas de libertad; iii) penas limitativas de derechos; y, iv) pena de multa.

Es necesario analizar los fundamentos, presupuestos o principios que justifican la atribución de la pena, que, por las características de la presente investigación, se trata de justificar la pena en la retribución y en la prevención, con ello, la pena será legítima cuando sea al mismo tiempo justa y útil.

Para que una pena pueda ser legítimamente aplicada en el marco del Estado de Derecho, deben respetarse, en rigor, los siguientes presupuestos:

A. El principio de legalidad

En un Estado Constitucional de Derecho, los individuos deben estar protegidos no sólo de las acciones ilícitas, sino también del Derecho Penal, consecuentemente, Silva Sánchez (1992) señala que el Derecho Penal tiene por finalidad reducir tres tipos de violencia: la estatal, la delictiva y la informal (p. 241), para controlar

el uso de la violencia estatal, es esencial que las acciones punitivas del Estado estén reguladas para evitar su aplicación arbitraria.

Villegas Paiva (2014) señala que el Estado Constitucional de Derecho refleja la idea de la supremacía de las leyes, a partir del cual los Poderes Ejecutivo y Judicial se vinculan positivamente a la ley, estando garantizado por el principio de legalidad (p. 72), de modo que, para que el Estado interfiera o invada el ámbito de los derechos fundamentales, o para que incida directamente en el desarrollo de estos derechos, restrinja o condicione su ejercicio, es necesaria una habilitación legal o autorización (principio de legalidad).

Sobre este principio, también denominado de reserva, Velásquez Velásquez (2009) señala que desde un punto de vista técnico formal, la materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad, está deferida¹² a la ley y sólo el poder legislativo está facultado para limitar los derechos humanos más elementales (pp. 172-173).

El principio informador de la previsión legal e imposición de la pena en mención es reconocido por la Constitución Política en el art. 2, inc. 24, lit. d) y en el Código Penal por el artículo II del Título Preliminar. Peña Cabrera Freyre (2011b) señala:

Del principio de “legalidad”, no solo se manifiesta en la necesidad, de que las conductas penalmente prohibidas, se encuentren taxativamente reguladas en el cuerpo punitivo, al momento de la comisión del hecho, sino también, en lo que respecta a los marcos penales imponibles, así como el procedimiento y los medios de su ejecución”. (p. 192)

¹² Dicho de una autoridad: Remitir a otra autoridad una decisión.

Entonces, el principio de legalidad, referente a los principios informadores de la previsión legal e imposición de la pena, exige que la ley debe ser el único instrumento que regule todos los aspectos de la represión penal, desde la determinación de la conducta delictiva hasta la ejecución de las penas, pasando por la determinación de la pena y de los requisitos procedimentales y jurisdiccionales.

B. El principio de proporcionalidad

Uno de los principios del Derecho expresamente positivizado es el principio de proporcionalidad, cuya satisfacción ha de examinarse en cualquier ámbito del Derecho. Este principio se encuentra constitucionalizado en el párrafo último del art. 200 de la Constitución.

El Código Penal en el artículo VIII del Título Preliminar señala que no puede la pena sobrepasar la responsabilidad por el hecho; por otra parte, la medida de seguridad sólo puede ser dispuesta por intereses públicos predominantes. Villavicencio Terreros (2006) considera que la pena debe ser proporcional al daño creado por el agente, teniendo en cuenta el grado de culpabilidad y el daño social causado (p. 116).

Villavicencio Terreros (2006) plantea además que, la trascendencia de este principio radica en el hecho de que produce una jerarquía de daños y un grado de coherencia mínima entre la magnitud de las penas asociadas a cada conflicto penalizado, además, garantiza que exista una relación adecuada con el fin preventivo que se persigue (p. 117). El propósito es evitar penas que superen dicha proporción, al tiempo que se da al juez penal la discreción de reducir la pena por debajo del mínimo genérico e inclusive sustituir las penas privativas de la libertad por otras menos severas, o incluso prescindir por completo de la pena.

Es un principio especialmente aplicable en aquellos ámbitos que están asociados al ejercicio de los derechos fundamentales, y delimitando en forma discrecional el ejercicio del Estado en la realización de cualquier actividad de control. Villegas Paiva (2014) señala que la relevancia de este principio se acentúa en el ámbito penal, donde la vulneración de los derechos fundamentales por parte del Estado es más evidente (p. 83).

Según esta línea de razonamiento, la previsión legal de la pena también debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, que, según este principio, debe existir una relación valorativa de proporcionalidad entre el hecho punible y la pena.

Binder (2004) señala al respecto que “a la hora de determinar en concreto la pena aplicable se deberá tener en cuenta la relevancia de la ilicitud y el grado de responsabilidad” (p. 299). Mir Puig (2004) señala que se complementa con el principio de culpabilidad, puesto que, restringe la severidad de la pena a la proporcionalidad de la culpabilidad (p. 141), subsecuentemente, es prudente el razonamiento de que a mayor culpabilidad le corresponde un mayor reproche penal y, por tanto, una sanción penal más severa.

Meini Méndez (2013) señala al respecto que “la intensidad afflictiva de los distintos tipos de pena debe ser directamente proporcional al reproche ético-social que exprese cada una de ellas” (p. 144), que se sustenta en el grado del reproche penal justificado por conciencia social de la ilicitud, así es más reprochable el homicidio simple que las lesiones, o el peculado doloso que el hurto.

Se distingue en la doctrina penal una proporcionalidad concreta de una proporcionalidad abstracta, Villegas Paiva (2014) al respecto señala que en el proceso de formulación de las leyes penales interviene la proporcionalidad abstracta, que exige que la sanción penal se cree con un tipo de pena y en una cuantía tal que sea proporcional al hecho lesivo que se prevé en el tipo penal (pp. 83-84). La proporcionalidad concreta de las penas, por otro lado, se

presenta a nivel judicial; en este nivel, el juez penal es responsable de determinar la sanción penal concreta que se impondrá a la persona que realizó la conducta ilícita, ciñéndose al marco que establece la legislación penal. Es necesario que la actuación legislativa y la actuación judicial dispongan de criterios adecuados para determinar la proporcionalidad entre la conducta delictiva y la pena, con el fin de mostrar respeto por estas dos formas de proporcionalidad (abstracta y concreta).

De las diversas clases de penas, las cuales se encuentran descritas en el art. 28 del Código Penal, es indiscutible que la pena privativa de libertad es la más severa, la más grave. Villegas Paiva (2014) señala que la valoración de la gravedad para decidir sobre la proporcionalidad de la pena debe hacerse dentro de los límites del marco legal, no pudiendo el legislador ni el juez imponer penas más severas, ni siquiera en casos de gravedad extrema (p. 84).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 28 del Código Penal, los parámetros que determinan la gravedad de la pena deben ajustarse a las clases de penas existentes, y para dar cumplimiento a la atribución de responsabilidad penal por la lesión de algún bien jurídico-penal protegido, señala Bernal Pulido (2007) que, para ser considerada proporcionada una medida que afecta un derecho fundamental, debe poder satisfacer los tres juicios que integran este principio, los cuales son: i) Juicio de idoneidad; ii) Juicio de necesidad; y, iii) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto (p. 111).

Villegas Paiva (2014) refiere que estos subprincipios del principio de proporcionalidad se consideran requisitos esenciales de cualquier actuación procesal penal que limite derechos fundamentales, exigibles por el legislador tanto en su previsión, así como en su adopción por el órgano correspondiente y en su ejecución (pp. 85-86), los principios de mínima intervención y de prohibición en exceso resultan un primer paso en cuanto a la

determinación de la sanción penal, puesto que la misma debe fundamentarse en forma más específica al ser una medida limitativa de derechos, el principio de proporcionalidad implica el desarrollo del test de proporcionalidad, y la evaluación de cada subprincipio del mismo.

a. Juicio de idoneidad

Mariscal Rivera (2019) sobre este presupuesto señala que es necesario que toda injerencia en los derechos fundamentales sea idónea para contribuir a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (p. 161), puesto que la limitación de un derecho fundamental, como la libertad, se realiza en la búsqueda de la consecución de un fin constitucionalmente válido, existiendo, por tanto, una contraposición de bienes jurídicos y la preferencia de unos sobre otros.

González-Cuéllar Serrano (1998) señala que toda acción que incida en los derechos fundamentales debe ser apropiada para contribuir a la consecución de un fin constitucionalmente válido, según este juicio de adecuación, que es denominado también como mandato de idoneidad (p. 195), razón por la cual, toda intervención estatal en el ámbito de los derechos fundamentales debe tener una finalidad legítima para que pueda ser constitucionalmente aceptada.

Villegas Paiva (2014) señala que el principio de proporcionalidad es relativo y no conduce a prohibiciones absolutas o abstractas, viene determinado por las circunstancias específicas y el equilibrio entre los medios y el resultado deseado, considerando el impacto sobre los bienes, valores o derechos implicados (p. 86). No prohíbe de forma permanente el uso de un instrumento cualquiera, ni impide la persecución de un objetivo específico de forma aislada. Barnes (1998) señala que lo importante es simplemente el orden en

que se incluyen, ya sea en la propia norma o en la forma en que se aplica al caso concreto (p. 17), es por ello que constituye un principio relacional en el entendimiento de que compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin.

El juicio de idoneidad consiste en establecer primero la función que la pena cumple en este nivel del sistema penal (imposición judicial de la pena) antes de tomar una determinación sobre si la pena es aceptable o no. Villegas Paiva (2014) refiere que para determinar esta función de la pena, es esencial tener en cuenta que el juez penal se dirige a un ciudadano que ha realizado responsablemente una conducta delictiva y, por tanto, está facultado para atribuirle una sanción penal (p. 87), además, la función preventivo resocializadora que cumple la pena, por cuanto, busca generar conciencia en la sociedad de las consecuencias jurídicas por la comisión de un hecho punible y la eventual resocialización del agente debe ser prevista por el operador judicial en el momento de su determinación.

b. Juicio de necesidad

Sobre este presupuesto, Mariscal Rivera (2019) señala que “realizada la verificación de idoneidad de la medida, el siguiente paso es determinar si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida igualmente efectiva o adecuada para alcanzar el mismo fin, pero que implique una restricción menor para el derecho fundamental intervenido” (p. 162). En términos más simples, el referido autor señala que el juicio de necesidad permite establecer si la medida restrictiva a un derecho, principio o mandato de optimización es realmente necesaria, esto es, si no existe una alternativa que sea menos gravosa o perjudicial para el derecho intervenido y que tenga igual o mayor adecuación con la finalidad perseguida.

Villegas Paiva (2014) señala que este principio es comparativo y de empírica naturaleza, lo que significa que deben buscarse medidas penales menos inflexibles (severas), pero igualmente eficaces (p. 88), por consiguiente, si se podría haber utilizado una opción menos perjudicial para evitar la limitación del derecho afectado, entonces la restricción se considera excesivamente injusta.

El principio de mínima intervención es un término utilizado en la doctrina penal para describir este planteamiento que, según esta filosofía, la aplicación del Derecho Penal es la *última ratio* para la resolución de conflictos sociales. Desde esta perspectiva, el Derecho Penal sólo debe sancionar las infracciones de los bienes jurídicos más esenciales (subsidiariedad) y, dentro de éstos, aquellos que son más intolerables (fragmentariedad). Quienes cometan infracciones de bienes jurídicos no esenciales, así como quienes cometan infracciones mínimas de bienes jurídicos esenciales, deberían quedar en manos de mecanismos de control extrapenales, significando esto, despenalizar los así denominados delitos de bagatelas.

En el momento en que se impone la sanción penal, tiene también predominio el subprincipio de necesidad. Villegas Paiva (2014) señala que, al imponer la sanción penal, el juez penal debe tener en cuenta la exigencia de recurrir, entre las sanciones penales que legalmente dispone, aquella que sea menos perjudicial para el autor, siempre que sea idónea, es decir, que corresponda con su culpabilidad (p. 90).

En mención a la alternatividad en la medida a imponer como sanciones penales que resulten menos lesivas para el autor, el Código Penal regula las siguientes: la sustitución de penas (art. 32), la conversión de las penas (art. 52), la suspensión de la ejecución de la pena (art. 57) y la reserva del fallo condenatorio

(art. 62); la pena debe ser la más pertinente, no debiendo implicar exclusivamente en su contenido la atribución de un castigo por un mal causado, la misma deber perseguir fines de prevención y resocialización, por ello, deberá aplicarse la que resulte idónea con tales fines.

c. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Bernal Pulido (2006) refiere que es necesario que el valor del fin perseguido sea al menos comparable o proporcionado al grado de lesión del derecho fundamental para que una injerencia en los derechos fundamentales pueda considerarse legítima (p. 235), comparándose dos intensidades o grados: el de la consecución de la finalidad de la medida que se examina y el de la afectación del derecho fundamental, resulta esta comparación particular en significativa porque refleja una evaluación ponderada de los intereses en conflicto y permite observar todas las circunstancias relevantes para el caso.

García Caveró (2012) refiere que de la determinación de si existe un desequilibrio evidente, excesivo o irrazonable entre la pena y el objetivo de la norma es lo que constituye el juicio de proporcionalidad en el sentido estricto (p. 835), acota que una correspondencia valorativa entre la gravedad del acto ilícito realizado y la pena prevista es una expresión de la relación de equilibrio que requiere la proporcionalidad en sentido estricto, y en caso de que se admita que un determinado comportamiento merece una sanción penal, es necesario especificar tanto el tipo de pena como la cuantía de la misma que se corresponde en forma proporcional al hecho típico.

Analizando este presupuesto o subprincipio, Nogueira Alcalá (2011) postula que el principio de proporcionalidad actúa con la técnica de la aplicación escalonada, implicando que, en primer lugar, debe considerarse si una medida persigue un

objetivo constitucionalmente legítimo (pp. 123-124), no será hasta que esto ocurra cuando se analizará la referida medida para determinar si es o no un medio adecuado para lograr el objetivo que se pretendía.

Villegas Paiva (2014) señala que no es necesario proseguir el análisis si la medida no persigue una finalidad constitucionalmente legítima, siendo entonces la medida inconstitucional por ese solo hecho (p. 93), mientras, por el contrario, de tener una finalidad legítima se analizará si la medida es idónea y necesaria, y se pasará al tercer escalón de análisis (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

García Caveró (2012) sobre el juicio de ponderación en sentido estricto, explica que no se trata de establecer una conexión de proporcionalidad entre una conducta concreta y una pena concreta a este nivel, sino de crear una relación de proporcionalidad que tiene lugar a un nivel más abstracto (p. 835). Es sabido que, el hecho sólo se considera una forma de atentado contra un bien jurídico penalmente protegido en el contexto de las conminaciones penales, en consecuencia, la proporcionalidad estricta de la pena con el hecho sólo podrá establecerse en función del interés (bien jurídico) y la modalidad de ataque. El primer aspecto lleva a la consecuencia de penalizar con penas más severas las lesiones a los intereses más prioritarios, como la vida o la integridad física.

Si se lesiona un bien jurídico, el castigo debe ser más severo que si solo se pone en peligro, la lesión acumulativa a bienes jurídicos debe penalizarse con mayor severidad que el daño a uno solo de ellos, y la realización de actos punibles dolosos más que los culposos. García Caveró (2012) precisa señalando que, si se invirtiera esta relación de severidad (gravedad), se estaría constituyendo un atentado contra la idea de

proporcionalidad en lo que se refiere al grado de las sanciones penales (p. 836).

Analizando este presupuesto en el Derecho Procesal Penal, en específico, con el fin de determinar si la entidad de la conducta concreta merece ser castigada con la pena impuesta por el órgano jurisdiccional dentro del marco punitivo mínimo y máximo previsto por la ley, es que la pena impuesta judicialmente también debe someterse a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, esto significa que el juez debe valorar si la pena es proporcionada al hecho concreto.

García Caveró (2012) señala que es la valoración de las circunstancias particulares la que permite tomar en consideración la gravedad de la conducta delictiva y, por tanto, administrar la pena en conformidad con la gravedad del delito (p. 865). La severidad de la pena que impone el juez debe corresponder necesariamente a la gravedad del delito concreto que se imputa, por lo tanto, se considera desproporcionada si la pena no se corresponde con la gravedad del delito que se imputa.

Como resultado de ello, la doctrina y la jurisprudencia se basan en la culpabilidad para determinar la gravedad del delito con el fin de establecer la pena concreta que debe atribuirse.

C. El principio de culpabilidad

Este presupuesto se encuentra descrito en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, el cual, señala que la pena requiere de responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Culpabilidad para la fundamentación de la pena y culpabilidad para la medición de la pena son conceptos totalmente diferentes. Roxin (1997) señala que la cuestión de qué presupuestos se utilizan para

determinar la existencia de culpabilidad y, por tanto, la responsabilidad jurídico-penal se encuentra en el fundamento del principio de culpabilidad para la fundamentación de la pena (pp. 813-814), en otras palabras, esta culpabilidad se refiere al –sí– de la pena, con referencia a las condiciones en las que se impone una pena en el supuesto de hecho o tipo de conexión, tratándose de un concepto sistemático jurídico-penal.

