

LA POSICIÓN DEL “PARTICULAR” EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD*

THE POSITION OF THE INDIVIDUAL IN THE CRIME OF ABUSE OF AUTHORITY

LAURENCE CHUNGA HIDALGO

Juez Penal Unipersonal de Morropón, Chulucanas. Piura (Perú)

laurencechunga@gmail.com

RESUMEN:

El tipo penal de abuso de autoridad encuadra dentro de los denominados delitos “contra la administración pública”, en el que el bien jurídico protegido es el “correcto funcionamiento de la administración pública”; sin embargo, el delito en cuestión para su configuración requiere de que la mala actuación administrativa recaiga en la persona de un sujeto, de un ciudadano particular, quien sufre las consecuencias de dicha actuación “irregular” que se materializa en el, retardo o exceso en la forma como se ejerce la autoridad delegada. El tema en discusión recae en sí el tipo penal supone protección para ese ciudadano particular que padece el delito o es que sólo debe comprenderse como objeto de protección a la administración pública.

PALABRAS CLAVE:

Derecho penal, administración pública, abuso de autoridad, víctima, concurso de delitos.

ABSTRACT:

The type of crime pertaining to the abuse of authority falls within the denomination of crimes “against the public administration”, in which good judicial protection is the “correct functioning of public administration”, however, the said crime in question for its configuration requires the bad administrative act of suspicion falling on the subject, of one citizen in particular, who has suffered the consequences of the said “irregular” actuation which could materialise in this, delayed or excessive in its form pressurising the delegated authority. The theme in discussion falls within the type of law protecting the citizen suffering the crime or should the crime only be understood as an object of protection of the public administration.

KEY WORDS:

Penal Law, Public Administration, Abuse of Authority, Victim, Criminal Procedure.

* Recibido en fecha 19/06/2009. Aceptada su publicación como nota en fecha 10/07/2009.

SUMARIO:

| | |
|--|-----------|
| LA POSICIÓN DEL “PARTICULAR” EN EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD * | 69 |
| THE POSITION OF THE INDIVIDUAL IN THE CRIME OF ABUSE OF AUTHORITY | 69 |
| I. Introducción | 70 |
| II. Concepto de “Administración Pública” | 70 |
| III. El bien jurídico de los denominados “delitos contra la administración pública” | 71 |
| IV. El delito de “abuso de autoridad” | 72 |
| V. El bien jurídico protegido | 73 |
| VI. El agravio individual “en perjuicio de alguien” | 74 |
| VII. Conclusión y síntesis | 75 |
| Bibliografía | 76 |

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la reforma de los delitos contra la administración pública es una constante de la reflexión penal actual. La corrupción, a estos días, supone un fenómeno sistémico dada la creciente de las patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos (prevaricación, abusos en el ejercicio de la función, malversación, omisiones de los deberes de oficio o cargo), la problemática está, sin embargo, encuadrada casi exclusivamente desde una perspectiva de política criminal de prevención no obstante que las penas que se imponen aún no logran intimidar a quien cometen este tipo de delitos, lo que requiere, en realidad, una adecuada ponderación de las peculiares exigencias dogmáticas de la materia.

En una materia que se empeña en amparar la articulación de la función pública, que se promete asegurar conforme al ‘buen funcionamiento e imparcialidad’ –las expectativas institucionales sobre el actuar de los aparatos estatales–, las líneas directrices de la reforma debería estar dirigidas hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico sino que, por el contrario se requiere de determinar objetivamente el contenido de dicho concepto y, si fuera posible, establecerse la diferencia específica respecto de cada uno de los tipos penales reconocidos en nuestra legislación.

