

# EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR COMO CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN DE PENA Y COMO PROTECCIÓN ESPECIAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

## *RELEVANT ASPECTS IN CRIMES WHERE BEING A PUBLIC OFFICIAL OR SERVANT AGGRAVATES PUNISHMENT, AND IN OTHERS IT PROVIDES A SPECIAL DEGREE OF PROTECTION*

Jorge Josmell Larico Portugal  
Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann de Tacna, Facultad de Derecho  
Tacna, Perú  
<https://orcid.org/0000-0001-5204-6359>

Fecha de recepción: 26/09/2022

Fecha de aceptación: 15/10/2022

Fecha de publicación: 16/12/2022

### RESUMEN

La prerrogativa de ser funcionario o servidor público conlleva la responsabilidad de realizar una correcta administración de lo público. Por un lado, se considera que el hecho de tener la condición de trabajador estatal supone una situación agravante por diversos tipos penales y, por otro, que tal condición les brinda un grado de protección si son sujetos pasivos de un delito. En este sentido, en el presente artículo, abordaremos una definición de funcionario y servidor público desde una perspectiva nacional e internacional. Además, conceptualizaremos y trataremos el delito de peculado por extensión por ser un tipo penal sui generis en su especie. En tal sentido, este artículo tiene como objetivo analizar diversos tipos penales previstos en nuestro Código Penal, en los que ser funcionario y servidor público constituye una circunstancia de mayor agravación de la pena y, en otros, donde se erige como una protección o garantía especial, motivo por el cual o bien se agrava la pena o bien se protege al funcionario público. Luego de ello, concluiremos que, en el marco de la normativa penal, la condición especial de ser funcionario público tiene sus beneficios, por cuanto brinda mayor protección; empero, también podría ser perjudicial por ser agravante e incrementaría la pena.

### PALABRAS CLAVES

Funcionario público, servidor público, delito, agravante, pena, Código Penal, tipo penal.

### SUMMARY

The prerogative of being a public official or servant entails a responsibility to carry out a correct public administration, on many occasions various criminal types consider having the status of a state worker an aggravating situation; and, in others, they provide them with a degree of protection if they are passive subjects of a crime. In this article we will address a definition from a national and international perspective of the civil servant and public servant. In addition, we will conceptualize and treat the crime of embezzlement by extension as it is a criminal type sui generis in its kind. In this sense, this article aims to analyze the various criminal types provided for in our Penal Code where being an official and public servant constitutes a circumstance of greater aggravation of the sentence and in others where it stands as a special protection or guarantee, explaining the reason why which either aggravates the sentence or protects the public official. After that, we will conclude that the special condition of being a public official has its benefits within the framework of criminal law because it gives you greater protection; in but, it could also harm as an aggravating circumstance and would increase the penalty.

### KEYWORDS

Public official, public servant, crime, aggravating circumstance, penalty, Penal Code, criminal type.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Desde inicios de los tiempos, las diferentes comunidades han buscado la forma de poder tener un orden jerarquizado y generar una estabilidad social con relación a las funciones y servicios; un claro ejemplo es la comunidad hebrea que clamaba por tener un rey que pudiera atender sus necesidades. Lo propio sucedió con los estados griegos que, divididos entre guerreros y políticos, buscaban un orden de la sociedad que favoreció el desarrollo de las diversas ciencias de la humanidad.

Bajo esa línea de ideas, las funciones de los representantes del Estado entre funcionarios, servidores, empleados públicos y demás afines, 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.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, en el presente artículo se devela la imperiosa necesidad de hacer un recuento y buscar los fundamentos por los que existen tipos penales que son agravados por cuanto son cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, pues abusando de estas, defraudan al Estado y, en vez de cumplirlas cabalmente, perpetran actos ilícitos por su condición de tales. Estos hechos conllevarán la agravación de su pena, porque constituye una circunstancia agravante. De otro lado, así como existe un mayor reproche penal de un funcionario por la comisión de un delito, también existe un resguardo mayor y adicional cuando se comete delitos en agravio de funcionarios, toda vez que su función amerita un resguardo y mayor protección que se le brinda a una persona normal; por ende, ante la comisión de delitos en agravio de determinados funcionarios, la pena se agravará.

Por ello, es muy importante, a manera de prolegómeno, recurrir a la normatividad internacional y nacional para poder definir los alcances del funcionario y servidor público, así como observar las bases administrativas y penales, y el ámbito comparado.