Balmaceda Hoyos (2018) señala que el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena sostiene que la pena no debe superar el nivel de culpabilidad en su duración, incluso si intereses de rehabilitación, de seguridad o de disuasión sugieran un confinamiento más prolongado (p. 305). Señala además Balmaceda Hoyos (2008) que, dado que el grado o la cuantía de la culpabilidad se decide por variables internas en la persona del agente, así como por la magnitud del daño producido, es posible equilibrarlo con éxito con las necesidades preventivas que dictan los intereses de la sociedad (pp. 305-306).

Mediante el vínculo entre la pena y el principio de culpabilidad, quedan excluidas las refutaciones que sostienen que, con los fines preventivos que utilizan al sujeto como medio para alcanzar un objetivo, lo que a su vez lesiona su dignidad, el vínculo entre la pena y el principio de culpabilidad también elimina la posibilidad de tal respuesta. Si esto se considerara inadmisibile, implicaría que el Estado renuncie a la pena, lo cual es una utopía.

La culpabilidad, concebida normativamente, es esencialmente graduable y, como se ha destacado aquí, su cuantificación determina también la pena. Cury Urzúa (2005) sobre la graduación de la culpabilidad y sus elementos señala que, en primer lugar, se toma en consideración la gravedad de la falta cometida por el individuo en cuestión, esto se refleja en la subjetividad del agente a través del conocimiento que tiene de las repercusiones de su comportamiento (dolo) o de la previsibilidad de esos efectos

(culpa); y cuanto más considerable sea, más activamente debería haberse comportado como contramedida inhibitoria (pp. 407-408).

El reproche es más severo cuando este surge como un contenido de la voluntad, a diferencia de cuando se produce como un resultado previsible pero inesperado, que viene provocado únicamente porque el infractor no utilizó toda su capacidad de ejecución del hecho causante para evitarlo. Esta es la razón por la que la ley regularmente asigna distinta punibilidad a los injustos culposos y dolosos. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta las circunstancias adicionales que han rodeado el hecho y cuya influencia en la mente del autor ha alterado su capacidad de autodeterminación. No solo comprenden cuestiones que son externas al sujeto, sino que también incluyen aquellas que tienen origen en el propio sujeto.

Jescheck & Weigend (2014) sostienen al respecto “el juicio de desvalor acerca de la actitud jurídica interna del autor no opera globalmente sobre la base del conjunto de la personalidad de aquel, sino que se apoya en el análisis de los elementos de la culpabilidad determinados legalmente” (p. 631), sobre los referidos elementos, el bienestar psicológico y espiritual del autor adulto, también conocido como capacidad de culpabilidad, es el primer elemento que incorpora el concepto de culpabilidad. La conciencia de antijuridicidad es el segundo componente de la culpabilidad, y es el que ejemplifica con mayor precisión la ausencia de una disposición interna aceptable conforme a la norma. En concordancia con el Derecho, una postura merecedora de condena específica se manifiesta en la adopción de la resolución delictiva por quien es plenamente consciente de la ilicitud de la situación.

Entonces, el principio de culpabilidad, referente a los principios informadores de la previsión legal e imposición de la pena, implica

que el juicio valorativo está sujeto al conocimiento y capacidades del autor al momento de la comisión del hecho punible.

D. El principio de lesividad

Este presupuesto se encuentra regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, informa que, para que se imponga una pena, es necesario que se lesione o se ponga en peligro un bien jurídico, pero no en respuesta a cada ataque sufrido por estos bienes, sino solo en el caso de los más graves.

Villegas Paiva (2014) señala que aunque la aplicación de una pena viene prevista por la ley, también es necesario que la acción tipificada y sancionada penalmente repercuta en un bien jurídico-penal (p. 77), lo que se condice con el *nulla poena sine lege*, puesto que radica ahí su legalidad, además de que la lesión de bienes jurídicos de primordial trascendencia e importancia, como por ejemplo la vida humana, acarreará consecuencias punibles más severas, haciendo comparación en que las consecuencias punibles no serán las mismas al ser lesionados otros tipos de bienes jurídicos de menor trascendencia, como por ejemplo en el hurto de un dispositivo móvil de comunicación.

Al respecto, Villegas Paiva (2014) refiere que aquí queda representado el principio de insignificancia, que, según este principio, deben excluirse del ámbito de actividad que se rige por el Derecho Penal aquellas acciones que inciden en un bien jurídico penal, pero no de forma que se considere grave, sino de forma que se considere insignificante (pp. 78-79), es decir, la descarga punitiva no debe aplicarse a aquellas actividades que lesionen mínimamente el bien jurídico protegido. Además, en caso de que el daño a un bien jurídico merezca una sanción penal, la sanción debe ser proporcional al daño que se causó al bien en cuestión, esto significa que la pena privativa de libertad será la última alternativa.

Entonces, el principio de lesividad, referente a los principios informadores de la previsión legal e imposición de la pena, implica que la participación del Derecho Penal sólo es necesaria para proteger los bienes jurídicos más fundamentales de las agresiones más graves que resultan de su transgresión.

2.2.4. Clasificación de los tipos en la teoría del tipo penal

La consagración del principio *nullum crimen sine lege praevia*, que es el principio de legalidad como fundamento político-criminal dirigido a la preservación de la libertad individual frente a la pretensión punitiva del Estado, se considera una de las victorias o logros más significativos en el ámbito del Derecho Penal, por lo que, para ser declarado responsable penalmente, se exige que su conducta se adecue a las descripciones legales que el legislador ya ha señalado como prohibidas. Peña Cabrera Freyre (2011a) señala que cuando se establecen ciertas condiciones legislativas para que una persona pueda ser alcanzada por una pena, el principio de legalidad adquiere la ciudadanía de Carta Magna (p. 348).

Donna (1995) sostiene al respecto que “sólo las conductas que quedan atrapadas por el tipo penal son delictivas y, por tanto, las únicas que podrán ser sancionadas con pena” (p. 66), con lo cual, toda otra conducta, aunque sea perjudicial a los bienes jurídicos, si no está descrita no podrá ser sancionada penalmente.

Villa Stein (2008) ha postulado al respecto que “el comportamiento humano para resultar delictivo tiene que reunir los caracteres descritos en algún o algunos de los supuestos paradigmáticos contenidos en el catálogo de delitos y penas (p. 203), por lo que, a estos supuestos paradigmáticos de conducta, se les conoce como tipos penales, y la adecuación de la conducta humana concreta a dichos tipos, es conocida como tipicidad.

Peña Cabrera Freyre (2011a) refiere que se denomina tipicidad a la coincidencia plena entre el hecho punible realizado y la descripción abstracta que se describe en el tipo penal, que es presupuesto para la atribución de la pena (p. 350), que es parcialmente desacertado, puesto que el tipo penal no siempre presenta una descripción abstracta exacta, lo que devendría en supuestos de impunidad, cuestión que no ocurre, puesto que aquellas deficiencias que pueda presentar el tipo penal se suplen mediante criterios de interpretación jurídica, logrando así atribuir responsabilidad penal ante la lesión de bienes jurídicos.

A. Clasificación según la cualidad del sujeto activo

a. Tipos comunes

Peña Cabrera Freyre (2011a) explica sobre los tipos comunes que son aquellos delitos que puede cometer cualquier persona sin que se requiera una posición especial o cargo específico del agente en relación con el objeto de protección jurídica, significando que no se necesitan cualidades específicas para ser el autor del delito (p. 379). Implica que existen ámbitos de libre organización individual, en los que las conductas ilícitas pueden ser llevadas a cabo por cualquier individuo, sin exigencia de que se trate de un sujeto con capacidad de culpabilidad personal.

Por lo tanto, la comisión de estos tipos penales (comunes), sólo requiere para ser autor de un delito, tener capacidad de acción. Son ejemplos de tipos penales comunes: homicidio simple, hurto, lesiones, estafa, entre otros.

b. Tipos especiales propios

Donna (1995) refiere sobre estos tipos penales, especiales propios o delitos especiales en sentido estricto que son aquellos en los que el círculo de autores está establecido conforme a la ley, en relación de que la conducta del agente implica en forma inexcusable la vulneración de un deber jurídico específico; este es el caso de los funcionarios públicos (p. 85).

Peña Cabrera Freyre (2011a) sobre los tipos especiales propios señala que los tipos legales mencionados refieren a las cualidades o características específicas del autor que restringen el grupo de individuos que pueden cometer determinados delitos (p. 379). Estos delitos son concebidos por el legislador para proteger intereses jurídicos institucionales, como los de la Administración Pública y la Administración de Justicia, que implican una vinculación especial entre el funcionario público (*intraneu*) con el objeto material del delito, conllevando su transgresión a la vulneración de relaciones de garantía o de infracción de deber. Las personas que no ostentan la condición de funcionario público (*extraneu*) no pueden considerarse autores de estos delitos, pero pueden ser sancionados como partícipes según el principio de unidad en el título de la imputación.

Peña Cabrera Freyre (2011a) refiere que, por ello, la doctrina ha diferenciado con propiedad los denominados delitos de “infracción de deber”, que son aquellos que implican la transgresión de normas de Derecho Público por sujetos funcionalmente cualificados (p. 380), razón por la cual estos individuos son los únicos que pueden ser considerados autores a efectos penales, a diferencia de la situación que se produce en los delitos de dominio, cuando la calidad de autor es de carácter universal.

Peña Cabrera Freyre (2011a) sobre los referidos tipo especiales propios señala que la infracción del deber viene a constituir con certeza el primer paso en la afirmación de la tipicidad penal de la conducta, siendo necesario además confirmar que el individuo ha realizado todos los elementos constituyentes del delito, con sujeción al principio de legalidad (p. 380), la mera afirmación de que un funcionario público incumplió con su deber de custodia en relación con la pérdida de bienes del Estado es insuficiente, en cambio, debe demostrarse que se apropió indebidamente o utilizó en forma dolosa los bienes que se le confiaron por razón de su cargo; en cambio, cuando en el delito de usurpación de funciones el funcionario defrauda al Estado al asumir funciones que no le corresponden, deberá demostrarse que haya realizado funciones del cargo distinto al que le corresponde, no bastando la simple asunción del cargo usurpado para incurrir en una infracción de deber.

Puntualiza Peña Cabrera Freyre (2011a) sobre los delitos especiales propios, que constituyen un universo importante en la dogmática penal que deben ser analizados en profundidad para aplicar con precisión las diversas formas de participación delictiva que se pudieran presentar en la diversidad de casos que llegan a los tribunales de justicia (p. 380), cuestión que genera trascendencia en los delitos de infracción de deber, puesto que del análisis de los sujetos y en específico del sujeto activo que conforma los elementos de la tipicidad, el agente al ostentar una calificación especial, siendo esta una calificación funcional, y al ser marcada la diferencia cuando el agente es un particular, entonces el reproche penal es distinto dado la vinculación del agente con el bien jurídico protegido que es lesionado.

c. Tipos especiales impropios

Donna (1995) afirma que “son los delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona, pero si son cometidos por determinada categoría de autores se castigan más severamente” (p. 86), así, por ejemplo, es el caso del funcionario público que comete un determinado delito, que se agrava por ese solo supuesto.

Peña Cabrera Freyre (2011a) sobre los tipos especiales impropios, sostiene que tienen un tipo común paralelo y pueden ser cometidos por cualquier persona, ya que el sujeto activo tiene un atributo distintivo o cualidad especial (funcional) que hace más grave el tipo penal al desencadenar una mayor reprochabilidad en la imputación individual (p. 380), esta clasificación, en concordancia con la clasificación anterior, comparte la noción de que el reproche penal atribuido a un sujeto calificado funcionalmente es mayor, por cuanto, la cualidad funcional hace más grave el tipo penal, consecuentemente, resulta preciso que la sanción penal sea más severa en delitos de infracción de deber.

En otras palabras, un delito especial propio es aquel en el que el acto ilícito sólo puede ser realizado por una persona que posea la calificación jurídica exigida para el sujeto; en cambio, un delito especial impropio es aquel en el que el delito especial no es más que una forma agravada o atenuada de otro delito que puede cometer cualquiera, así, en diversos tipos penales, la pena se incrementa cuando el agente es funcionario o servidor público v. gr. arts. 148-A, párr. 2, num. 3 (participación en pandillaje pernicioso); 152, párr. 2, num. 3 (secuestro); 155, párr. 2 (violación de la intimidad, agravante por razón de la función); 157, párr. 2 (uso indebido de archivos computarizados); 297, párr. 1, num. 1 (tráfico ilícito de drogas, formas agravadas); 310-C, párr. 1, num. 3 (delitos contra los

recursos naturales, formas agravadas); 317-A, párr. 2, num. 1 (delitos contra la paz pública, marcaje o reglaje); 367, párr. 1, num. 2 (violencia y resistencia a la autoridad, formas agravadas); 369 (violencia contra autoridades elegidas, forma agravada); 404, párr. 3 (encubrimiento personal) del Código Penal, entre otros.

Respecto a la autoría y participación, “en estos delitos no constituye problema alguno, ya que el tipo penal básico admite a cualquier persona como autora, motivo por el cual rigen en general las reglas de la participación” (Donna, 1995, p. 86).

2.2.5. Análisis desde la teoría del delito del tipo penal de usurpación de funciones

El Código Penal, a tenor literal del tipo penal de usurpación de funciones, señala:

Artículo 361. Usurpación de función pública

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Se hace extensivo que el anotado tipo penal regula tres modalidades de comisión, además, describe que la realización del hecho típico concerniente a usurpar funciones puede ser realizado por dos tipos de agentes, los cuales son calificados y no calificados funcionarialmente, sin desmedro de que ello implique un reproche

penal distinto en cuanto a la infracción de deber refiere, sin embargo, la pena contemplada no refleja el mayor grado de reprochabilidad, por cuanto, el agente es funcionalmente calificado.

Abanto Vásquez (2001) precisa al respecto que el verbo rector “usurpar” ha sido seleccionado por el legislador nacional para describir el núcleo del injusto penal (p. 63). Debido al hecho de que esto puede interpretarse de diversas maneras, esto puede dar lugar a dificultades en términos de interpretación, un ejemplo de ello es que, en el ordenamiento jurídico colombiano, distingue entre “usurpación” y “abuso” de funciones, el primer supuesto implica “arrogarse” un título de funcionario que no se posee, mientras que el segundo supuesto implica “investirse” de una función que no se posee; por tanto, el primer supuesto refiere al particular que no posee calificación funcional y se atribuye el título funcional, mientras que el segundo supuesto refiere al funcionario que se extralimita en el ejercicio de sus funciones al realizar funciones públicas ajenas, ahí la distinción.

Interpretativamente, se ha establecido una distinción entre “usurpación de funciones” y “usurpación de autoridad”. La distinción entre ambos supuestos radica en el sujeto activo: si un funcionario público, que ya tiene autoridad, sobrepasa o asume las funciones de otros, se considera usurpación de funciones; en cambio, si un particular hace lo mismo, se considera usurpación de autoridad, ya que no tiene ninguna. Esta diferencia, que fue articulada en el marco de la discusión del concepto penal de funcionario público, no puede ser utilizada aquí ya que la conducta delictiva no requiere que se ejerza o no autoridad, sino que se usurpen funciones públicas. Distinción que no tiene relevancia en cuanto a la tipicidad, pero que sí genera trascendencia en cuanto a la determinación de la sanción penal, puesto que la calificación funcional del sujeto activo influye en el reproche penal, siendo mayor cuando la conducta típica es realizada por este grupo de sujetos calificados.

Remitiéndonos a lo prescrito por el art. 425 del Código Penal para definir el concepto de funcionario público, resulta evidente que un número importante de funcionarios públicos, como por ejemplo los de confianza, que potencialmente podrían ser sujetos activos de delitos contra la Administración Pública, no poseen autoridad, y desarrollan funciones públicas a pesar de ello. Persistiendo en la diferenciación, se puede decir que la primera modalidad del artículo 361 contiene una usurpación genérica de funciones (de funcionarios con o sin autoridad) y se detalla un caso evidente de usurpación de autoridad, la cual es dar órdenes militares o policiales. Abanto Vásquez (2001) señala que la diferenciación no tiene connotación en la tipicidad (p. 63).

Sobre el bien jurídico tutelado, Rojas Vargas (2007) refiere que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública lo que funge en forma genérica de objeto jurídico de protección por la norma penal (p. 901), mientras que el objetivo jurídico específico de la protección es salvaguardar la exclusividad o el monopolio del Estado en la titularidad y el desarrollo de las funciones públicas que han sido asignadas a los agentes, lo que significa que es necesario garantizar su legitimidad.