II. CONCEPTO DE “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

Como bien reconoce Fidel Rojas, el tratamiento otorgado, en el país, a los denominados delitos contra la administración pública no han sido debidamente tratados, limitándose los estudios dogmáticos a exploraciones exegéticas, sin embargo y pese a la ausencia de estudios sobre el respecto, hay cierta uniformidad en el concepto que se administra. Ordinariamente se entiende como tal a la organización integrada por un personal profesional, dotada de medios económicos y materiales públicos que pone en práctica las decisiones tomadas por el gobierno. Se compone de todo lo que la hace efectiva: funcionarios y edificios públicos, entre otros. Por su función, es el enlace entre

la ciudadanía y el poder político. Sin embargo, no sólo existe administración pública en el Poder Ejecutivo, sino en gran parte del Estado e incluso en entes privados que desempeñan funciones administrativas por habilitación del Estado.

No obstante, el concepto de administración pública puede ser entendido desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista formal o subjetivo, se entiende a la entidad que administra, o sea, al organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales. Desde un punto de vista material u objetivo, se entiende más bien la actividad administrativa, o sea, la actividad de este organismo considerado en sus problemas de gestión y de existencia propia, tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión. En este sentido, se requiere de un “orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias por la ley”¹.

Desde el punto de vista de la teoría, puede entenderse como la disciplina encargada del manejo científico de los recursos y de la dirección del trabajo humano enfocada a la satisfacción del interés público, entendiendo este último como las expectativas de la colectividad. En la doctrina jurídica, se utiliza con mayor profusión el concepto de administración pública en el sentido formal, denotando y haciéndose hincapié en la “persona jurídica de derecho público que realiza la actividad del Estado”, de allí que se empiece a hablar de la “responsabilidad de la Administración” que se extiende al Estado mismo.

Para terminar, respecto del concepto, ordinariamente, se entiende como elementos de la administración pública:

1. Medios personales o personas físicas.
2. Medios económicos, principalmente, adquiridos mediante los tributos.
3. Organización, ordenación racional de los medios.
4. Fines, principios de la Entidad de la administración.
5. Actuación, que ha de ser lícita, dentro de las competencias del órgano actuante.

III. EL BIEN JURÍDICO DE LOS DENOMINADOS “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

En la determinación de lo que se quiere proteger en el ámbito de los delitos contra la administración pública es menester realizar una distinción entre lo administrativo y lo penal. Esto nos indica que pueden existir conductas que no armonicen con las finalidades públicas o que se manifiesten marginales a lo público. Situación que llevará a un proceso de evaluación de tal infracción y a verificar si por su connotación es meramente administrativo o por sus particularidades se presenta como lesiva de un bien jurídico penal. Esto trae a colación el problema del *non bis in idem* [nadie puede ser sancionado o procesado dos veces por los mismos hechos], que se presenta como una forma de extender una doble responsabilidad: la administrativa y la penal. Desde una perspectiva de política criminal es necesario buscar aspectos materiales en los delitos contra la

¹ Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra la Administración Pública, Lima, 2002, pág. 8.

administración pública que permitan distinguir aquellos que tienen efectos lacerantes a nivel microsocia [lesión al individuo] como macrosocia [lesión al sistema institucional] y aquellos que pueden ser tolerados.[Por su dimensión no es igual un soborno de veinte dólares que una malversación de millones de dólares]. Lo que se quiere evitar es llegar a un marco de interpretación vaciado de contenido, y se puede llegar a ese punto si aceptamos una línea universal o absolutamente generalizada de lo que se entiende por la Administración Pública [no todo lo que afecta a la Administración Pública es delito]². Entonces tendríamos, previo a la determinación del bien jurídico, que establecer si existe un concepto jurídico penal de “administración pública”. En el entendimiento de ROJAS VARGAS, no hay necesidad de una delimitación jurídico penal del concepto puesto que, desde la rama del derecho público se ha efectuado un proceso de ampliación del concepto que abarca actualmente a todo el ejercicio de la función pública con prescindencia de la naturaleza del órgano oficial; así el derecho penal asume el concepto de más amplio contenido que se pueda concebir en el derecho.