La prerrogativa de ser representante estatal, conlleva una responsabilidad especial en el que cometer un delito tiene mayor alcance de represión, pues el funcionario estaría abusando de las facultades que, gracias al Estado, ejerce y brinda. Posteriormente, más allá de realizar un análisis sobre la corrupción de funcionarios, lo que se expondrá son delitos donde se irroga una penalidad mayor en el caso que el autor atente contra funcionarios o servidores públicos, dicha agravación de pena ocurre en la evolución de todo el cuerpo normativo penal.

Finalmente, en el presente trabajo, se concluye que ser funcionario público es una situación de carácter muy especial que debe ser entendida bajo todas sus reglas y límites, a fin de no mellar la administración pública y, mucho menos, cometer delitos abusando de las prerrogativas por ser funcionario público.

## **II. ALCANCES SOBRE LOS REPRESENTANTES ESTATALES CON LAS DIFERENTES DENOMINACIONES Y FUNCIONES**

### **2.1. DEFINICIÓN DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO**

#### **2.1.1. EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL**

A nivel internacional, tenemos dos grandes lineamientos para poder definir lo que es un funcionario y servidor público, a saber:

### - **La Convención Interamericana Contra la Corrupción:**

La Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26757, el 05 de marzo de 1997, ratificada mediante el Decreto Supremo N° 012-97-RE el 24 de marzo de 1997 y, a la postre de su artículo 2, tiene como propósito incentivar los instrumentos a fin de prevenir, penar y castigar los actos de corrupción; además, cuenta con el objetivo de fomentar la colaboración y asistencia entre los Estados Partes, con la finalidad de garantizar la eficacia de las acciones de prevención, castigo y depuración de actos de corrupción en el marco de sus funciones públicas.

Asimismo, dicho instrumento internacional en su artículo 1, conceptualiza al funcionario público, del cual se advierte que considera un sucedáneo del funcionario público al oficial Gubernamental o Servidor, precisando que es todo funcionario o trabajador de un Estado o de sus distintas instituciones, comprendiendo a todo aquel que realice labores en representación del Estado o al servicio del Estado, independientemente del nivel que se encuentre.

Al respecto, consideramos que los conceptos funcionarios y servidores públicos no son similares, por tanto, deberían tener un tratamiento distinto y de ello no hace mención el convenio. Asimismo, es necesario que considere lo relativo al funcionario de hecho que suele usarse en la doctrina nacional.

### - **La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**

La Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada en Perú mediante Resolución Legislativa N° 28357, el 06 de octubre de 2004, y, en virtud del artículo 1, tiene como objetivo incentivar y reforzar los mecanismos para la prevención de actos de corrupción; además, la promoción de la asistencia internacional a fin de luchar contra la corrupción; finalmente, tiene como propósito fomentar que se cumpla con la rendición de cuentas de parte de los funcionarios públicos.

Asimismo, dicho instrumento internacional en su artículo 2.a. establece que un funcionario público es aquella persona que cuenta con un cargo en una entidad del Estado, indistintamente que lo haya obtenido mediante designación, elección; sea de carácter permanente o temporal, remuneración o ad honorem, sea cual sea su antigüedad; asimismo, es funcionario público, aquella que ejerza una función pública, inclusive si se desempeña en una empresa pública, o detente un cargo con servicio público; y, toda persona que sea considerada como tal, conforme la normativa vigente en el Estado Parte.

Así las cosas, es necesario anotar que la definición antes glosada tiene una mejor estructura y conceptualiza de mejor manera el término "funcionario" que la Convención Interamericana Contra la Corrupción; sin embargo, no realiza ninguna precisión respecto al servidor público. Asimismo, no considera lo relativo al funcionario de hecho que suele usarse en la doctrina nacional.

### - **Legislación extranjera relativa al funcionario Público**

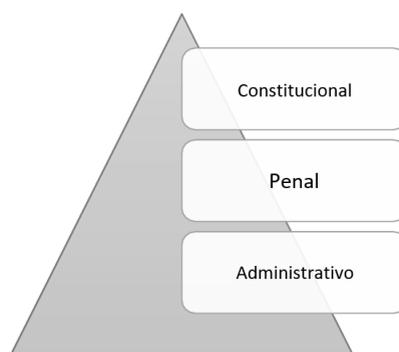
Ahora bien, la legislación extranjera proporciona alcances similares sobre el funcionario público, a saber:

- i. En Italia, se indica que son funcionarios públicos los que cuentan con una función legislativa, judicial o administrativa.
- ii. En Suiza, se precisa que los funcionarios son aquellas personas que cuentan con una función o trabajo público, sea de carácter provisional o temporal.
- iii. En Argentina, de otro lado, se señala que el funcionario público y empleado público son aquellas personas designadas para intervenir en actos de carácter público, siendo elegidas de forma popular o por nombramiento o designación de la autoridad correspondiente.