Creus (1998) señala que se protege en estos delitos, en forma genérica, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, se exige la legalidad de la función, que se basa en la autoridad del Estado para asignar facultades de decisión o ejecución a determinadas personas y diferenciar diversas esferas de competencia entre los funcionarios (p. 238), la función pública, al ser realizada por quien no tiene habilitación, deviene en ilegal, puesto que quien no tiene habilitación a pesar de tener la capacidad para realizarla transgrede la confianza en la Administración Pública, razón por la cual la habilitación para el ejercicio de las funciones públicas es el condicionante de la legalidad de la función, aunque ello no implique su eficacia.

Los supuestos típicos de usurpación (modalidades) están contenidos en el artículo 361 del Código Penal previamente descrito, los cuales son:

A. Ejercicio ilegítimo de actividad funcional (primera modalidad)

a. Sujeto activo

Al tratarse de un delito común o de sujeto activo indeterminado, puede ser cometido por cualquier persona, a excepción de un funcionario público.

Creus (1998) señala que “autor puede ser cualquier persona, aunque tenga los caracteres de idoneidad requeridos para el cargo y los requisitos legales para su designación” (p. 241), son admisibles las reglas generales de la participación. Es preciso señalar que, el tipo penal exige al particular la falta de título o nombramiento, por lo tanto, contar con la idoneidad y los requisitos legales de designación son irrelevantes, por cuanto, se pretenda atribuir que la realización de funciones públicas por estas circunstancias es legítima, la cual no lo es, siendo solo legítima cuando exista habilitación para el desarrollo de las funciones públicas, aunque ello implique que la persona no es idónea para el desarrollo de las mismas.

b. Conducta típica

La acción típica es la usurpación de funciones dentro de la Administración Pública; la falta de especificidad del texto penal sobre el medio delictivo permite flexibilidad para adoptar cualquier medio idóneo para la asunción o el ejercicio de funciones públicas. Reátegui Sánchez (2019b) señala que en vista de ello, el agente podría utilizar el engaño, la astucia, la

falsedad, entre otras similares (p. 1047). No obstante, en caso de que el agente recurra a la violencia o a la amenaza, éstas no deben dirigirse contra miembros del orden público (militares y policías), ya que ello constituiría una forma agravada del delito de usurpación de funciones.

Sólo en el sentido de que el sujeto activo ejerce ilegítimamente (sin título ni nombramiento) funciones públicas puede entenderse el término “usurpar”, esto es así con independencia de que el sujeto activo hubiera asumido previamente o no dichas funciones de manera oficial.

c. Tipicidad subjetiva

El delito es doloso, siendo que el dolo está dirigido a la ocupación del cargo y al ejercicio de las funciones públicas. El conocimiento abarca tanto la exclusividad como el carácter público del cargo o comisión. En el caso de que el agente tenga dudas al respecto, por ejemplo, porque el título o el nombramiento le produzcan cierto grado de desconfianza debido a las circunstancias en que surgieron, y a pesar de ello, decide aun así asumir o ejercer la función del cargo, se le imputará dolo eventual.

d. Consumación y tentativa

Prado Saldarriaga (2017) refiere que “este delito se materializa ejecutando actos funcionales o adoptando decisiones que la ley y el Estado han delegado de modo excluyente para un funcionario o servidor público determinado” (p. 117), por ello, no es suficiente la mera jactancia de la posición funcional usurpada, sino que es necesaria la ejecución de actos que materializan un ejercicio ilegítimo de dicha función pública. Donna (1998) señala que es posible la configuración de la

tentativa en el supuesto de que el agente realiza actos de ejecución con la finalidad de asumir o en el ilegítimo ejercicio de la función pública (p. 150).

Abanto Vásquez (2001) sobre la tentativa refiere que es posible, y puede pensarse en el desarrollo de actos de ejecución destinados a ejercer la función pública, sin conseguirlo, por ejemplo, la asunción de funciones para a continuación ejercer ilegítimamente (p. 71), que es acertado, puesto que además arrogarse la cualidad de funcionario público no es suficiente para la configuración del tipo penal y menos para que se configure en grado de tentativa, la exigencia para que tenga la calificación de delito tentado es la asunción de funciones. Comúnmente podría pensarse que la asunción configura el delito de usurpación de funciones, sin embargo, para que esto suceda es necesario el ejercicio o la realización de actos funcionariales, por lo tanto, la asunción de funciones configura el delito en grado de tentativa.

B. Continuación arbitraria de la función pública (segunda modalidad)

a. Sujeto activo

Donna (1998) señala que “sujeto activo sólo puede ser una persona que ha asumido funciones públicas, pero legalmente ha dejado de ser funcionario” (p. 149).

Abanto Vásquez (2001) señala que sujeto activo puede ser un funcionario que ha sido destituido, cesado, suspendido o subrogado en el cargo, pero que, no obstante, desempeña sus funciones (sigue ejerciendo) (p. 73) y aclara que sujeto activo no puede ser quien está de licencia, pues sigue teniendo capacidad funcional, y habiendo ante ello solo la posibilidad de una sanción administrativa.

Reátegui Sánchez (2019b) señala que debido a que el sujeto activo se encuentra destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo, por ello, algunos autores lo consideran un “particular” desde el momento en que la cualidad de “funcionario público” queda sin efecto legal (pp. 1054-1055). Al respecto, Rojas Vargas (2007) precisa que, no se trata sencillamente de un particular, se trata en exclusiva de un particular que habiendo sido un funcionario ha devenido en tal (p. 912), razón por la cual, con el desarrollo de la conducta típica concerniente a la intromisión de funciones, este grupo de sujetos al haber devenido en particulares, corresponden con la infracción de deber, puesto que se toma en consideración la calificación funcional ostentada con anterioridad.

b. Conducta típica

Reátegui Sánchez (2019b) señala que otra de las conductas típicas contenidas en el tipo penal del referente análisis es que el agente debe encontrarse destituido, cesado, suspendido y subrogado en el ejercicio de sus funciones (p. 1055). En pocas palabras, el funcionario cesa automáticamente por imperativo legal en los puestos cuya duración fue establecida contractualmente en su inicio.

c. Tipicidad subjetiva

Reátegui Sánchez (2019b) señala que se trata de un delito doloso, puesto que el sujeto activo es consciente de que de su condición de funcionario público ha sido destituido, cesado, suspendido o subrogado, pero continúa ejerciéndolo de todos modos, tratándose entonces de un dolo directo (p. 1057).

d. Consumación y tentativa

La consumación tiene lugar siempre que se lleve a cabo o que se produzca la ejecución de cualquier acto funcional; no hay necesidad de daño y ni siquiera un peligro concreto. Rojas Vargas (2007) sobre la consumación señala que esta se produce con la simple permanencia ilegítima producida por la negativa a dejar el cargo (p. 918).

En principio, es concebible teóricamente la tentativa cuando se producen actos ejecutivos llevados a cabo por el funcionario con el objetivo de continuar realizando actos funcionales, pero sin lograr que estos se cumplan.

C. Usurpación de funciones ajenas (tercera modalidad)

a. Sujeto activo

Creus (1998) refiere que “autor es el funcionario público que ocupa un cargo distinto de aquel cuyas funciones ejerce” (p. 244). Sobre el agente o sujeto activo, Rojas Vargas (2007) señala que es indiscutible que sujeto activo solo puede ser el funcionario público (p. 914).

Abanto Vásquez (2001) precisa al respecto que el funcionario público es el sujeto activo, independientemente de que esté en desempeño o en pleno ejercicio de su cargo, dicho de otro modo, un funcionario que es suspendido, subrogado, destituido o cesado, puede seguir siendo considerado sujeto activo (pp. 76-77), caso contrario, existiría impunidad inexplicable, puesto que la “suspensión” no excluye el carácter funcional del individuo. La atribución de una pena resulta acertada, dado que, una persona que es incapaz incluso de desempeñar su propia función menos capaz sería de desempeñar una función correspondiente a otro funcionario.

b. Conducta típica

Creus (1998) señala que la conducta típica radica en realizar funciones correspondientes a un cargo distinto del que ocupa el agente (p. 244), usurpar funciones implica realizar actos funcionariales propios del cargo que no ocupa (ajeno); siendo ello así, no sólo no basta con invocar o afirmar ostentación del cargo ajeno, y tampoco basta con asumir un cargo ajeno sin desempeñar las funciones inherentes al mismo.

Donna (1998) señala que es esencial que las tareas del funcionario público y las que corresponden a un cargo diferente estén claramente definidas, para que así el funcionario público ejerza funciones ajenas (p. 148), que en parte es acertado, puesto que el funcionario desde su ingreso a la Administración Pública tiene pleno conocimiento de las funciones que desarrollará y, por consiguiente, delimitar las funciones que desarrollará con respecto a las funciones de otros cargos es innecesario, por consiguiente, el funcionario en estricto debe ceñirse al desarrollo de sus funciones encomendadas para no incurrir en usurpación de funciones.

c. Tipicidad subjetiva

Subjetivamente, el hecho típico es doloso, solamente es posible el dolo directo. Abanto Vásquez (2001) sobre el dolo eventual señala que, desde un punto de vista teórico, el supuesto del “dolo eventual” está abierto a debate, así: ¿es posible que exista cuando un funcionario tiene dudas sobre su competencia para actuar, pero aun así actúa? (p. 78). Tomemos, por ejemplo, el supuesto en que la decisión sobre la competencia depende de la decisión de un superior, pero el funcionario actúa sin esperar el juicio del superior, que finalmente resulta denegatorio. Con respecto a este caso concreto, son aplicables las consideraciones que se

presentaron en el caso anterior: los casos de dolo eventual no alcanzan una lesividad suficiente para el bien jurídico protegido. En cualquier caso, debe quedar claro que la invasión “culposa” de las funciones de otras personas no se sanciona ni de *lege lata* ni a través de interpretaciones de “dolo eventual”.

Es por ello que, Donna (1998) señala que “la hipótesis de ejercicio de funciones ajenas también resulta compatible sólo con el dolo directo, ya que es necesario que el autor conozca que está ejerciendo funciones propias a un cargo ajeno a su competencia” (p. 149), postura que tiene una mayor relevancia dado que la intromisión en el ejercicio de funciones públicas implica necesariamente el pleno conocimiento de que el comportamiento desplegado no es compatible con las funciones asignadas, con lo cual, es más aceptable que la imputación subjetiva se aplique a título doloso.

d. Consumación y tentativa

Reátegui Sánchez (2019b) señala que el hecho se consuma cuando se realiza el acto funcional que corresponde a otro cargo, para ello no se necesita ninguna ventaja (provecho) para el autor, ni tampoco ningún perjuicio para la Administración Pública o cualquier otra consecuencia de cualquier tipo (p. 1059).

Abanto Vásquez (2001) señala que existe la posibilidad de tentativa cuando un funcionario realiza (ejecuta) actuaciones administrativas destinadas al ejercicio ilegal, como la simple asunción del cargo de otra persona (p. 79), sin embargo, parece que este caso ya está comprendido en la primera alternativa (como tentativa), teniendo en cuenta que el funcionario público también puede ser sujeto activo. Por ello, es preciso señalar que no basta arrogarse la cualidad funcional correspondiente al cargo del cual se pretende

desempeñar funciones públicas, la calificación de delito tentado sólo será plausible con la asunción del cargo distinto al que le corresponde.

2.2.6. Particularidad del agente en la segunda modalidad delictiva

La segunda modalidad del delito de usurpación de funciones con mención al sujeto activo señala que corresponde al funcionario que ha sido destituido, cesado, suspendido o subrogado, así, Rojas Vargas (2007) precisa que “no se trata simplemente de un particular, sino exclusivamente de un funcionario que ha devenido en particular” (p. 912), en ese entender, si es acertado señalar que el agente de esta modalidad es un particular, sin embargo, en contraste con aquel particular al que hace mención la primera modalidad delictiva, que no presenta ninguna calificación funcional, es notoria la diferencia entre ambos agentes de las referidas modalidades de comisión, por cuanto, el agente de la segunda modalidad al haber devenido en un particular seguirá manteniendo la calificación funcional ostentada más no la habilitación para el ejercicio de las funciones públicas realizadas con anterioridad. Así, el agente de la primera modalidad que nunca ha tenido calificación funcional tendrá eventualmente un menor entendimiento de las funciones públicas a usurpar que aquel agente que con anterioridad ha desarrollado funciones públicas y que arbitrariamente continúa desarrollando.

El agente descrito en la segunda modalidad que ha devenido en particular al haber detentado con anterioridad funciones públicas, no pierde la calificación funcional, pero sí la habilitación para el desarrollo de la función pública, v. gr. el presidente del Banco Central de Reserva luego de cesar en el ejercicio de sus funciones no perderá indefectiblemente la calificación funcional ostentada con anterioridad, solo la habilitación para el ejercicio de la función pública que arbitrariamente continúa desarrollando. En ese entendimiento, la conducta del agente descrito en la segunda modalidad se

corresponde con la infracción de un deber funcional, consecuentemente, Abanto Vásquez (2003) señala que “la actividad del (ex)funcionario se prolonga como si no hubiera mediado cesantía o suspensión” (p. 116), razón por la cual, el injusto penal que describe la acción ilícita del agente funcionalmente calificado en la segunda modalidad es distinto al injusto penal que enviste al agente sin calificación funcional de la primera modalidad delictiva. En relación a la continuación arbitraria de la función pública, continuar significa que la actividad del funcionario se prolonga como si no hubiera mediado cesantía, destitución, suspensión o subrogación, así, la referida continuidad pasa de lo lícito a lo ilícito.

El funcionario público que ha devenido en particular, al haber desarrollado funciones públicas, mantiene calificación funcional pero, no la habilitación para el ejercicio de las mismas que arbitrariamente continúa ejerciendo, así, Roxin (1997) señala que “en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad” (p. 338), razón por la cual, se colige que esta modalidad de comisión del delito de usurpación de funciones corresponde con un delito especial, puesto que, la cualidad especial en el agente es haber desarrollado funciones públicas en el cargo que realiza una continuación arbitraria.

En referencia al agente que describe la segunda modalidad delictiva, al prolongarse la actividad funcional del sujeto funcionalmente calificado como si no hubiera mediado cesantía o suspensión, exige en este grupo de sujetos una determinada cualidad, consistente en una posición de deber especial extrapenal, por lo que es precisa su correspondencia con delitos de infracción de deber, no correspondiendo la referida modalidad delictiva con un delito de dominio. Villavicencio Terreros (2006) señala que “la infracción de deber siempre fundamentaría la responsabilidad del sujeto obligado especial y no sólo la agravaría” (pp. 306-307), así, tratándose de un sujeto funcionalmente calificado que continúa arbitrariamente ejerciendo funciones públicas, se encuentra en una posición de deber

especial extrapenal, y, es la infracción del deber siempre fundamento de la punibilidad además de agravar la conducta ilícita.

Resulta incongruente parificar punitivamente, con el propósito de sancionar con la misma pena al agente funcionalmente calificado que ha devenido en particular y realiza una continuación arbitraria de las funciones públicas en contraste con el particular que no ha desarrollado funciones públicas y las usurpa. Habiendo entendido que la actividad del exfuncionario se prolonga como si no hubiese mediado cesantía o suspensión, la distinción o diferenciación entre un particular y un funcionario público tiene una razón de ser y es de vital importancia en Derecho Penal porque produce consecuencias en materia de penalidad, prescripción e inhabilitación. Este grupo de sujetos funcionalmente calificados, por la preeminencia del cargo, la exclusiva ubicación en la estructura jurídica estatal, hace de sus funciones una tarea delicada, las cuales deben corresponderse con sujeción a deberes y principios que inspiran la función pública, situación distinta al particular.

Existen causas de justificación que en la práctica concurren, así, puede presentarse un estado de necesidad cuando el funcionario cesado continúa ejerciendo funciones para evitar los daños que ocasionen una omisión del servicio, no bastando la simple posibilidad, siendo necesario una probabilidad de un peligro actual e insuperable, v. gr. esta situación casi no se presentará en el juez que quiere evitar demoras en los trámites al haber cesado, pero si, en el médico de un centro de salud rural donde su sustitución por un nuevo funcionario puede tardar ocasionando graves daños ante una situación de emergencia en dicha zona, así, la continuación en el ejercicio de la función ante una pandemia es justificada al presentarse un estado de necesidad.

Entonces, la calificación funcional no se pierde al haber cesado en el ejercicio de la función pública, ni menos se volverá a adquirir con la inhabilitación para el ejercicio de las mismas, entonces, es de señalar

que la calificación funcional es inherente al individuo en cuestión, que, en la presente particularidad, con relación al agente de la segunda modalidad, no se trata simplemente de un particular, se trata de un funcionario o servidor público que ha devenido en particular. Abanto Vásquez (2003) al respecto de la segunda modalidad delictiva señala que “se trata de un delito funcional especial” (p. 118), puesto que la actividad funcional se prolonga como si no hubiese mediado una cesantía o suspensión en el ejercicio de las funciones públicas.