Al amparo de tan vasta amplitud conceptual, el objeto genérico de tutela penal es la propia “administración pública”, sin perjuicio de que, como afirma URQUIZO OLAECHEA, sea el propio derecho administrativo el que se encargue de autoprotgerse de las posibles lesiones a las que se halla expuesta. Así, Derecho Penal sólo aparecerá para proteger a la administración pública en cuanto afirmación de su carácter fragmentario y de *ultima ratio*³.

En consecuencia, si atendemos a los conceptos expuestos, el sujeto del derecho lesionado, el titular del bien jurídico “administración pública” es siempre el Estado. Todo delito que por acción u omisión que se encuentre comprendido bajo la égida de los denominados “delitos contra la administración pública” siempre va a afectar al Estado, que viene a constituirse así en un sujeto pasivo genérico. Así y, en síntesis, el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública será el correcto funcionamiento de la actividad prestacional que brinda la Administración Pública⁴; consecuentemente, las conductas graves que afectan las condiciones necesarias para su buen funcionamiento, ya sean de particulares o de funcionarios, trascenderán el ámbito administrativo para cobrar relevancia penal.

IV. EL DELITO DE “ABUSO DE AUTORIDAD”

En términos generales, y desde la perspectiva de la sociología jurídica, podemos indicar que el abuso de autoridad se define como “todo acto del funcionario que se excede en sus atribuciones o facultades respecto a particulares o a la cosa pública” o

² Urquizo Olaechea, José Francisco: “Delitos en la Administración Pública”, http://www.derechoclub.com/biblio/derechopenal/9delito_adm_pub.doc. Cfr. manes, Victorio: “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, febrero, 2002.

³ Urquizo, “Delitos...” cit., pág. 3.

⁴ Abanto Vasquez, Manuel: Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, Palestra, Lima, 2003, pág. 16. Entiende el autor que el bien jurídico “administración pública” se refiere a los “servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

también como “la injusticia cometida por personas que ejercen atribuciones funcionales, administrativas, o jurídicas al rehusar hacer, retardar o exceder la autoridad atribuida a su cargo o función; perjudican a un tercero”. En el derecho penal, el asunto se restringe en gran medida y se define como “el ejercicio ilegal, arbitrario, prepotente, del poder por parte de quien ostenta la autoridad y en agravio de quien le está sometido o subordinado”⁵. La redacción contenida en el art. 376 del Código penal expone: “El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

Coinciden los autores en señalar que la redacción recogida por el legislador peruano es tan amplia que bien puede acusársele de ser la menos típica de las infracciones penales, en la medida en que puede comprender, sin mayor detalle ni especificación, innumerable comportamientos; lo que posibilita una serie de aplicaciones extensivas así como interpretaciones antojadizas y arbitrarias⁶. No obstante, siendo ese el peligro, es a la vez la esencia de la figura delictiva, puesto que corresponde a la jurisprudencia establecer la extensión de su aplicación en el ámbito jurisdiccional⁷. Nos preguntamos, ¿Cuál es la naturaleza de este delito?. En principio debemos indicar que se trata de un delito de acción o de omisión; sin embargo, parece no haber consenso respecto de si se trata de un delito de actividad (delimitación de una conducta) o de resultado (individualización de una consecuencia material) o, si es un delito de lesión o de peligro.

V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Dice Abanto Vásquez que, en el caso del delito de “abuso de autoridad” que por tratarse de un delito contra la administración pública, también se protege el correcto funcionamiento de la administración pública, sin embargo, en la pretensión de otorgar una diferencia específica al delito en cuestión señala que, se trata del bien jurídico

⁵ Cfr. Chirinos Soto, Francisco: Código Penal, Lima, 2006, pág. 820.

⁶ En la legislación comparada, para evitar esta crítica, se distingue típicamente cuales son las conductas que pueden ser calificadas como de “abuso de autoridad”. En el derecho penal de México, por ejemplo se consideran, entre otras las siguientes, 1. el servidor público que para impedir el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de una ley o reglamento solicita el auxilio de la fuerza pública o hace uso de la misma; 2. el servidor público que ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o insultare, 3. el servidor público que indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga la obligación de otorgarles, o impida la presentación o el curso de una solicitud, 4. los servidores públicos investidos de la facultad de juzgar y consiste en negarse injustificadamente y bajo cualquier pretexto, aunque sea el de oscuridad o silencio de la ley, a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por ella; 5. la negación de auxilio, reprimiendo al encargado de una fuerza pública que, requerido legalmente por una autoridad competente, se niegue indebidamente a dárselo. Cfr. Código Penal mexicano, Delitos cometidos por servidores públicos, art. 215.