- iv. En España, finalmente, se considera como funcionario público a aquella persona que, por la ley o designación de la autoridad correspondiente, ejerce funciones de carácter público.

### 2.1.2. EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO DESDE UNA PERSPECTIVA NACIONAL

A fin de realizar una denominación de funcionario público a nivel nacional tenemos en cuenta 3 niveles, a saber:



#### - **Perspectiva Constitucional del funcionario y servidor público**

El artículo 39° de la Constitución Política del Perú, muy escuetamente, señala que los funcionarios y trabajadores públicos se encuentran al servicio de nuestra nación.

Chaname Orbe (2015) indica, respecto al artículo 39 de la Constitución, que la función pública es aquella labor efectuada por algunos ciudadanos en beneficio y al servicio del Estado, a fin de cumplir con los propósitos que el Estado tiene para con la sociedad. Anota que el funcionario realiza actividades de servicio público en pro de la ciudadanía. Además, precisa que el funcionario público debe estar presto al servicio de la nación, mas no al servicio de un partido político, gobernante, persona, etc. (pp. 489 y 490).

José Antonio Aróstegui Hirano (2005), al comienzo del artículo 39 de la Constitución Política del Perú, manifiesta que tiene dos carices; de un lado, lo relativo a que la persona se encuentra presta al servicio de la nación y, de otro lado, la jerarquía que debe haber en el marco de dichos servicios. Esta previsión normativa tiene similares características a la previsión constitucional prevista en la Carta Magna de 1928 hasta la Carta Magna de 1933. A consideración de Arostegui Hirano, el funcionario público antes se concebía solo como aquella persona con cualidades o características eminentemente políticas y en representación del Estado, elegidas por elección, nombramiento y o designación; no obstante, en nuestros días, esa concepción no está en uso debido a que la normativa actual es más amplia en el tema. (pp. 665-660).

El Tribunal Constitucional, atendiendo al artículo 39 de la Constitución materia de comentario precedentemente, refiere que la finalidad u objetivo primordial de lo relativo al servicio de la nación se circunscribe a brindar servicios públicos a la ciudadanía, en estricta sujeción y respeto a la Constitución derechos fundamentales valores derivados de la Constitución. Fuente: (STC N°0008-2001- AI/TC, f.j. 14).

En tesis, desde una perspectiva constitucional, el funcionario o servidor público es tratado escuetamente, no se precisa mayores características naturaleza u otros datos al respecto. Por tanto, es necesario escudriñar lo referente al funcionario tanto en el ámbito público, como en el penal y administrativo, de los cuales se desprenderá mayores aproximaciones del tema.

- **Perspectiva penal del funcionario y servidor público.**

Resulta imperativo tener en cuenta los alcances brindados respecto al funcionario y servidor público por el Código Penal, para dicho propósito debemos acudir al artículo 425 del citado cuerpo normativo en materia penal, del cual se desprenden 6 supuestos; y, finalmente, se tiene el numeral 7 referido a una previsión normativa *numerus apertus*, de manera que no solo se circunscribirá los primeros 6 supuestos para efectos de obtener la cualidad del funcionario o servidor público, sino también podremos echar mano a lo relativo que indica la constitución política y la ley.

A continuación, anotaremos el Código Penal, a saber:

Artículo 425

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado y, que en virtud de ello, ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositarios por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.”

El maestro Salinas Siccha (2009) manifiesta que el funcionario público es aquella persona natural o persona física que cuenta con el poder de planificar y decidir respecto a hechos que atañen al Estado, de manera que tiene el poder de dirección y orientación, en el marco de su desenvolvimiento, como trabajador del Estado. En buena cuenta, es quien detenta autoridad en la gestión pública de la administración del Estado, encarna a una dependencia pública, institución, ente o al Estado mismo, puesto que sus decisiones representan al Estado. Finalmente, manifiesta que el funcionario tiene la potestad de planificar los propósitos y las metas que la institución estatal tiene. (pp. 11 y 12).