En ese entendimiento, resulta irrazonable que pueda compararse en atribución de cualidades subjetivas (calificación funcional) a sujetos particulares que nunca han desarrollado funciones públicas frente a quienes si las han desarrollado y que arbitrariamente continúan ejerciendo o usurpan funciones de cargo distinto al que les corresponde. Es aquella calificación funcional que denota un mayor injusto penal ante la transgresión de relaciones de garantía, así Peña Cabrera Freyre (2010) señala que “la responsabilidad subjetiva es mayor al transgredir relaciones de garantía o de infracción de deber funcional” (p. 72), y al prolongarse la actividad funcional como si no hubiese mediado una cesantía o suspensión en el ejercicio de las funciones públicas, corresponde la segunda modalidad del delito de usurpación de funciones con un delito de infracción de deber.

2.2.7. Determinación judicial de la pena

Cuando se ha demostrado que se ha producido un hecho delictivo y que el Estado tiene un interés legítimo en castigar esa conducta, es necesario determinar la consecuencia jurídico-penal correspondiente al delito cometido.

Los tribunales son responsables de establecer una serie de importantes aspectos al momento de expedir sentencia, siendo uno de los más importantes la individualización o determinación judicial de la pena que se impondrá. Reyna Alfaro (2016) señala que precisamente y mediante la individualización judicial de la pena, es el

medio por el que la reacción punitiva del Estado se hace notoria en toda su intensidad (p. 188), la sanción penal individualizada y orientada por los fines de las teorías mixtas (preventivos, retributivos y resocializadores) representa la facultad punitiva del Estado que conforme a un Estado Constitucional de Derecho busca la protección de bienes jurídicos esenciales para la convivencia en sociedad. Esta reacción punitiva, la cual se hace notoria en toda su intensidad, se impone con sujeción a los principios de mínima intervención (*última ratio*) y de prohibición en exceso, garantizando la legitimidad de su aplicación.

En comparación con la determinación legal de la pena, que lleva a cabo el legislador en el momento de establecer normativamente la consecuencia jurídica, el proceso de individualización judicial de la pena es incuestionablemente distinto y es posterior a la determinación legal de la misma, distinción que en suma es importante porque permite marcar la diferenciación entre pena abstracta y pena concreta. Reyna Alfaro (2016) señala que en el proceso de criminalización primaria, la primera se refiere a la pena legalmente establecida por el legislador, y en el proceso de criminalización secundaria, la segunda se refiere a la pena ya individualizada por el operador del sistema de justicia penal (p. 189), es necesario precisar que, el proceso de criminalización secundaria, que comprende la determinación judicial de la pena, implica un proceso más complejo que la simple determinación de los tipos penales por parte del legislador que a veces es deficiente, puesto que la aplicación de los mismos están sujetos a parámetros que deberán ser evaluados por el operador judicial a razón de los elementos del delito, para así graduar razonablemente la pena en correspondencia con el injusto penal.

La diferencia “pena abstracta-pena concreta” ayuda a comprender que el proceso judicial de individualización de la pena es un mecanismo secuencial que comienza con la determinación de la pena fijada por el legislador, para que en segundo lugar y en función de estos márgenes, determinar la pena aplicable al caso concreto y la

forma en que se atribuirá la misma. La individualización judicial de la pena permite pasar de la abstracción de la ley a la concreción de la pena en función del caso juzgado.

Tras esta segunda fase de individualización judicial de la pena, que es la fase en la que se determina la pena concreta, se añade una tercera fase complementaria en la que se tienen en cuenta las condiciones excepcionales de atenuación o agravación de la pena, como, por ejemplo, terminación anticipada, conclusión anticipada, la confesión sincera, colaboración eficaz, entre otros.

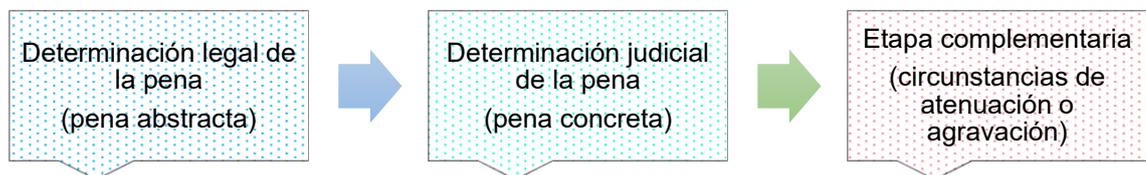
Sobre el proceso de determinación de la pena regulado en el Código Penal, García Caveró (2012) señala que se constituye un proceso complejo y refiere que como primer paso, el legislador debe determinar el tipo de pena que el juez puede imponer al agente en función del delito cometido, además, debe establecer la pena máxima o mínima, también conocida como (marco penal abstracto), dentro del cual se desplazará el juez para determinar la pena concreta (p. 822), sin embargo, es importante señalar que el juez no lleva a cabo de forma independiente el proceso de individualización de la pena basado en el marco penal abstracto.

Además, el legislador penal proporciona algunos criterios generales que concretan parcialmente el marco legal abstracto (también conocido como marco abstracto-concreto). Por un lado, el legislador prevé un conjunto de circunstancias que varían la responsabilidad penal, aumentando o disminuyendo el marco penal inicial previsto. Por otro lado, el legislador es responsable de establecer las reglas a las que hay que atenerse para determinar el marco penal abstracto en determinados supuestos de concursos de delitos. Con el marco penal que resulta de la eventual aplicación de reglas que se han discutido anteriormente, es responsabilidad del juez determinar la pena concreta que se atribuirá al autor, teniendo en cuenta ciertas condiciones específicas que proporciona la ley.

Con el establecimiento de los arts. 45 y 46 del Código Penal, el mecanismo legal de individualización judicial de la pena reduce el margen de discrecionalidad judicial en la medición de la pena, garantizando adicionalmente la vigencia del principio de seguridad jurídica de una manera más efectiva al lograr una mayor previsibilidad de las decisiones judiciales. En términos concretos, podemos señalar que la “determinación judicial de la pena” se refiere a todas las actividades creadas por el operador jurisdiccional con el fin de determinar, cualitativa y cuantitativamente, la sanción que se va a imponer en el caso que ahora está bajo revisión judicial. Así, en resumida cuenta, este procedimiento se utiliza para evaluar y deliberar sobre el tipo, la cantidad y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia adicional que sea conveniente.

Figura 3

Determinación de la pena



Nota: Elaboración propia

2.3. ASPECTOS NORMATIVOS

Entiéndase por aspectos normativos al conjunto de leyes y demás normas con rango inferior, equivalente o superior que componen el problema de investigación. En ese sentido, el desarrollo de la presente investigación discurre sobre el artículo 361 del Código Penal peruano vigente, el cual contiene el tipo penal del delito de usurpación de funciones, el mismo que en líneas venideras ya ha sido descrito.

Sobre el tipo penal en cuestión, Rojas Vargas (2007) señala que a lo largo de la historia, entre las distintas formas de actividades delictivas vinculadas a la usurpación de funciones, atribuciones y títulos estuvieron vinculados a expresiones de falsedad (p. 895), fue en el Derecho Romano donde la orientación jurídico-legislativa tuvo su origen, castigando las usurpaciones públicas bajo la denominación de falsedades, esta orientación adquirió impulso en los numerosos códigos penales españoles que se sucedieron en los siglos XIX y XX. En cuanto a la evolución jurídico legislativa de los códigos francés e italiano del siglo XIX, Francia optó por ubicar las figuras penales de usurpación bajo el título de delitos contra la función pública, e Italia bajo el título de delitos contra la Administración Pública (Rojas Vargas, 2007).

Nuestra legislación penal, siguiendo la orientación italiana de catalogar la usurpación de funciones en los delitos contra la Administración Pública, la realiza acertadamente a razón de la “conducta típica” consistente en la intromisión de funciones, pertinentemente no tomando en consideración las características del agente, puesto que, como se ha señalado, existe un debate en cuanto a la usurpación de autoridad y a la usurpación de funciones, que ha sido resuelto primando la conducta típica.

Abanto Vásquez (2003) refiere que, al tipificar los delitos, el legislador comienza con la descripción de varias conductas que van contra bienes jurídicos (p. 20). Pudiendo estas consistir, en primer lugar, en el comportamiento de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, pueden incumplir sus responsabilidades atentando contra los intereses patrimoniales o personales de la Administración Pública o de las personas; en segundo lugar, el comportamiento de los particulares que, en forma individual o en cooperación con funcionarios públicos, participan en actividades dirigidas contra los diversos intereses de la Administración Pública.

La técnica italiana adoptada, de catalogación consistente en la lesión de bienes jurídicos es acertada, aunque presenta sus deficiencias. Así, por ejemplo, tenemos el tipo penal en estudio que regula la conducta típica de

usurpación de funciones públicas sin hacer distinción en cuanto a la atribución de responsabilidad penal diferenciada, por cuanto, el tipo penal anotado contiene modalidades de comisión concernientes a la infracción de deber, lo que implica un mayor reproche penal. Abanto Vásquez (2003) refiere que es importante señalar que esta clasificación no es totalmente exacta, ya que en ambos grupos a veces pueden encontrarse descripciones típicas que prevén la comisión del delito por sujetos de otro grupo u otra calificación (p. 19).

El art. 320 del Código Penal de 1924 es la fuente directa del referido tipo penal, y es común en la doctrina diferenciar entre usurpación de funciones y usurpación de autoridad.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este apartado del trabajo de investigación, en la labor de realizar la contrastación de la hipótesis inicialmente fue planteada, atañe verificar la exactitud de la misma, labor que se realiza en vinculación directa con el objetivo general que ha sido determinar los fundamentos jurídicos para sustentar la distinción de penalidades en el referido tipo penal contenido en el artículo 361 del Código Penal, distinción de penalidades en la que se plantea mantener el marco punitivo en la primera modalidad que es referente a un delito común por la cualidad del sujeto activo; elevar notablemente el marco penal en las modalidades concernientes a delitos de infracción de deber; y, en igual sentido, las circunstancias agravantes serán elevadas en forma proporcional, a las modalidades de comisión descritas.

En la investigación, la hipótesis tentativamente planteada, referente a los fundamentos jurídicos para sustentar la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones, son: i) Materialización de los principios de proporcionalidad y culpabilidad; ii) Observancia al principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos; e, iii) Interrelación de los delitos de infracción de deber con el grado de injusto de las conductas.

De tal manera que, con la finalidad de contrastar la hipótesis, vamos a utilizar todas las bases teóricas y doctrinarias especializadas que han sido materia de desarrollo en el apartado concerniente al marco teórico de la investigación. Habiendo desplegado el marco teórico, utilizaremos además los métodos de la investigación; así, fueron usados métodos generales (método hipotético-deductivo, método analítico-sintético y método inductivo-deductivo) y métodos propios del Derecho (método dogmático, método argumentativo y método hermenéutico).

Los fundamentos jurídicos para sustentar la distinción de penalidades en el delito de usurpación de funciones son:

3.1. MATERIALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD

La severidad de la pena impuesta debe corresponder necesariamente a la gravedad del delito concreto que se juzga, si la pena no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado, es, por tanto, desproporcionada.

Según reconoce el principio de proporcionalidad, la intensidad de la pena debe ser igual a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho), así, Villavicencio (2006) sostiene que “la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente” (p. 116), según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado, la función de la culpabilidad no queda únicamente en el hecho de ser fundamento de la pena, y así, la culpabilidad que sirve para medir la pena aplicable ofrece un conjunto de aspectos relevantes para la determinación de la magnitud de la pena en el caso concreto, por ello, está referida a la responsabilidad del autor por la gravedad socialmente determinada del hecho ilícito realizado, que es, por el injusto culpable.

Fuentes Cubillos (2008) refiere que la determinación de la pena implica un área en la que no convergen únicamente argumentos relativos al hecho delictivo realizado y vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también implica una argumentación centrada en la teoría de los fines de la pena (p. 20). Ilustrando lo referido, el principio de proporcionalidad a modo de ejemplo implica que la actuación dolosa sea calificada como más grave que la culposa, que la sanción penal del hecho delictivo en grado de tentativa sea menor que habiéndose configurado el hecho delictivo, que la sanción penal sea mayor cuando el agente es un sujeto funcionalmente calificado que cuando es simplemente un particular. En las modalidades de comisión del tipo penal en análisis, según la primera modalidad corresponde a un delito común, mientras que las dos siguientes modalidades corresponden a

delitos especiales propios. Importa un menor reproche penal cuando en la comisión de un delito no se exige ninguna cualidad especial en el agente, que se condice con la primera modalidad del tipo penal en análisis; por el contrario, cuando el agente ostenta cualidades especiales, importa un mayor reproche penal, que se condice con la segunda y tercera modalidad de tipo penal en análisis, dado que la infracción del deber implica mayor gravedad en el injusto.

La primera modalidad de comisión del delito de usurpación de funciones, en cuanto a la materialización de los principios de proporcionalidad y culpabilidad en la determinación de la pena, por la cualidad del sujeto activo, se trata de un delito común; el sujeto activo puede ser cualquier persona. Ante la comisión del referido delito en esta primera modalidad (delito común), el legislador ha determinado conveniente establecer un marco penal de entre cuatro a siete años de pena privativa de la libertad. Conforme refiere Roxin (1997) la culpabilidad como fundamento para la medición de la pena compete al supuesto de hecho y a todos los momentos que tienen relevancia para la magnitud de la pena al caso concreto (p. 814), entonces, la pena está sustentada en la responsabilidad penal del autor, y así el grado o la cuantía de la culpabilidad es determinada por la dimensión de los daños ocasionados. La injerencia de un *extraneus* en las esferas de la Administración Pública, desarrollando estas funciones propias de un funcionario o servidor público, y que, al no contar con la habilitación, conocimiento y eventual experticia o calificación funcional para tales funciones, deviene en la lesión del bien jurídico protegido que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, los resultados a producirse, de forma poco probable, pueden tratarse de poco severos por la falta de conocimiento y calificación funcional del agente.

La segunda modalidad de comisión del delito de usurpación de funciones, y en cuanto a la materialización de los principios de proporcionalidad y culpabilidad en la determinación de la pena, que, por la cualidad del sujeto activo se trata de un delito especial propio, puesto que el sujeto activo no puede ser cualquier persona, se exige en el agente cualidades especiales, esto es, que sea funcionario o servidor público, que hallándose destituido,

cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo. Se trata entonces de un delito de infracción de deber, puesto que el sujeto activo presenta cualidades especiales, es una persona calificada, con conocimiento y calificación funcional para el desarrollo de sus funciones, y que por su condición (funcionario o servidor público) guarda una inmediata proximidad con la Administración Pública, que debiendo velar por el correcto funcionamiento de la misma, termina lesionando el bien jurídico protegido. Ante esta eventualidad (infracción de deber), el legislador no ha hecho ninguna distinción en cuanto a la atribución de una responsabilidad penal, y se ha establecido un marco penal de entre cuatro a siete años de pena privativa de la libertad. Si la pena está sustentada en la responsabilidad penal del autor, entonces el grado o la cuantía de la culpabilidad es determinada por la dimensión de los daños ocasionados. Razón por la cual, la injerencia de un *intraneus* en las esferas de la Administración Pública al realizar una continuación arbitraria de sus funciones, lesiona el correcto funcionamiento de la misma, puesto que no se encuentra habilitado para desarrollar las funciones que realizaba, pero tiene el conocimiento adquirido, y, por tanto, la calificación funcional para hacerlo, pero que, por determinadas causales y razones motivadas fue separado de la Administración Pública, entonces de continuar ejerciendo sus anteriores funciones, existe la posibilidad de que utilice su conocimiento y calificación funcional para un beneficio propio o de terceros, o para simplemente lesionar el normal y correcto funcionamiento de la referida, y los resultados producidos serían aún más graves comparados con los resultados que podría producir el agente de la primera modalidad (sujeto no calificado) del delito de usurpación de funciones.

Garrido Montt (2001) sosteniendo que “la sanción debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetos político criminales perseguidos” (p. 49), entonces, la proporcionalidad en la determinación de la pena está determinada por la infracción de deber, que debiendo el funcionario o servidor público velar por el correcto funcionamiento de la Administración Pública lesiona la misma como resultado de sus acciones. Razón por la que, por el conocimiento,

eventual experticia y proximidad inmediata que tiene el *intrañeus* con el bien jurídico protegido, es que el *quantum* de la pena debe elevarse en lo referente a la comisión del delito de usurpación de funciones en su segunda modalidad.