⁷ Abanto cuestiona inclusive su constitucionalidad. Cf. Abanto, Los delitos contra... cit. pág. 224.

“desempeño funcional”⁸, en cuanto apego a las leyes escritas referidas a su función. La protección recae en la regularidad y, especialmente, la legalidad de los actos de los funcionarios públicos en las actividades propias de su cargo, cuyas violaciones no son castigadas por otras disposiciones legales”.

VI. EL AGRAVIO INDIVIDUAL “EN PERJUICIO DE ALGUIEN”

Según EZAINE CHÁVEZ es elemento objetivo del tipo del denominado “perjuicio del particulares”, con lo que no bastaría que el funcionario público desatienda las funciones que por le ley corresponde realizar, sino que, además, debe causar perjuicio a los particulares, afectando derechos individuales⁹. Tal consideración nos lleva al cuestionamiento, a través de dos preguntas:

- ¿Qué ocurre si el funcionario público realiza actos arbitrarios o abusa de sus funciones gravemente sin afectar derecho de terceros?
- ¿Cómo se protege los derechos e intereses del “alguien” perjudicado? ¿A través del delito de abuso de autoridad o mediante el concurso ideal de delitos?

Sobre el primer punto no habría mayor asunto que discutir. Si el elemento “en perjuicio de alguien” es una condición objetiva del tipo penal, entonces, tendríamos que indicar que no hay delito, sin perjuicio de que pueda ser pasible de una sanción administrativa.

En el segundo de los temas, ABANTO VÁSQUEZ señala que, mediante este tipo penal no sólo se protege a la administración pública sino que “también se protegen intereses de particulares”¹⁰. No somos partidarios de dicha postura. Y explicamos nuestras razones. Si atendemos a lo expuesto en los párrafos anteriores, debemos indicar que, solo existe un único sujeto pasivo del delito: la administración pública y, siendo que los individuos a quienes se agravia¹¹ no se identifican con tal concepto no podrían constituirse como parte civil agraviada en dicho delitos. Muy por el contrario, si un funcionario público, -una persona en la que el Estado ha depositado su confianza para que sea funcionario estatal- realiza un acto arbitrario cualquiera y es investigado por dicho delito, en tanto que es la “administración pública” el bien jurídico que se protege, le corresponde al titular del mismo, es decir, al Estado constituirse en parte civil y defenderse del funcionario que haciendo abuso de su función atenta contra ella.

Si seguimos la posición de profesor ABANTO, tendríamos que, además de la administración pública, tenemos como agraviado a un ciudadano cualquiera. En consecuencia, tal agraviado, por su sola condición de tal se halla en la posición de

⁸ El autor hace diferencias entre “desempeño funcional” y honradez y corrección del propio funcionario público”. Afirma que la frase segunda hace referencia a conceptos de ética y moral que, no necesariamente son protegidos por el derecho. Abanto, Los delitos contra... o.c. pág. 224.

⁹ Cfr. Ezaine Chavez, Amado: Diccionario de derecho penal, Chiclayo, 1996, palabra “abuso de autoridad”, pág. 17

¹⁰ Abanto, Los delitos contra... o.c. pág. 224.