Acota igualmente Salinas Siccha (2009) que el servidor público es aquella persona natural que brinda servicios al Estado, pero no cuenta con el poder de decisión ni planificación respecto a las labores que realiza. De manera que este trabajador no tiene mando en la labor que realiza, sino se encuentra sujeto a las disposiciones, providencias y ordenes de sus superiores jerárquicos. En tal sentido, su objetivo consiste en efectuar diariamente las labores que los funcionarios le imparten. (p. 13).

De otro lado, Frisancho Aparicio (2011) manifiesta que el concepto de funcionario, en materia penal, tiene en cuenta un aspecto extensivo, puesto que no solo se limita a considerar toda aquella persona que realice una función pública, toda vez que también considera a particulares que, esporádicamente o eventualmente, efectúan servicios o trabajos públicos. (p. 35).

Benavente Chorres & Calderon Valverde (2012) comentan respecto al artículo 425 del Código Penal y manifiestan que un funcionario o servidor público debe ser comprendido de la siguiente forma: 1 Aquellos comprendidos en la carrera administrativa, dado que acceden a cargos y jerarquías a través de selección y concurso en base a la meritocracia, y que efectúen su trabajo de forma permanente. 2. Los que tengan cargos políticos de confianza inclusive si es que son de

elección popular, en este supuesto no necesariamente provienen de elección popular sino también a través de designaciones de confianza. 3. Toda aquella persona que se encuentre trabajando para el Estado indistintamente sea cual fuera su régimen laboral y preste servicios en entidades u organismos del estado incluyendo empresas del estado o sociedades de economía mixta propias de la actividad empresarial del Estado, 4. Aquellas personas que tengan la calidad de administradores y depositarios de caudales, pese a que sean de propiedad de particulares en este supuesto verificamos la extensión del funcionario público, puesto que la autoridad correspondiente los designa con la calidad de administradores o depositarios. (pp. 84 - 86).

El Código Penal hace referencia, respecto al numeral 5, que funcionario público son los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y, que, para este propósito, deberían ser aquellos miembros que se encuentran en actividad; por tanto, no serían materia de cualificación especial de funcionario público aquellos miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en calidad de retirados. Aquellos previstos en la Constitución o en la ley, de manera que, en este apartado, entran todos aquellos que no son considerados en los supuestos anteriores puesto que tienen un régimen administrativo distinto como el Poder Judicial, docentes, funcionarios universitarios, municipales, entre otros.

En conclusión, el funcionario es aquella persona natural que brinda sus servicios al Estado y tiene capacidad de dirección, de decisión, de organización, planificación. Es decir, el funcionario puede realizar sus labores sin mayor anuencia o supervisión más que la normal, que, a diferencia del servidor que necesita siempre la orientación de parte de un funcionario. Mientras que el servidor es aquella persona natural que brinda sus servicios al Estado, pero no cuenta con la capacidad de decidir, planificar y organizar actos inherentes a su labor, puesto que requiere, indefectiblemente para realizar su labor o su trabajo, bajo las órdenes de parte de su jefe o superior jerárquico.

#### - **Perspectiva administrativa del funcionario y servidor público**

En primer término, contamos con el Decreto Supremo 005-90, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones donde se establece una definición respecto al funcionario, indica que es funcionario público en tanto sea elegido o designado por la autoridad correspondiente, en aras de desempeñar distintos cargos en las instituciones del Estado y refiere que el servidor brinda servicios en entidades. En buena cuenta, el funcionario tendría una mayor preponderancia en la toma de decisiones, pues, a diferencia del servidor, este último únicamente realiza servicios, mientras que el funcionario, además de brindar sus servicios intelectuales o físicos, también toma decisiones.

De otro lado, tenemos Ley Marco del Empleo Público – Ley N°28175, que en su artículo 4°, establece la clasificación de funcionario público, empleo de confianza y servidor público. Respecto al funcionario público, preceptúa que este trabajador del Estado realiza funciones mayoritariamente de carácter político y representa al Estado y/o a un sector de la población, a fin de desarrollar políticas de Estado y/o comandar organismos y entidades públicas. Este funcionario, según la ley antes citada, puede ser de elección popular, de nombramiento, de libre nombramiento y remoción. Tenemos que los empleados de confianza son aquellos que tienen un cargo laboral, por cuanto su jefe les brindó la confianza para efectuar determinadas labores. Este tipo de trabajador no puede exceder más del 5% de los servidores públicos en cada entidad. Como tercer supuesto, tenemos al servidor público que se divide en directivo superior, ejecutivo, especialista y de apoyo.