La tercera modalidad de comisión del delito de usurpación de funciones, en cuanto a la relación existente con la materialización de los principios de proporcionalidad y culpabilidad en la determinación de la pena, está determinada con el grado de culpabilidad del autor del hecho punible, que al corresponder la presente modalidad de comisión con un delito de infracción de deber o delito especial propio, se debe corresponder con el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena.

El sujeto activo que regula la tercera modalidad refiere a un sujeto calificado funcionalmente, que, ante un eventual comportamiento contrario a sus funciones, usurpa funciones ajenas a las que le corresponde y termina lesionando el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que es el bien jurídico protegido. García Caveró (2012) señala que una correspondencia valorativa entre la gravedad del acto ilícito realizado y la pena legalmente prevista es una expresión de la relación de equilibrio (p. 835), por cuanto, la culpabilidad del sujeto activo de esta modalidad reside en que, siendo este funcionario o servidor público y que, por ende, es una persona calificada, con conocimiento y eventualmente experticia para el desarrollo de sus funciones, que denota una mayor gravedad del acto ilícito al realizar funciones del cargo que no le corresponde, existiendo la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto. El grado de culpabilidad está determinado por el grado de la lesión del bien jurídico que es transgredido, y tratándose de un sujeto cualificado, esto es, con conocimiento y eventual experticia, existe la probabilidad de que el resultado sea en extremo grave.

El principio de proporcionalidad en la determinación de la pena está determinado por la infracción de deber, que debiendo estos sujetos funcionalmente cualificados, infringen una serie de principios y deberes que erigen la función pública, teniendo, por lo tanto, un mayor reproche, y a

mayor reproche (culpabilidad) mayor pena (proporcionalidad). Así, este principio (proporcionalidad) requiere una necesaria implementación con la diferenciación en el marco penal para este grupo de sujetos (funcionarios y servidores públicos) que ejercen funciones correspondientes a cargo diferente del que tienen.

Villavicencio Terreros (2006) señala que la pena debe ser proporcional al daño creado por el agente, teniendo en cuenta el grado de culpabilidad y el daño social causado (p. 116), siendo ello así, la proporcionalidad de la pena que, por la comisión del delito de usurpación de funciones a razón de la primera modalidad y por los probables resultados en la lesión del bien jurídico por parte de una persona sin habilitación para el cargo y, por lo tanto, sin estar calificado para tales funciones, las cuales usurpa, viene a justificar el *quantum* de la pena, que es de entre cuatro a siete años, el daño social causado se prevé menor, por cuanto, no tiene calificación, conocimiento o eventualmente experticia para lesionar considerablemente el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

El principio de proporcionalidad se complementa con el principio de culpabilidad, puesto que, limita la pena en proporción de la culpabilidad (Villavicencio, 2006) entendiendo el principio de culpabilidad en términos de la responsabilidad subjetiva por el hecho ilícito, la responsabilidad subjetiva es mayor al transgredir relaciones de garantía o de infracción de deber funcional (Peña Cabrera Freyre, 2010) consecuentemente, la descripción de la conducta típica contenida en la segunda y tercera modalidad del tipo penal *sub examine*, expresan una mayor responsabilidad subjetiva, que debe corresponderse con una pena en proporción al injusto que representan.

La gravedad del injusto cometido es mayor cuando se trata de delitos especiales; y, en la segunda y tercera modalidad de comisión del delito de usurpación de funciones, las cuales refieren a la infracción de deber, al requerir cualidades especiales en el agente, por el deber de cuidado que le es inherente al sujeto activo, la conducta lesiva en el bien jurídico presenta un mayor grado de culpabilidad, siendo esto así, la pena debe incrementarse. El sustento en el incremento de la pena en estas dos

modalidades de comisión, como se viene señalando, radica en las cualidades del agente; así, un agente calificado con conocimiento en la materia para el desarrollo de sus funciones y que, por la inmediatez con el bien jurídico protegido, puede lesionarlo a su conveniencia o beneficio propio o de terceros.

Es acertado señalar que el principio de proporcionalidad busca la consecución de un fin protegido constitucionalmente, entendiendo que constituye parte de una obligación del Estado mantener el orden constitucional, y para el presente estudio, dicho fin constituye una expresión del poder punitivo estatal de perseguir las conductas que vulneren el señalado orden constitucional, atribuyendo sanciones penales en correspondencia con el hecho ilícito realizado. Es así que, analizando la distinción de penalidades en la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones mediante los subprincipios del principio de proporcionalidad, los cuales conforman el test de ponderación y son: i) Principio de idoneidad; ii) Principio de necesidad; y, iii) Principio de proporcionalidad en sentido estricto; se logra justificar el objetivo de realizar la mencionada distinción.

Respecto al subprincipio de idoneidad, que conforme a Mariscal Rivera (2019) señala que es necesario que toda injerencia en los derechos fundamentales sea idónea para contribuir a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, por consiguiente, la diferenciación de penalidades, por cuanto, el sujeto activo tiene calificación funcional importa un mayor grado en el reproche penal, resulta justificada la injerencia sobre los derechos fundamentales atribuyendo una mayor sanción penal, la cual está justificada por la consecución del fin constitucionalmente legítimo que es atribuir una sanción penal en correspondencia con la calificación especial del agente. Entonces, al diferenciar las penas para los agentes funcionalmente calificados que usurpando funciones públicas vulneran relaciones de garantía o de infracción de deber, se logra sancionar de manera idónea alcanzando el fin constitucionalmente protegido que es mantener el orden constitucional, por cuanto, el reproche penal es mayor en los delitos especiales o de infracción de deber.

En relación al subprincipio de necesidad, conforme señala García Caveró (2012) una pena prevista legalmente será proporcionada si el efecto preventivo deseado de protección de bienes jurídicos no puede realizarse con una pena cuantitativa o cualitativamente menos severa, cuestión que no tiene correspondencia en la segunda y tercera modalidad el delito de usurpación de funciones dada la trascendencia del bien jurídico que es lesionado, no pueden atribuirse sanciones penales menos severas como penas restrictivas de la libertad, penas limitativas de derechos y penas de multa, el efecto preventivo que se pretende lograr es proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, los potenciales agentes sean funcionarios o servidores públicos importando un mayor reproche penal por la infracción de deber, correspondiendo consecuentemente atribuir una pena privativa de la libertad diferenciada para este grupo de sujetos calificados funcionalmente.

En lo concerniente al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme a García Caveró (2012) la determinación de si existe un desequilibrio evidente, excesivo o irrazonable entre la pena y el objetivo de la norma es lo que constituye el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El objetivo de la norma penal contenida en el artículo 361 del Código Penal es proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública haciendo punible la usurpación de funciones públicas, y conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, existe desequilibrio evidente entre la pena y el objetivo de la norma, por cuanto, la pena resulta incoherente con las características funcionales que ostenta el agente de la segunda y tercera modalidad del tipo penal de usurpación de funciones, que lo hace un sujeto activo calificado. Centrado el planteamiento de diferenciar las penalidades en las referidas modalidades de comisión del tipo penal de usurpación de funciones, se prevé la inexistencia de una correspondencia valorativa entre la gravedad del acto ilícito, por cuanto, el agente es un sujeto calificado funcionalmente y la pena prevista, denotando una relación de desequilibrio, puesto que, no se toman en consideración, conforme señala García Caveró (2012) aquellas circunstancias particulares que permiten tomar en consideración la gravedad de la conducta delictiva (p. 865), por

tanto, la pena no es administrada en forma proporcional en conformidad con la gravedad del injusto o el grado de lesividad de las conductas.

En ese entender, el principio de proporcionalidad se corresponde con el principio de culpabilidad por el posible mayor grado en la lesión del bien jurídico protegido, que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Los principios de proporcionalidad y culpabilidad están vinculados en la determinación de la pena, consecuentemente, la responsabilidad penal ha de ser distinta en relación a la comisión del mismo tipo penal por sujetos activos con cualidades distintas, la pena debe encontrarse estrictamente arreglada a la culpabilidad, no pudiendo sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

Es en el proceso de la determinación judicial de la pena que mejor entendimiento se extrae, puesto que el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido (Reyna Alfaro, 2016), así, la gravedad que representa la comisión del tipo penal *sub examine* en lo concerniente a las modalidades referentes a la infracción de deber, siendo que la responsabilidad del agente debe ser vinculada a la responsabilidad por el hecho y la pena a atribuir no debe sobrepasar ni ir por debajo de la misma, que, según la doctrina dominante, regula el principio de culpabilidad.

La prerrogativa de ostentar la calificación de funcionario o servidor público conlleva la responsabilidad de realizar una correcta administración de lo público, en ese sentido, la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones (delitos de infracción de deber), que, con base en los principios de la previsión legal e imposición de la pena, principios de proporcionalidad y culpabilidad en conjunto, por la cualidad de los sujetos activos (delitos funcionariales) la pena debe ser mayor. A nuestro planteamiento sobre un marco penal más elevado, sobre los delitos de infracción de deber, conforme a Abanto Vásquez (2003) si se constata la existencia de un “deber especial” que solamente recae en funcionarios públicos debido a su cercanía con el bien jurídico tutelado, las conductas más graves y merecedoras de mayor sanción penal deberán ser las

cometidas por ellos, por la cercanía e inmediatez con el bien jurídico protegido.

En el principio de culpabilidad, se trata, por tanto, de considerar todos los aspectos del delito que inciden en su gravedad, así, aspectos a considerar en las dos modalidades del delito de usurpación de funciones concernientes a delitos de infracción deber son la contravención de un “deber especial” que está referido al deber de cuidado del bien jurídico con el cual estos (funcionarios y servidores públicos) tienen contacto. Conforme precisa Balmaceda Hoyos (2008) la magnitud del daño producido sobre el bien jurídico, por cuanto, intervienen sujetos calificados funcionalmente, devendría en mayor, puesto que, conforme señala Cury Urzúa (2005) tomando en cuenta la gravedad del injusto producido por un sujeto calificado, el agente, mediante el conocimiento que tiene, prevé los resultados de su conducta, y a pesar de ello ejecuta la intromisión de funciones.

La infracción de deber siempre fundamenta la responsabilidad del sujeto obligado especial y no solo la agrava; por ello, la infracción del deber siempre fundamenta la punibilidad. Por lo que elevar el marco penal en las modalidades en controversia se justifica por el mayor reproche penal, Villegas Paiva (2014) señala que la sanción penal se cree con una cuantía tal que sea proporcional al hecho lesivo, así, la gravedad de la conducta no se determina por la simple lesión de un objeto que materializa el bien jurídico penalmente protegido, sino que se determina a partir del sentido comunicativo que le corresponde en el plano social (infracción del deber), siendo este, fundamento para determinar la gravedad de la conducta.

Razón por la cual, la vigente regulación del tipo penal de usurpación de funciones presenta una notoria incongruencia en la redacción, ello al atribuir o señalar el mismo *quantum* en la responsabilidad penal en sus diversas modalidades de comisión, violando el principio de proporcionalidad prescrito en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que dispone que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho ni ir por debajo de ella, de manera que las sanciones deben tener una determinada relación con el daño social que provoca el incumplimiento del tipo penal. La

vulneración del principio de proporcionalidad conforme precisa Villavicencio Terreros (2006) es producida porque no existe coherencia mínima entre la previsión de los daños y la magnitud de las penas, puesto que el legislador nacional, al momento de subsumir la conducta típica en el correspondiente tipo penal y así determinar la pena legal, debió haber tenido en cuenta la relevancia de la ilicitud y el grado de responsabilidad del agente.

En suma, la dimensión social y la pluralidad de perspectivas que convergen en la realización del acto ilícito determina la proporcionalidad de la pena, debiendo entonces la pena ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad o la misma debe corresponder al grado de culpabilidad, sosteniendo Roxin (1981) al respecto que, la extensión y la gravedad de la pena en ningún caso puede ser superior al grado de culpabilidad y además no es aceptable imponer una pena menos severa de lo que justifica el grado de culpabilidad.

La materialización de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, consecuentemente, será alcanzada, cuando se determine la atribución de responsabilidad penal diferenciada en el tipo penal *sub examine*, puesto que, parificar punitivamente conductas ilícitas con distinto grado de injusto penal, transgrede la aplicación de estos principios en el proceso de criminalización primaria, por lo tanto, el legislador nacional en relación al injusto penal en los delitos de infracción de deber, debe tener en consideración que la infracción de deber siempre fundamenta la responsabilidad del sujeto obligado especial y la agrava.

3.2. OBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD O EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS

El principio de lesividad está centrado en la lesión que podría producir un comportamiento ilícito sobre un bien jurídico, que implica la tendencia a la creación de un riesgo desaprobado o la producción del resultado en sí. Villegas Paiva (2014) señala que el daño a un bien jurídico debe corresponderse con una sanción penal que debe ser proporcional al daño causado por el agente. Conforme a ello, ostentar un cargo funcional

público implica el deber de cuidado de la función pública, por cuanto, el sujeto activo tiene conocimiento y calificación funcional, pero transgrediendo la confianza pública otorgada, defrauda al Estado incurriendo una infracción de deber, la cual tiene un mayor reproche debiendo conllevar a la atribución de una sanción penal más elevada, por cuanto, ha contravenido relaciones de garantía en el ejercicio de la función pública.

La magnitud de la ofensa del bien jurídico es un aspecto que debe analizarse además de la lesión o puesta en peligro, puesto que es acertado verificar si la ofensa es significativa o intrascendente, entonces, no toda tendencia a la creación de un riesgo desaprobado o la producción del resultado lesivo amerita la intervención del poder punitivo, solo lo será aquella que resulte importante y en correspondencia con las particularidades del caso, en ese entender la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la Administración Pública es significativa. Además, es preciso señalar que existe una marcada diferencia entre la tendencia a la creación de un riesgo desaprobado y la producción del resultado lesivo, en otros términos, existe diferenciación entre la tentativa y la consumación del delito, y si bien ambos tienen incidencia sobre el bien jurídico, es apropiado recalcar que la afectación en ambos casos es distinta. La realización de un hecho punible en grado de tentativa no llega a producir la lesión del bien jurídico, pero, aun así, es reprochable la acción realizada con intención de su realización; en cambio, la consumación del hecho punible sí llega a lesionar el bien jurídico, teniendo, por lo tanto, un mayor reproche penal. Entonces, no basta la simple lesión de un bien jurídico para atribuir una sanción penal, deberán analizarse otras circunstancias como el grado de ofensividad, el grado de consumación del delito, la cualificación del agente y entre otras para una coherente correspondencia entre la sanción penal con el bien jurídico lesionado.

Diferenciar y elevar el marco penal en la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones, modalidades que corresponden con la infracción del deber, resulta pertinente ante la tendencia de producir un distinto grado de lesión en el bien jurídico por parte de sujetos activos calificados, a los cuales se les reprocha un mayor grado de culpabilidad. Conforme refiere el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal con

mención al principio de lesividad, la pena precisa necesariamente de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, entendiendo ello, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que es el bien jurídico el cual se busca salvaguardar, y con base en la cualidad especial del sujeto activo en la segunda y tercera modalidad de comisión del tipo penal en cuestión, modalidades concernientes a delitos de infracción de deber, corresponde una notoria protección, por cuanto, la cualidad de los sujetos activos (funcionarios o servidores públicos) decaerá en un mayor grado de lesión en el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

La producción del resultado lesivo o la creación de un riesgo sobre el correcto funcionamiento de la Administración Pública centrados en el tipo penal de usurpación de funciones por parte de sujetos cualificados funcionarialmente implica en forma inexcusable la vulneración de un deber jurídico específico por la conducta del agente. La observancia del principio de lesividad tomada en consideración para sustentar la distinción de penalidades en la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones es fundamental, por cuanto, el tipo penal, además de exigir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, debe regular en forma acertada la correspondiente sanción penal. Es preciso señalar que el correcto funcionamiento de la Administración Pública importa un bien jurídico sustancial, por cuanto, funge de nexo entre la sociedad y el Estado y su transgresión acertadamente implica la pena privativa de la libertad, por cuanto, no resulta apropiado otro tipo de pena por la naturaleza del bien jurídico vulnerado. El somero razonamiento de la atribución de una sanción penal por la transgresión de un bien jurídico resulta básico; este procedimiento debe realizarse con base en un razonamiento complejo que ha de tomar en consideración las circunstancias que rodean la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para la subsecuente atribución de una sanción penal en forma eficiente.

En relación a la lesión del bien jurídico en la primera modalidad de comisión, Villavicencio Terreros (2006) sostiene que la conducta lesiva en cuestión haya puesto en peligro un determinado bien jurídico o lo haya lesionado, es determinante para considerarla ilícita (p. 94), entonces, la intromisión por

parte de un *extraneus* en las esferas de la Administración Pública lesiona el correcto funcionamiento de la misma, es así que, la vulneración del principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos en conjunto con el principio de culpabilidad y proporcionalidad en la determinación de la pena, conlleva a la atribución de responsabilidad penal en correspondencia con la calificación del agente.