¹¹ El concepto de agraviado, según Alfaro Pinillos es “aquella persona que ha sufrido un perjuicio o daño”. Alfaro Pinillos, Roberto: Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil, Lima, 2002, palabra “agraviado”. En el derecho procesal penal le corresponde sólo al agraviado o sus familiares constituirse en parte civil. Cfr. Ezaine, Diccionario... cit. pág. 355

solicitar su consideración parte civil en la investigación de dicho delito. Bajo esta premisa tendríamos que admitir que para un mismo tipo penal, el Estado aparecería no sólo como agraviado –y en consecuencia con derechos de ser sostenidos como parte civil– sino que además, además se presentaría como sujeto pasivo, puesto que la administración pública es responsable de los actos y omisiones que realizan sus funcionarios. En tal sentido es posible que, participe en el proceso –a solicitud del ciudadano agraviado– como tercero civilmente responsable.

Nos preguntamos, ¿es posible hallarse en doble posición dentro de un mismo delito?¹². No es posible que la Administración Pública aparezca como victimario (o cuando menos responsable civil) y víctima respecto de unos mismos hechos. Tal condición permitiría la anulación de la posibilidad de un proceso penal. Tal situación nos lleva a la revisión del concepto de bien jurídico que se pretende tutelar, o –desde nuestra perspectiva– dar cabida a una solución desde la pertinencia de concurso ideal de delitos, posibilitando que el funcionario sea procesado no sólo por el abuso de autoridad sino que además se permita su procesamiento por aquel otro delito con el que efectivamente, la persona agraviada pueda efectivamente sustentar su pretensión desde la perspectiva de un bien jurídico que por su propia naturaleza le pertenece, dígase, su libertad, su identidad, su patrimonio, su trabajo, etc.

No obstante la posición de ABANTO VÁSQUEZ, el autor afirma que “el perjuicio para alguien” es una particularidad propia del tipo penal peruano y, explica que, con la misma, el delito se convierte en uno “de resultado”. Sin embargo, tal resultado, como lo hemos dicho, no sólo supone afectación patrimonial microsocia sino que supone el “menoscabo de intereses y derechos de cualquier persona”. Y en tal sentido, es posible el concurso, específicamente, con tipos penales como “coacción” (art. 151), “daños” (art. 206), “secuestro” (art. 152) contenidos en el código penal. Eso ya es materia de otro tema.

VII. CONCLUSIÓN Y SÍNTESIS

En conclusión, si bien la intervención “el tercero” o el “particular” es pasiva en la comisión del delito de abuso de autoridad, desde el punto de vista material, se requiere de un perjuicio en su agravio para que se configure la comisión del delito, según el art. 376 del Código Penal. Tal “particular agraviado” aparece como víctima pero no necesariamente se identifica con el concepto de “sujeto pasivo delictivo” lo que permitiría la posibilidad del concurso ideal con otros delitos.

La necesidad del concurso ideal solo es posible si existiera un delito autónomo que permita protección directa e inmediata a dicho particular agraviado. La negación de esta posibilidad pone en riesgo la existencia del proceso mismo puesto que la “administración pública” no puede aparecer en el proceso penal como sujeto activo y sujeto pasivo a la vez del mismo delito.

¹² Sobre el respecto, y haciéndose referencia al concepto de partes, nos dice un autor que no es posible hablar de proceso sin que exista una dualidad de posiciones, es decir “partes en posiciones contrapuestas”. Es tajante al afirmar que no se puede hablar de un proceso con una sola parte. Barona Vilar, Silvia: “Tutela Civil y Penal de la Publicidad”, Valencia, 1999, pág. 666.

BIBLIOGRAFIA

ABANTO VASQUEZ, Manuel: Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, Lima, 2003.

ALFARO PINILLOS, Roberto: *Diccionario Práctico de Derecho Procesal Civil*, Lima, 2002.

BARONA VILAR, Silvia: *Tutela Civil y Penal de la Publicidad*, Valencia, 1999.

CHIRINOS SOTO, Francisco: *Código Penal*, Lima, 2006.

EZAINE CHAVEZ, Amado: *Diccionario de derecho penal*, Chiclayo, 1996.

MANES, Victorio: “Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, febrero, 2002.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2002.

URQUIZO OLAECHEA, José Francisco: “Delitos en la Administración Pública”, en http://www.derechoclub.com/biblio/derechopenal/9delito_adm_pub.doc.