Seguidamente, tenemos la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República – Ley N°27785, que precisa, en lo que a funcionario y servidor público atañe, lo siguiente: El servidor y funcionario público es aquella persona que, independientemente del régimen laboral, en el que se encuentre, cuenta con un vínculo laboral, contractual con las entidades del Estado.

Además, el Código de Ética de la Función Pública – Ley N°27815 establece que los servidores públicos son aquellos trabajadores o empleados públicos que pertenecen a la administración pública en sus distintas entidades y pueden ser nombrados, contratados, designados en virtud de la confianza o elegidos por medio del voto popular y realizan actividades en beneficio y al servicio de la sociedad y del Estado.

Benavente Chorres & Calderon Valverde (2012) manifiestan que los funcionarios, desde una óptica del derecho administrativo, radican su fundamento en el ingreso a la carrera administrativa y cuentan con las características que, a continuación, se desglosan: fundamento jurídico, investidura, permanencia laboral y estabilidad, y remuneración. (pp. 83 y 83).

A su vez, Fidel Rojas Vargas (2016) manifiesta que el funcionario público, a la postre del derecho administrativo, debe contar con las características siguientes: título que origine su ingreso al servicio del Estado, debe estar premunido con las formalidades del caso, la función o toma de cargo de forma efectiva, la remuneración, la permanencia, el plazo de duración del trabajo, si fuera el caso. (pp. 91 y 92).

## 2.2. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y LEGISLACIÓN

Respecto al funcionario y al servidor público, la jurisprudencia nacional esboza diversos alcances. Para dicho propósito, vamos a presentar algunas resoluciones jurisprudenciales que desarrollan este concepto.

Así las cosas, tenemos la revisión de sentencia N°5032017 donde se establece que el artículo 425 del Código Penal preceptúa una concepción amplia del concepto de funcionario y servidor público, en tanto no consideran únicamente como funcionario y servidor público aquellos comprendidos en la carrera administrativa, a los que ejercen cargos políticos de confianza y a los miembros de las fuerzas armadas o de la policía, puesto que también consideran a aquellos que brindan servicios en organismos de economía mixta, aquellos que son designados para realizar sus servicios en entidades del Estado. Bajo esa perspectiva, se puede colegir, según la sentencia en comentario, que nuestro Código Penal recoge una concepción amplia y holística respecto al funcionario público, de manera que tal concepción es mucho más amplia que la del derecho administrativo. En buena cuenta, es un concepto autónomo exclusivo y excluyente del ámbito penal.

De otro lado, contamos con la Casación N°634-2015-Lima emitida por la Corte Suprema, de la cual se desprenden los siguientes puntos: En primer término, tenemos que las concepciones previstas en el artículo 425 del Código Penal es una relación de *numerus apertus* en aras de entender lo relativo al funcionario y servidor público, teniendo en cuenta que el funcionario público, en el ámbito del derecho penal, es distinto a los demás ordenes jurídicos; es decir, el funcionario público tiene una peculiaridad, en el ámbito penal, que es muy disímil al ámbito jurídico, administrativo, laboral, constitucional, civil, entre otros. En segundo término, tenemos que el concepto de funcionario o servidor viene a ser un elemento normativo de cada tipo penal, de manera que, necesariamente, requiere una construcción normativa, para dicho propósito nuestro artículo 425 del Código Penal brinda ese listado en aras de imputar responsabilidad penal a una persona que tiene esa cualidad. En tal sentido, a este sujeto activo denominado funcionario, se le brinda una cualidad especial o un título jurídico especial, en la medida que tiene una participación en la actividad pública, que contribuye de una u otra medida en la función estatal con sus servicios brindados, en atención al nombramiento por la autoridad competente.

Teniendo en consideración la Casación antes mencionada, podemos indicar que es funcionario público aquella persona que cuenta con un poder que ha sido otorgado por una institución o entidad pública, que se le ha conferido la responsabilidad de tomar decisiones conforme a la normativa correspondiente y debe cumplir cabalmente con sus obligaciones, no extralimitándose en ellas.