La lesión del bien jurídico protegido en la segunda modalidad de comisión por parte de funcionarios y servidores públicos, denota una mayor relevancia social, puesto que debería esperarse un comportamiento íntegro por parte del grupo de agentes públicos, así Villegas Paiva (2014) sostiene que la sanción penal debe ser proporcional al daño que se causó al bien (pp. 78-79), la nocividad sobre el bien jurídico por parte de sujetos calificados funcionalmente que vulneran relaciones de garantía con su conducta funcional, deviene en severa. Si bien, para la atribución de una pena resulta necesaria la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la Administración Pública por la infracción de un deber, genera una mayor gravedad, es por ello que el principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos protegidos en esta modalidad debe corresponderse con un marco punitivo diferenciado, porque la lesión al bien jurídico protegido por parte de sujetos con conocimiento y eventual experticia en sus funciones, produce altas expectativas de lesión en mayor grado o intensidad al bien jurídico protegido.

El bien jurídico lesionado por parte de este grupo de sujetos (funcionarios y servidores públicos) al ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que tienen, y conforme Salinas Siccha (2018) refiere, denota una mayor relevancia o trascendencia la conducta funcional por parte de este grupo de sujetos de los cuales debería esperarse un comportamiento conforme a los deberes y principios que inspiran la función pública.

Hassemer (1989) sostiene que la determinación de la pena tomará la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido (pp. 275-285), además, la atribución de una pena se corresponde con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, y la lesión o puesta en peligro del normal y

correcto funcionamiento de la Administración Pública por la infracción de deber, genera una mayor gravedad. La paridad en la determinación del mismo marco penal por parte del legislador, para sujetos activos con diferentes cualidades que lesionan con total diferencia el correcto funcionamiento de la Administración Pública, conlleva a una incongruencia en cuanto a la falta de similitud en la lesión del bien jurídico por parte de sujetos con diferentes cualidades (primera, segunda y tercera modalidad), en correspondencia con el mismo marco penal en las referidas tres modalidades de comisión del referido tipo penal.

La lesión del bien jurídico por parte de sujetos calificados como referente para la determinación del desvalor, conforme precisan Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée (1999) en lugar de un desvalor ético individual expuesto al subjetivismo, se trata de un desvalor social objetivo que surge a partir de relacionar la vinculación de los sujetos con el bien jurídico protegido (p. 31), por consiguiente, el grado de reproche penal viene a estar sustentado en el desvalor social objetivo de la conducta, así, la vulneración de relaciones de garantía ante la infracción de deber por sujetos pertenecientes a la Administración Pública representan un mayor desvalor social, por cuanto, la vinculación de los sujetos funcionalmente calificados con el bien jurídico es inmediata e implica un deber de cuidado. Por ello, la transgresión del bien jurídico al ser realizada por sujetos funcionalmente calificados, los mismos que, debiendo estar ceñidos al cumplimiento de sus funciones que terminan defraudando la confianza otorgada, pueden ocasionar un mayor grado de lesión en el bien jurídico (Peña Cabrera Freyre, 2010). El desvalor social objetivo de la conducta a partir de la relación de sujetos particulares con el correcto funcionamiento de la Administración Pública implica un menor desvalor social, por cuanto, la injerencia en el desarrollo de las funciones sea eventualmente desarrollada por un sujeto sin calificación funcional, que al no estar sujeto a un deber de cuidado no transgrede relaciones de garantía otorgadas en el ejercicio de una función pública.

El tipo penal en la segunda y tercera modalidad expresa un ámbito situacional de vinculación entre sujetos calificados que, ante la infracción de

un deber, denota un significado social desvalorativo, ya que poseen capacidad de generar un riesgo para el bien jurídico protegido (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 1999). Así, la capacidad de generar un riesgo o lesionar el correcto funcionamiento de la Administración Pública es mayor, por cuanto la vinculación de los sujetos con el bien jurídico es inmediata, cercana o próxima y que, abusando o descuidando el deber especial que surge de su rol social, se ocasiona la lesión o puesta en peligro. El desvalor social que es producido por la inconducta funcional en la injerencia de funciones públicas es materializado por la lesión efectiva del bien jurídico o bien por la puesta en peligro. El sujeto activo, al tener una calificación funcional y por ello una vinculación con el bien jurídico, produce el desvalor constitutivo del acto (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 1999) por consiguiente, el principio de lesividad en correspondencia con el grado de lesión del bien jurídico precisa además calificar la existencia de un deber específico transgredido, que, al comprobarse su lesión efectiva o puesta en peligro, importará un mayor reproche penal.

La realización de un hecho punible constituye la lesión de un bien jurídico y así la infracción de un deber también implica la referida lesión, consecuentemente, el contenido del injusto o grado de reproche penal en relación con la lesión en el bien jurídico se determina a través del desvalor de resultado del hecho (lesión efectiva o puesta en peligro) del bien jurídico, y de su desvalor de la acción, que contiene elementos objetivos y subjetivos del tipo (Wessels, Beulke & Satzger, 2018). Los delitos de infracción de deber, como los descritos en la segunda y tercera modalidad, en los que la acción delictiva es realizada por sujetos funcionalmente calificados, precisa señalar que el desvalor de la acción en relación con los elementos subjetivos del tipo, la conducta ilícita al ser realizada por sujetos calificados importa un mayor desvalor de la acción, así, el desvalor de la acción en la primera modalidad no es comparable, por cuanto, del análisis de los elementos subjetivos del tipo, el sujeto activo es un particular, no siendo, por tanto, equiparable el desvalor de la acción en las tres modalidades de comisión del tipo penal *sub examine*.

La regulación de la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones, por cuanto, se lesiona el correcto funcionamiento de la Administración Pública es básica, el legislador orientado por la infracción de deber que describen las referidas modalidades de comisión que lesionan el bien jurídico importa un mayor reproche, por cuanto, la conducta típica es realizada por sujetos cualificados funcionarialmente. La lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la Administración Pública, conforme señala Villegas Paiva (2014) no corresponde con el principio de insignificancia, puesto que la naturaleza del bien jurídico presenta una notoria trascendencia para la sociedad, por consiguiente, su transgresión no es considerada insignificante, es considerada grave, gravedad que aumenta, por cuanto, el autor es un sujeto cualificado funcionarialmente.

La lesión de un bien jurídico y el incumplimiento del deber de comportarse con arreglo al orden jurídico se condicionan recíprocamente, es así que todo acto incriminado se caracteriza tanto por el resultado perjudicial o peligroso, como por la manera de obrar del agente, manera de obrar que debería estar ceñida al Código de Ética de la Función Pública. Los funcionarios y servidores públicos, los cuales son sujetos calificados, que pueden ser sujetos activos en las modalidades de análisis del referido tipo penal, al plantear la distinción de penas elevándolas, pretende disuadir a este grupo en la realización o comisión del tipo penal de usurpación de funciones. Entonces, bajo un criterio de prevención general negativa, se busca disuadir la comisión del referido tipo penal, diferenciando las penas para quienes integran este grupo de sujetos activos (funcionarios y servidores públicos).

Este principio centra su atención en la lesión que puede evitarse sobre un determinado bien jurídico, pero inevitablemente la lesión del bien jurídico se produce, la vulneración del correcto funcionamiento de la Administración Pública por parte de un sujeto activo cualificado (funcionarios o servidores públicos) importa un desvalor en la acción (lesión del deber), quedando como elemento secundario la lesión del bien jurídico. Entonces, el delito y más aún los delitos de infracción de deber carecen de fidelidad, lo cual se traduce en traición a la sociedad, de manera que no está caracterizado por

la lesividad de intereses individuales, sino por la lesión de deberes de fidelidad con la sociedad.

En este grupo de agentes (funcionarios y servidores públicos) concernientes a la segunda y tercera modalidad del tipo penal en cuestión, sobre delitos de infracción de deber, en la apreciación de los bienes deben considerarse los roles de las personas, adquiriendo más importancia cuando están obligados por una institución a prestar un apoyo positivo. La cercanía de estos con el bien jurídico es inmediata, y al estar cualificados tienen certeza de las consecuencias en desarrollo de sus acciones, siendo estas conforme a Derecho o contrarias, lo cual justifica el incremento en la punición a este grupo, con ello diferenciando las penas.

Manifestándose la existencia de un peligro abstracto sobre el bien jurídico en la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones por la cualidad funcional del sujeto activo, ante una eventual lesión, es pertinente señalar que, conforme a la Real Academia Española (2014) en el diccionario panhispánico del español jurídico, refiere sobre el peligro abstracto que basta que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima, por cuanto, en las examinadas modalidades de comisión del tipo penal en estudio, la conducta de lesión inmediata o próxima sobre el correcto funcionamiento de la Administración Pública resulta peligrosa, por cuanto, es realizada por sujetos cualificados. A razón de ello, la lesión de bienes jurídicos esenciales para el establecimiento de la pena abstracta es insuficiente, es preciso considerar el elevado grado de riesgo en el bien jurídico que puede producir la acción ilícita por sujetos cualificados, y coincide Rusca (2022) al referir que la acción descrita en el tipo penal reviste un nivel elevado de peligro, lo cual constituye el fundamento de su criminalización, sin que el carácter peligroso de dicho comportamiento por parte de sujetos calificados funcionalmente no se mencione en el tipo penal *sub examine*.

En ese entender, la transgresión al correcto funcionamiento de la Administración Pública por parte de sujetos activos cualificados conforme

Peña Cabrera Freyre (2011a) refiere la existencia de un mayor reproche social, teniendo estos (funcionarios o servidores públicos) un deber de cuidado o un deber de diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones a las que están sometidos (p. 379), puesto que por la cercanía con el bien jurídico del cual se busca tutela, del cual tienen contacto directo e inmediato, hace más lesiva y reprochable la conducta de su transgresión. Se puede afirmar así, establecida la relación entre la lesividad del delito y la afflictividad de la pena, que la diferenciación en el *quantum* de la pena es coherente, por cuanto, el grado de lesión sobre el correcto funcionamiento de la Administración Pública por sujetos cualificados resulta lesiva, por cuanto, existe la posibilidad de infringir un deber de obediencia al Estado.

La observancia al principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos o de lesividad, por consiguiente, se manifestará cuando sea tomada en consideración la previsión del grado de lesión del bien jurídico protegido por parte de sujetos funcionarialmente calificados en el proceso de criminalización primaria, no existiendo de la vigente redacción del tipo penal anotado, coherencia mínima entre la previsión de los daños y la magnitud de las penas, debiendo el legislador nacional tener en consideración la relevancia de la lesión de bien jurídico por sujetos funcionarialmente calificados ante la existencia de un mayor injusto penal.

3.3. INTERRELACIÓN DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER CON EL GRADO DE INJUSTO DE LAS CONDUCTAS

Bajo la premisa sostenida por Abanto Vásquez (2003) en la que señala que “si se constata la existencia de un “deber especial” que solamente recae en funcionarios públicos debido a su cercanía con el bien jurídico tutelado, las conductas más graves y merecedoras de sanción penal deberán ser las cometidas por ellos” (pp. 101-102). La prerrogativa de ser funcionario o servidor público conlleva la responsabilidad de realizar un correcto comportamiento en el desarrollo de las funciones de carácter público. Es por ello que las funciones de los representantes del Estado, entre funcionarios y servidores públicos, están estrechamente vinculadas a una obligación de

respetar su función encomendada por el Estado y estar constreñidos a no ir en contra de sus obligaciones.

Se regula en el Código Penal una variedad de tipos penales que son agravados, por cuanto, el agente es funcionario o servidor público, y estos en el ejercicio de sus funciones, en vez de cumplirlas con probidad y abusando de las mismas, defraudan al Estado, acaeciendo en la vulneración del correcto funcionamiento de la Administración Pública, por lo que, la realización de actos ilícitos por parte de este grupo de sujetos calificados funcionarialmente conlleva a la agravación de la pena legal, al corresponder la infracción de deber un mayor reproche penal.

Los injustos típicamente funcionariales implican una legítima defraudación a la sociedad, por cuanto, los sujetos públicos denigran la investidura pública, que denotan un mayor grado de injusto ante la infracción de un deber. Así Peña Cabrera Freyre (2010) es exacto al señalar que, si aparece en escena el grado de reproche culpable que recae sobre el sujeto infractor de la norma, la imputación penal más intensa se configura cuando la realización del injusto se condice con el prevalimiento del cargo funcional (p. 131). La infracción del deber funcional, en correspondencia con el grado de injusto de las conductas, constituye fundamento por el cual la distinción en la atribución de responsabilidad penal para el grupo de sujetos calificados debe ser más intensa, así, el mayor grado de la sanción penal, además de estar sustentada en la infracción de deber, se sustenta además por la vinculación del autor con el objeto material del delito, así como a la especial vulnerabilidad que posee el sujeto pasivo ante la existencia de estrechas vinculaciones con el sujeto funcionarialmente calificado (Peña Cabrera Freyre, 2010).

La vinculación del sujeto activo de la segunda y tercera modalidad de comisión con el bien jurídico es inmediata o directa, por cuanto, el agente desempeña una función pública, teniendo, por lo tanto, una estrecha vinculación con el objeto del delito; a *contrario sensu* de la situación que describe la primera modalidad de comisión, la cercanía del agente que es un particular con el bien jurídico no es inmediata, y no existe una estrecha vinculación con el objeto del delito. Es aquella cercanía o estrecha

vinculación del agente con la Administración Pública la que genera eventual vulnerabilidad en el bien jurídico y que, al producirse un resultado lesivo, denota un mayor grado de injusto, por cuanto, el sujeto calificado funcionalmente transgrede las relaciones de garantía asignadas en el ejercicio de sus funciones y del rol social que funge. Peña Cabrera Freyre (2010) concuerda con el planteamiento previo y precisa que la severidad de la represión penal se explica en correspondencia con los deberes funcionales infringidos por el agente, que transgrede el correcto funcionamiento de la Administración Pública (p. 132), por consiguiente, la interrelación de los delitos de infracción de deber funcional implica un mayor grado de injusto.

Hassemer (1989) habiendo señalado que la fijación de la pena tomará en cuenta por los menos tres aspectos: i) el grado de lesión del bien jurídico protegido; ii) la intensidad del reproche de la conducta a su autor; y, iii) el nocible resultado social de comportamiento (pp. 275-285), la pena fijada en el tipo penal *sub examine* para la segunda y tercera modalidad de comisión, no toma en consideración el grado de lesión en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, el agente ostenta calificación funcional; la intensidad del reproche de la conducta ilícita realizada o potencialmente realizable es mayor, por cuanto, se vulneran relaciones de garantía ante la infracción de un deber; y, el nocible resultado social de la lesión del bien jurídico es otro aspecto que no es tomado en consideración en la pena legal contemplada para la segunda y tercera modalidad de comisión, por cuanto, la usurpación de funciones realizada por sujetos con conocimiento y calificación funcional deviene en resultados más severos sobre el bien jurídico y los intereses sociales o de los administrados.

Garrido Montt (2001) acierta al considerar que la determinación de la responsabilidad penal implica no solo valorar la gravedad de la agresión al bien jurídico, sino también considerar la intensidad del reproche que el autor merece por su conducta, así, es merecedor de una mayor sanción penal quien transgrede relaciones de garantía o de infracción de deber en contraste con la responsabilidad penal que sería merecedor un particular, el grado de injusto de las conductas es distinto, por cuanto, la infracción de

deber implica un mayor reproche penal. Entonces, existe un mayor reproche penal en un funcionario ante la comisión de un delito, siendo que la atribución de ser representante estatal conlleva una responsabilidad especial, y al ser autor de un delito es mayor alcance de represión, puesto que la conducta desplegada no se condice con los principios y deberes que orientan el ejercicio de la función pública.

La interrelación de los delitos de infracción de deber con el grado de injusto de las conductas se enmarca en la segunda y tercera modalidad del tipo penal en análisis, puesto que los funcionarios y servidores públicos teniendo un “deber especial” de cuidado que solamente recae en ellos y debido a su inmediata cercanía con el bien jurídico, las conductas más graves y, por tanto, merecedoras de mayor sanción penal deben ser las realizadas por ellos al vulnerar el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Garrido Montt (2001) precisa que el grado de injusto de las conductas está determinado por el grado de culpabilidad del agente, por lo que, a mayor reproche, mayor severidad de la pena; y en los delitos especiales propios o de infracción del deber, por las cualidades de los sujetos activos que se describen, la distinción en la atribución de responsabilidad penal está justificada, por cuanto, el grado de injusto de las conductas se corresponde con la infracción de deber.

Sobre el deber especial de las conductas, los sujetos públicos (funcionarios y servidores) ostentan responsabilidades y deberes especiales, como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. El principio general del Derecho relativo a la lealtad guarda estrecha vinculación con el grado de injusto de las conductas a las que hace referencia la segunda y tercera modalidad de comisión en el delito de usurpación de funciones, puesto que el funcionario o servidor público tiene el deber de cuidado del correcto funcionamiento de la Administración Pública por la cercanía e inmediatez que le es inherente producto del desarrollo de sus funciones y que al transgredirlas hace, por lo tanto, que su conducta sea más reprochable (Peña Cabrera Freyre, 2010).

Con mención al grado de injusto de las conductas o grado de culpabilidad (reproche penal) en cuanto a su interrelación con los delitos de infracción de deber, Cury Urzúa (2005) señala que la culpabilidad es graduable y su cuantificación determina también la pena. Tomando en consideración la gravedad del injusto en el que el sujeto funcionalmente calificado ha incurrido al usurpar funciones públicas, el agente es plenamente consciente de su conducta dada su calificación, la cual implica conocimiento y calificación funcional en las funciones de carácter públicas que desarrolla, entonces, prevé el resultado de las mismas, y a través del conocimiento que él tiene de las consecuencias de su conducta (dolo) o de la previsibilidad de ellas (culpa) que fungiendo como contramotivo inhibitorio y a pesar de ello decide continuar con la realización del hecho ilícito, justifica el mayor grado de injusto de las conductas en los delitos de infracción de deber y correspondientemente la mayor severidad en la sanción penal.

Roxin (1972) sobre los delitos de infracción de deber señala que interesa tipificar la infracción de determinados deberes que se derivan del papel que el sujeto desempeña en el grupo social (p. 43), consecuentemente, ello implica una responsabilidad ética y un mayor reproche penal en su transgresión. Razón por la cual, la primera modalidad de comisión (delito común) del delito de usurpación de funciones, no guarda relación con los delitos de infracción de deber y con el grado de injusto de las conductas que es diferente para estos supuestos, al corresponder esta modalidad con un delito común o de dominio. Sin embargo, el grado de injusto de las conductas en esta modalidad está determinado por la lesión del bien jurídico protegido por parte de un agente externo a la Administración Pública, lo que tiene correspondencia con la atribución de una pena privativa de la libertad de entre cuatro a siete años.

En contraste con la primera modalidad de comisión del delito de usurpación de funciones, la segunda modalidad sí guarda vinculación con los delitos de infracción de deber, al exigir en el sujeto activo cualidades especiales para su configuración. Los delitos de infracción de deber en cuanto a su relación con la Administración Pública, que por la infracción o vulneración de relaciones de garantía está limitada a sujetos funcionalmente calificados,

es decir, cuentan con condición funcionarial, lo que tiene correspondencia con la presente modalidad en el referido tipo penal.

Balmaceda Hoyos (2008) señala que el grado o la cuantía de la culpabilidad está determinada por variables internas en el agente, así como por la magnitud del daño producido (pp. 305-306), entonces, la vinculación de la infracción de deber con el grado de injusto de las conductas está determinada en esta modalidad de comisión del delito de usurpación de funciones por las cualidades que se requieren en el agente para su comisión, esto es que sea funcionario o servidor público (*intraneus*), y que por sus características sobre el cargo desempeñado (conocimiento y eventual experticia) se genera un mayor peligro sobre el bien jurídico con el cual tiene una proximidad inmediata, razón la que además el grado de injusto de la conducta es mayor, justificando entonces la diferenciación del marco penal para este grupo de sujetos funcionarialmente calificados, al ser pasibles de ser sujetos activos en esta modalidad del referido tipo penal.

En contraposición con la primera modalidad, y en paridad con la segunda modalidad, la tercera modalidad de comisión del delito de usurpación de funciones también guarda conexidad con los delitos de infracción de deber, puesto que se exige en el agente una cualidad especial para su configuración, esto es, que sea un funcionario o servidor público. Los delitos de infracción de deber, en cuanto a su relación con la Administración Pública, tienen su sustento en la infracción o vulneración de relaciones de garantía, esto es, el sujeto funcionarialmente calificado defrauda al Estado.

Garrido Montt (2001) señala que, a mayor reproche, mayor severidad de la pena, por consiguiente, el grado de injusto de las conductas para la referida tercera modalidad está determinada por la infracción de deber, que ante las cualidades que se requieren en el agente para su comisión, exige que sea un funcionario o servidor público que realiza funciones correspondientes a cargo distinto del que tiene, haciendo más reprochable la conducta. Se trata entonces de un *intraneus*, es decir, es un sujeto que forma parte de la Administración Pública y está calificado funcionarialmente. La interrelación del grado de injusto de las conductas con la diferenciación en el marco penal

para este grupo de sujetos activos de esta modalidad viene a estar justificada por las características que el *intrañeus* presenta sobre el cargo desempeñado, esto es, conocimiento y eventual experticia ante una anterior o presente calificación funcional, lo que genera un mayor peligro sobre el bien jurídico con el cual tiene una proximidad inmediata, razón por la cual el grado de injusto de la conducta es mayor, justificando razonablemente la diferenciación del marco penal para este grupo de sujetos, los cuales son pasibles de ser sujetos activos en esta modalidad de comisión.

En los delitos de infracción de deber o delitos especiales propios, por la cualidad del sujeto activo que, en las modalidades de comisión respectivas del referido tipo penal, esto es, la existencia de un sujeto activo calificado (funcionarios o servidores públicos) cuando con su conducta afecta deberes especiales, deviene en un delito funcional, y como se viene sosteniendo, las conductas más graves y, por lo tanto, merecedoras de mayor sanción penal, deberán ser las cometidas por ellos. La actual redacción de tipo penal muestra una falta de equidad y congruencia en la atribución de responsabilidad penal; así, Quintero Olivares (1982) precisa que, sin tener en consideración el contenido del principio de igualdad, se aplica igualitariamente un tratamiento a situaciones desiguales (p. 384), contraviene el principio de proporcionalidad y culpabilidad, al implicar la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones un mayor grado de injusto de las conductas ante la infracción de un deber.

El referido tipo penal de usurpación de funciones muestra una desacertada técnica legislativa, porque está referido tanto al particular como al funcionario o servidor público, como sujeto activo del tipo básico, lo que demuestra incongruencia al parificar punitivamente, con el propósito de sancionar con la misma pena a dos sujetos activos (particular y funcionario o servidor público), que por su razón de ser y por la importancia de su ubicación, prerrogativa y la investidura, de las que gozan un grupo de ellos (funcionarios y servidores públicos) resulta desproporcionada, una diferenciación congruente en la responsabilidad penal, en este sentido, es lo más acertado.

Aguirre Bermeo (2008) sobre el grado de injusto de las conductas para la medición de la pena señala que le corresponde una mera función de limitación, consecuentemente, impidiendo que se tome en consideración aquellas circunstancias que el agente no pudo conocer (p. 26) en ese entender, el reproche a un agente que ostenta calificación funcional es acertado, por cuanto, el agente pudo prever los resultados lesivos de la conducta funcional. Los funcionarios y servidores públicos, por la preeminencia del cargo y la ubicación privilegiada dentro de la estructura jurídica del Estado, hacen de sus funciones o atribuciones (deber especial) una tarea delicada, la cual deben desarrollar en forma idónea conforme a Derecho, situación que es distinta a la del particular.

Es por ello que la pena en las modalidades de comisión del tipo penal contenido en el artículo 361 del Código Penal, concernientes a delitos de infracción de deber, debe elevarse por las consideraciones descritas, al tener un mayor grado de reproche. El grado de injusto de las conductas se sostiene en el principio de culpabilidad, y la graduación de la pena se establece bajo el principio de proporcionalidad, existiendo así una relación directamente proporcional entre culpa y castigo. Meini Méndez (2013) señala además que la intensidad aflictiva de la pena debe ser directamente proporcional al reproche ético social que expresa cada conducta delictiva (p. 144), así, en el tipo penal *sub examine* sólo la segunda y tercera modalidad denotan reproche ético social, por cuanto, la conducta funcional vulnera relaciones de garantía ante la infracción de un deber.

La infracción de los deberes funcionariales de garantía, siendo el agente funcionario o servidor público, constituye circunstancia de agravación del injusto, por cuanto existe estrecha vinculación o es el custodio de dichos bienes (Peña Cabrera Freyre, 2010). sí, por ejemplo, el art. 367 del Código Penal regula una circunstancia agravante en el delito de violencia contra la autoridad, contenido en los arts. 365 y 366 del Código Penal, por cuanto, el agente es funcionario o servidor público, el cual, debiendo orientar su comportamiento en correspondencia con las relaciones de garantía ostentadas, las transgrede.

Roxin (1972) sobre los delitos consistentes en la infracción de un deber señala que más que la cualidad externa de la acción de un sujeto, interesa también regular la infracción de determinados deberes que se derivan del rol que el sujeto realiza en sociedad (p. 43), a comparación con los delitos de acción, como lo es la primera modalidad del tipo penal *sub examine* sólo es autor quien tiene el dominio del hecho, mientras que en los delitos consistentes en la infracción de un deber solo puede ser autor quien lesione el deber extrapenal, que en la segunda y tercera modalidad el deber extrapenal siendo el deber de cuidado es lesionado por agentes calificados funcionalmente. Por lo tanto, conforme a Peña Cabrera Freyre (2010) el agente en las modalidades de comisión pertinentes a funcionarios o servidores públicos que por su calificación funcional tienen pleno conocimiento de que la conducta funcional deviene en la vulneración de principios y deberes que erigen la Administración Pública, incumpliendo con ello el deber especial, que por la función pública que desarrollan y la calificación que estos ostentan, y la cercanía con el bien jurídico del cual se busca tutela con el cual tienen contacto directo e inmediato, hace más lesiva y reprochable la conducta de su transgresión.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

A razón de la información presentada, se ha determinado que las conductas más graves y por lo tanto merecedoras de mayor sanción penal son las cometidas por funcionarios y servidores públicos (Abanto Vásquez, 2003) por la infracción del deber funcional inherente a ellos, importando un mayor injusto, y como es tendencia en nuestro país en los últimos años, en salvaguarda de bienes jurídicos esenciales se vienen elevando las penas, reformando los tipos penales o modificando artículos de la Constitución para la protección de los referidos bienes jurídicos esenciales, así, es el caso de la reforma del art. 41 de la Constitución el cual prevé que, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado o la imprescriptibilidad en los supuestos más graves; incorporación de los arts. 108-B y 121-B del Código Penal correspondientes a los delitos de feminicidio y lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, respectivamente; es así que, con fines de prevención general se vienen elevando las penas en determinados tipos penales en miras de salvaguardar bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la sociedad, el correcto funcionamiento de la Administración Pública es uno de ellos, así, respecto al tipo penal de usurpación de funciones planteamos: i) elevar el marco penal abstracto en las modalidades referentes a la infracción de deber; ii) mantener el marco penal abstracto en la modalidad que no requiere una cualidad específica en el sujeto activo; y, iii) elevar el marco penal cuando para la comisión del delito concurra la agravante en la que el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden.

Así, para realizar lo formulado, se ha tenido en consideración lo prescrito en el Manual de Técnica Legislativa, elaborado por el Congreso de la República (2021), el cual fue aprobado mediante Acuerdo de Mesa Directiva 106-2020-2021/MESA-CR.

4.1. PRESENTACIÓN

La presentación del Proyecto de Ley queda subordinada acerca de quién o quiénes ejerzan el derecho de iniciativa legislativa; por ello, se excluye el desarrollo de este acápite, siendo que resulta incierto identificar al titular de quien ejerza el derecho de iniciativa legislativa.

4.2. TÍTULO

El título del Proyecto de Ley es el siguiente:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO PENAL, APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO 635, ELEVANDO LA PENA EN LA SEGUNDA Y TERCERA MODALIDAD DEL DELITO DE USURPACIÓN DE FUNCIONES, POR CUANTO, CORRESPONDEN CON DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

4.3. FÓRMULA LEGAL

Se propone emplear la siguiente fórmula para modificar el artículo 361 del Código Penal:

Artículo 361. Usurpación de función pública

El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, **será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años**, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

La pena privativa de libertad **será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación de dos a cuatro años** conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, cuando:

1. El agente hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo.

2. El agente ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, **la pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años e inhabilitación de cuatro a seis años conforme al artículo 36.**

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 361 del Código Penal a fin de incrementar la pena base en la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones, así como la de la agravante descrita, al prestar resistencia o enfrentarse a las Fuerzas del Orden. Haciendo extensivo a todos los funcionarios y servidores públicos ceñirse al ejercicio de sus funciones encomendadas a razón de la trascendencia del rol que desempeñan en la sociedad.

Artículo 2. Finalidad de la Ley

La finalidad del presente Proyecto de Ley, consiste en razón a lo señalado por Abanto Vásquez (2001) que “si se constata la existencia de –un deber especial– que solamente recae en funcionarios públicos debido a su cercanía con el bien jurídico tutelado, las conductas más graves y merecedoras de sanción penal deberán ser las cometidas por ellos” (pp. 59-60), diferenciando con la autógrafa, la distinción en la atribución de responsabilidad penal, por cuanto, el sujeto activo del delito de usurpación de funciones sea un particular, es decir un sujeto sin calificación funcional; o, un agente calificado, perteneciente a las esferas de la Administración Pública y con calificación funcional, que debiendo salvaguardar las relaciones de garantía asignadas, las termina transgrediendo ante la infracción de un deber funcional.

4.4. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Rojas Vargas (2007) señala que desde un punto de vista teleológico y objetivo, la Administración Pública se constituye de intermediario entre la sociedad civil y el Estado (p. 6), en la medida en que se ajusta a su objetivo y finalidad, que es servir a la sociedad y a las personas, su existencia jurídica obtiene legitimidad.

El tipo penal de usurpación de funciones, descrito en el artículo 361 del Código Penal, contiene tres modalidades de comisión, las cuales son: a) Usurpar una función pública o la facultad de dar órdenes, militares o policiales (ejercicio ilegítimo de actividad funcionarial), b) Continuar ejerciendo el cargo, no obstante, haber sido destituido, cesado, suspendido o subrogado (continuación arbitraria de función pública); y, c) Ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene (usurpación de funciones ajenas).

Teniendo en cuenta que la cualidad del agente en cada modalidad de comisión es distinta, a pesar de ello, las tres modalidades de comisión en el delito de usurpación de funciones contemplan la misma responsabilidad penal, referida a la atribución de una pena privativa de libertad, siendo esta de cuatro a siete años. Además, el tipo penal descrito en el artículo 361 regula una circunstancia agravante, la cual, señala que si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

En esa línea de análisis, en referencia a los elementos objetivos del tipo, las cualidades del sujeto activo en las modalidades de comisión delito de usurpación de funciones son distintas. Es de señalar, referente a ello, lo siguiente: i) La primera modalidad de comisión, no requiere en el agente cualidades específicas, por ello, esta primera modalidad refiere a un delito común; ii) La segunda modalidad de comisión, exige una continuación arbitraria de función pública, por lo cual, requiere, en el agente, una cualidad específica para su configuración, bajo esta modalidad la usurpación de funciones es un delito especial propio, al requerir que el sujeto se encuentre

cesado, destituido, subrogado o suspendido para el ejercicio de funciones públicas; iii) La tercera modalidad de comisión, también requiere, en cuanto al agente, características especiales, por lo que, al configurarse la comisión del delito de usurpación de funciones, bajo esta modalidad se trata o describe un delito especial propio, al señalar que su comisión se realiza por quien ejerce funciones ajenas a las que le corresponden, requiriendo, por lo tanto, del sujeto activo, una característica necesaria para la comisión de usurpación de funciones bajo esta modalidad.

Es precisa la distinción de penalidades en correspondencia con las cualidades de los sujetos activos que intervienen, la distinción de la pena abstracta de la primera modalidad en contraste con la de la segunda y tercera modalidad de comisión referentes a la “infracción de deber”, al denotar un mayor reproche, por cuanto, la lesión del bien jurídico es realizada por un agente calificado (funcionario o servidor público), que, ante la infracción de un deber especial funcional, vulnera el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Peña Cabrera Freyre (2010) señala que la responsabilidad subjetiva es mayor al transgredir relaciones de garantía o de infracción de deber funcional, así, la descripción de la conducta típica contenida en la segunda y tercera modalidad del tipo penal de usurpación de funciones, implica una responsabilidad subjetiva mayor, que debe corresponderse con una pena en proporción al injusto que representan. Balmaceda Hoyos (2008) precisa que la magnitud del daño producido sobre el bien jurídico, por cuanto, intervienen sujetos funcionarialmente calificados, devendría en mayor, así, tomando en cuenta la gravedad del injusto producido por un sujeto calificado, el agente, mediante el conocimiento que tiene, prevé los resultados de su conducta, y a pesar de ello realiza la intromisión de funciones (Cury Urzúa, 2005).

Peña Cabrera Freyre (2010) puntualiza que, si aparece en escena el grado de reproche culpable que recae sobre el sujeto infractor de la norma, la imputación penal más intensa se configura cuando la realización del injusto se condice con el prevalimiento del cargo funcional (p. 131), así, la infracción del deber funcional en correspondencia con el grado de injusto de

las conductas, constituye fundamento por el cual, la distinción en la atribución de responsabilidad penal para el grupo de sujetos calificados debe ser más intensa. El mayor grado de la sanción penal, además de estar sustentada en la infracción de deber, se sustenta además por la vinculación del autor con el objeto material del delito, así como a la especial vulnerabilidad que posee el sujeto pasivo ante la existencia de estrechas vinculaciones con el sujeto funcionalmente calificado (Peña Cabrera Freyre, 2010).

4.5. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La propuesta legislativa, de ser acogida en el ordenamiento jurídico penal peruano, tendrá efectos jurídicos sistemáticos e integradores de los principios del Derecho y sobre la protección del bien jurídico. Con mención a los primeros, visto que la fórmula legal del delito de usurpación de funciones no vulneraría ningún derecho o principio constitucional, la subordinación de la ley a la norma fundamental sería respetada; además, lo regulado en el Código Penal guardaría coherencia jurídica en lo concerniente a los artículos II, IV y VIII del Título Preliminar.

Con relación a la protección del bien jurídico, la modificación incrementará la tutela del correcto funcionamiento de la Administración Pública, por cuanto, tiene fines preventivos generales y especiales, que buscan disuadir a los funcionarios y servidores públicos a realizar funciones para las cuales no tienen habilitación.

Esta propuesta legislativa, planteada conforme a la Constitución Política del Perú y el Reglamento del Congreso, no contraviene a nuestro ordenamiento jurídico vigente.

4.6. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La iniciativa legislativa no genera costo o gasto al erario nacional, por el contrario, la norma permitirá diferenciar la responsabilidad penal en la segunda y tercera modalidad del delito de usurpación de funciones de la

primera modalidad, incrementando la pena abstracta cuando se transgredan relaciones de garantía de infracción de deber funcional, a fin de resguardar y garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, buscando con ello que la atribución de responsabilidad penal sea congruente y proporcional en base a la cualidad del sujeto activo interviniente en cada una de ellas.

4.7. CUADRO COMPARATIVO

Tabla 1

Comparativa de las fórmulas legales

Texto vigente	Texto de la propuesta
<p>Artículo 361. Usurpación de función pública</p> <p>El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.</p>	<p>Artículo 361. Usurpación de función pública</p> <p>El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.</p> <p>La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación de dos a cuatro años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, cuando:</p>

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

1. El agente hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo.
2. El agente ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene.

Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad **no menor de seis ni mayor de nueve años.**

Nota: Elaboración propia

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos que sustentan la distinción de penalidades en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones son: materialización de los principios de proporcionalidad y culpabilidad; observancia al principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos; e, interrelación de los delitos de infracción de deber con el grado de injusto de las conductas.
2. Según la cualidad del sujeto activo en el tipo penal de usurpación de funciones, la primera modalidad corresponde con un delito común, mientras que, la segunda y tercera modalidad corresponden con delitos de infracción de deber, además, el injusto penal o la responsabilidad subjetiva es mayor al transgredir relaciones de garantía o de infracción de deber funcional, consecuentemente, el injusto penal al ser distinto en las modalidades de comisión del tipo penal anotado, fundamenta la distinción de penalidades en sus modalidades de comisión.
3. Los principios de proporcionalidad y culpabilidad refieren que la intensidad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del injusto cometido, y esta a su vez adecuada a la responsabilidad subjetiva por el hecho ilícito, en ese entender, la vulneración del correcto funcionamiento de la Administración Pública por sujetos funcionarialmente calificados determina una responsabilidad penal subjetiva mayor al transgredir relaciones de garantía o de infracción de deber funcional, consecuentemente, su materialización en la determinación legal y judicial de la pena es fundamental.
4. El principio de lesividad se centra en la lesión o puesta en peligro sobre un bien jurídico, así, el daño a un bien jurídico debe corresponderse con una

sanción penal proporcional al daño causado por el agente, entonces, la vulneración del correcto funcionamiento de la Administración Pública por sujetos funcionarialmente calificados, puede producir un mayor grado de lesión en el bien jurídico, por consiguiente, su observancia es fundamental en la determinación legal y judicial de la pena.

5. La doctrina especializada precisa que, si se constata la existencia de un deber especial que solamente recae en funcionarios públicos debido a su cercanía con el bien jurídico tutelado, las conductas más graves y merecedoras de sanción penal deberán ser las cometidas por ellos, y, que la infracción del deber especial es el fundamento de la punibilidad, y el deber especial será la causa o razón en el aumento de la pena, por tanto, es indubitable la existencia de fundamentos doctrinarios que sustentan la distinción de penalidades en el delito de usurpación de funciones.

RECOMENDACIÓN

1. Se recomienda, al legislador nacional, que, según sus competencias, modifique el artículo 361 del Código Penal en los términos de la propuesta de reforma expuesta, a efectos de distinguir las penas en las modalidades de comisión del delito de usurpación de funciones.

LISTA DE REFERENCIAS**1. LIBROS**

- Abanto Vásquez, M. A. (2001). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.
- Abanto Vásquez, M. A. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* (Segunda ed.). Lima: Palestra.
- Abanto Vásquez, M. A. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Achenbach, H. (1974). *Fundamentos históricos y dogmáticos de la teoría penal sistemática de la culpa*. Berlín: Escritos de la Universidad de Munich: Facultad de Derecho.
- Aguirre Bermeo, K. (2008). *El juicio de reproche*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Alexy, R. (2017). *Una teoría de la argumentación jurídica*. México: UNAM.
- Álvarez Ledesma, M. I. (2015). *Introducción al Derecho* (Tercera ed.). México D.F.: McGraw Hill.
- Arellano García, C. (2004). *Métodos y técnicas de la investigación jurídica* (Tercera ed.). México D.F.: Porrúa.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Bacigalupo Zapater, E. (1999). *Derecho penal. Parte general* (Segunda ed.). Madrid: Hammurabi.
- Balmaceda Hoyos, G. (2018). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Tercera ed.). Santiago: Librotecnia.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra.
- Benavente Chorres, H., & Calderón Valverde, L. (2015). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Tercera ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Binder, A. M. (2004). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

- Bustos Ramírez, J. (2004). *Obras completas. Tomo I. Derecho penal parte general*. Lima: Ara Editores.
- Bustos Ramírez, J. J., & Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de derecho penal. Volumen I*. Madrid: Trotta.
- Bustos Ramírez, J. J., & Hormazábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de derecho penal. Volumen II*. Madrid: Trotta.
- Cerezo Mir, J. (2003). *Curso de derecho penal español. Parte general. Tomo I* (Quinta ed.). Madrid: Tecnos.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal. Parte general* (Tercera ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Creus, C. (1998). *Derecho penal. Parte especial. Tomo 2* (Sexta ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Cury Urzúa, E. (2005). *Derecho Penal. Parte General* (Octava ed.). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Donna, E. A. (1995). *Teoría del delito y de la pena. Tomo 2*. Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. A. (1998). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Gallardo Rosado, M., Hernández-Romo Valencia, P., & Ochoa Romero, R. A. (2009). *Fundamentos de derecho penal mexicano I*. México D.F.: Porrúa.
- García Caveró, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General* (Segunda ed.). Lima: Jurista Editores.
- García-Pablos de Molina, A. (2000). *Derecho penal. Introducción*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Garrido Montt, M. (2001). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guastini, R. (2010). *La 'constitucionalización' del ordenamiento: concepto y condiciones. Interpretación, Estado y Constitución*. Lima: Ara Editores.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general I* (Tercera ed.). Lima: Grijley.

- Jakobs, G. (2000). *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales - Grijley.
- Merkel, A. (2013). *Derecho penal. Parte general*. Montevideo-Buenos Aires: B de f.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho penal. Parte general* (Séptima ed.). Montevideo-Buenos Aires: B de f.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al derecho penal* (Segunda ed.). Montevideo-Buenos Aires: B de f.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo V*. Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2011a). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* (Tercera ed.). Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2011b). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II* (Tercera ed.). Lima: Idemsa.
- Polaino Navarrete, M. (2008). *Derecho Penal. Parte General* (Sexta ed.). Barcelona: Bosch.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario* (Vigesimotercera ed.). Madrid: Espasa.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Madrid: Santillana.
- Reátegui Sánchez, J. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General. Volumen II*. Lima: Instituto Pacífico.
- Reátegui Sánchez, J. (2019a). *Código Penal Comentado. Volumen 1*. Lima: Ediciones Legales.
- Reátegui Sánchez, J. (2019b). *Código Penal Comentado. Volumen 2*. Lima: Ediciones Legales.
- Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Derecho Penal. Parte General. Temas Claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rodríguez, A. W., & Galetta de Rodríguez, B. (2008). *Diccionario Latín Jurídico, Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*. Buenos Aires: García Alonso.

- Rodríguez-Arias Bustamante, L. (1961). *Ciencia y Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública* (Cuarta ed.). Lima: Grijley.
- Roxin, C. (1972). *Política criminal y sistema de derecho penal, trad. de Muñoz Conde*. Barcelona: Hammurabi.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (Décima ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rusconi, M., & Kierszenbaum, M. (2020). *Elementos de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Salinas Siccha, R. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia-Grijley.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Torres Vásquez, A. (2019). *Introducción al Derecho. Teoría general del derecho* (Sexta ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Velásquez Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Villa Stein, J. (2008). *Derecho Penal. Parte general* (Tercera ed.). Lima: Grijley.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.
- Villegas Paiva, E. A. (2014). *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio: problemas en su determinación y ejecución*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Buenos Aires: Ediar.

- Zaffaroni, E. R. (2020). *Lineamientos de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2010). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (Cuarta ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

2. ARTÍCULOS DE REVISTAS

- Ávila Santamaría, R. (8 de Febrero de 2009). Del estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XV, pp. 775-793. ISSN: 1510-4974. Obtenido de <https://bit.ly/4oklYx1>
- Barnes, J. (Diciembre de 1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, pp. 15-50. ISSN: 1138-2848. Obtenido de <https://bit.ly/4mx7KHz>
- Bernal Pulido, C. (Junio de 2006). El principio de proporcionalidad de la legislación penal. *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, 2(3), pp. 213-245. ISSN: 1991-167X. Obtenido de <https://bit.ly/3H9P1Tm>
- Bramont-Arias, L. A. (9 de Junio de 2008). El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú. *Université de Fribourg*, 1-7. Obtenido de <http://bit.ly/45hF7ab>
- Cristóbal Támara, T. (29 de Diciembre de 2020). El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 12(14), pp. 249-266. ISSN: 2663-9130. Obtenido de <https://bit.ly/45z0EMO>
- Díaz Cubas, N. (2 de Julio de 2008). Precisiones sobre el delito de usurpación de funciones. *Derecho & Sociedad*, ISSN: 2079-3634. Obtenido de <https://bit.ly/45gFPEG>
- Etcheverry, J. B. (10 de Septiembre de 2012). El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Persona y Derecho*, 67, pp. 411-447. ISSN: 0211-4526. Obtenido de <https://bit.ly/47bJwOw>

- Fernández Rodríguez, D. (Marzo de 1994). Los límites del ius puniendi. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 47(3), pp. 87-114. ISSN: 0210-3001. Obtenido de <https://bit.ly/3UJac1x>
- Fuentes Cubillos, H. (22 de Agosto de 2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis*, 14(2), pp. 15-42. ISSN: 0717-2877. Obtenido de <https://bit.ly/3ULaViQ>
- García Arroyo, C. (9 de Abril de 2022). Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12(24), pp. 1-45. ISSN: 1695-0194. Obtenido de <http://bit.ly/4oqSD4c>
- Gil Rendón, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, 1(12), pp. 43-61. ISSN: 1870-5707. Obtenido de <https://bit.ly/4fntQtl>
- González-Cuéllar Serrano, N. (Diciembre de 1998). El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español. *Cuadernos de derecho público*, 5, pp. 191-218. ISSN: 1138-2848. Obtenido de <https://bit.ly/4fsdgsK>
- Hassemer, W. (Septiembre de 1989). Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*, 12(46), pp. 275-285. Obtenido de <http://bit.ly/3IYCIJZ>
- Hernández Chanto, A. (1 de Junio de 2008). El método hipotético-deductivo como legado del positivismo lógico y el racionalismo crítico: su influencia en la economía. *Revista de Ciencias Económicas*, 26(2), pp. 183-195. ISSN: 0252-9521. Obtenido de <http://bit.ly/3Udxk8s>
- Jakobs, G. (Marzo de 1992). El principio de culpabilidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1(45), pp. 1051-1084. ISSN: 0210-3001. Obtenido de <http://bit.ly/45s7X86>
- La Torre, M. (9 de Agosto de 2013). Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente”. *Revista Derecho del Estado*, pp. 7-30. ISSN: 0122-9893. Obtenido de <http://bit.ly/4fkLQF7>
- Larico Portugal, J. J. (16 de Diciembre de 2022). El funcionario y servidor como circunstancia de agravación de pena y como protección especial

- en el Código Penal Peruano. *Lumen*, 18(2), pp. 49-68. ISSN: 2225-0840. Obtenido de <http://bit.ly/41j9ZG8>
- Mariscal Rivera, M. P. (30 de Diciembre de 2019). Aplicación del test de proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho civil. *Revista Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, 4(2), pp. 153-174. ISSN: 2313-6944. Obtenido de <http://bit.ly/3Hff8bx>
- Meini Méndez, I. F. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, 1(71), pp. 141-167. ISSN: 2305-2546. Obtenido de <http://bit.ly/45gHEI0>
- Nogueira Alcalá, H. (21 de Junio de 2011). El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, 9(1), pp. 119-156. ISSN: 0718-0195. Obtenido de <http://bit.ly/46Bjzrs>
- Ortega García, R. (Agosto de 2013). La constitucionalización del derecho en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVI(137), pp. 601-646. ISSN: 0041-8633. Obtenido de <http://bit.ly/46HhkCV>
- Pérez Tolentino, J. A. (Enero de 2012). La inocuidad como prevención especial negativa. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, VIII, pp. 1-6. ISSN: 2007-2023. Obtenido de <http://bit.ly/3IZkAQi>
- Quintero Olivares, G. (Febrero de 1982). Acto, resultado y proporcionalidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales del Ministerio de Justicia de España*, 35, pp. 381-408. ISSN: 0210-3001. Obtenido de <http://bit.ly/4omKNsd>
- Rodríguez Jiménez, A., & Pérez Jacinto, A. O. (26 de Julio de 2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 4(82), pp. 179-200. ISSN: 0120-8160. Obtenido de <http://bit.ly/4fsrYQw>
- Rusca, B. (16 de Abril de 2022). Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica. *Revista Chilena de Derecho*, 49(1), pp. 101-126. ISSN: 0716-0747. Obtenido de <http://bit.ly/4fmT5vZ>

- Salinas Siccha, R. (2014). Delitos contra la administración pública: la teoría de la infracción de deber en la jurisprudencia peruana. *Revista Oficial del Poder Judicial*, pp. 1-20. ISSN: 2663-9130. Obtenido de <https://bit.ly/4IbUt5U>
- Salinas Siccha, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Problemas actuales de política criminal. Anuario de Derecho Penal 2015-2016*, pp. 93-126. ISSN: 2305-2546. Obtenido de <http://bit.ly/45ArOmz>
- Sancinetti, M. A. (2004). ¿Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional? *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 1(6), pp. 5-30. ISSN: 1692-1682. Obtenido de <http://bit.ly/4m3EyYR>
- Tantaleán Odar, R. M. (1 de Julio de 2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 12(41), pp. 1-22. ISSN: 2224-4131. Obtenido de <http://bit.ly/4fqoiyz>
- Tantaleán Odar, R. M. (1 de Febrero de 2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 13(43), pp. 1-37. ISSN: 2224-4131. Obtenido de <http://bit.ly/4m9oPHS>

3. TESIS

- Pinto Fontanillo, J. A. (2003). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy. Tesis*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Obtenido de <https://bit.ly/45wgyHT>

4. LEGISLACIÓN

- Congreso Constituyente Democrático. (29 de Diciembre de 1993). Constitución Política del Perú de 1993. *Diario Oficial El Peruano*. Obtenido de <http://bit.ly/3Jhxd7>
- Presidencia de la República del Perú. (8 de Abril de 1991). Decreto Legislativo 635 de 1991. Código Penal. *Diario Oficial El Peruano*. Obtenido de <http://bit.ly/4mrrXhS>