En buena cuenta, atendiendo a las dos jurisprudencias antes mencionadas párrafos arriba, se puede colegir que el funcionario o servidor público se encuentra previsto en el ámbito penal en el artículo 425 de nuestro Código Penal; y, en dicho apartado normativo, se precisa una lista o una relación *numerus apertus* de manera que no se circunscribe al listado previsto en dicho artículo, sino que se deja abierta la posibilidad para que pueda definirse a un funcionario en otros supuestos que los nombrados. Este término de funcionario público constituye un elemento normativo de manera que no es un término de fácil entendimiento, sino que debe de recurrirse al campo jurídico para saber el concepto de este y, para dicho propósito, nos remitimos al artículo 425 del Código Penal. Finalmente, podemos referir que, a efectos de poder conceptualizar al funcionario público en el ámbito penal, es preciso indicar que no se limita o se circunscribe al funcionario desde una perspectiva administrativa, sino que tiene un contenido mayor e incluso distinto al ámbito laboral, constitucional o civil.

### **III. UN CASO ESPECIAL: EL FUNCIONARIO QUE NO ES FUNCIONARIO, A PROPOSITO DEL DELITO DE PECULADO POR EXTENSIÓN**

Los delitos contra la Administración Pública se encuentran contemplados en el Título XVIII del Código Penal, el mismo que se divide en el Capítulo I sobre Delitos cometidos por particulares y el Capítulo II sobre Delitos cometidos por funcionarios públicos, dentro de este último rubro encontramos el delito previsto en el artículo 387° de Peculado, el cual expresamente señala: *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)”*.

El delito de peculado doloso se configura cuando el funcionario o servidor público, para su provecho o de terceros, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos del Estado que debería de cuidar, resguardar y velar por su protección, por motivo del cargo que se le confía.

Además, contamos con el delito de peculado en su forma culposa, mismo que se perpetra cuando un trabajador del Estado por culpa o no diligencia, conlleva a que un tercero aparte del Estado y de su cuidado, efectos o caudales que han sido puestos a la guarda del funcionario, pese a que debería cuidarlos y velar por su correcto resguardo.

Debemos considerar que, para la configuración del delito de Peculado, debe tenerse en cuenta: 1) Delito de infracción de deber; 2) El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza el bien; 3) Bienes del Estado confiados al autor; 4) Perjuicio patrimonial (Ejecutoria Suprema Expediente N°3858-2001).

Las modalidades citadas en los párrafos precedentes no serían las únicas que el ordenamiento penal tiene para sancionar el Peculado, pues el artículo 392° del Código Penal nos menciona la figura de la “Extensión de punibilidad”, que establece que el delito de peculado también es extensivamente aplicado a aquellas personas que administren o custodien dinero de propiedad de entidades de beneficencia o sucedáneas; además, también es posible que cometan este delito de peculado por extensión, ejecutores coactivos, administradores, depositarios de dinero, de bienes embargados, pese a que estos pertenezcan a personas particulares.

El peculado por extensión se suele conocer como peculado impropio, por cuanto debemos clasificar que el peculado propio es aquel previsto en el artículo 387, sea peculado por apropiación o peculado por utilización, además, del peculado culposo que tiene en contrapartida el peculado impropio, el cual es el peculado por extensión, denominado de esta forma por cuanto consideramos que, en este aspecto, a diferencia del peculado propio, el sujeto activo no es un funcionario como tal, por ende, el sujeto activo no sería un funcionario con la designación como tal, sino sería un

particular a quien una autoridad o un funcionario designó para custodiar o resguardar bienes o dinero para el Estado o particulares, por tanto, esta situación devendría en un caso *sui generis* de este peculado cuando no se es funcionario en estricto sentido.

Por extensión, también podríamos incluir a los siguientes encargados: a) Administradores o custodios de dinero de las entidades de beneficencia y similares; b) Administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a terceras personas particulares; c) Personas o representantes legales de personas jurídicas que administran o cuiden dinero o bienes dirigidos a fines de ayudar programas de apoyo social.

Aquí podemos señalar que dichos personajes tienen una categoría de particulares que han tomado un poder o facultad estatal por encargo y se les brinda una responsabilidad esencial y, por eso, son incluidos en la modalidad extensiva.

En la práctica, existe una interrogante ¿Qué sucedería en el caso que una persona a quien se le ha encargado la obligación de cuidar, custodiar, resguardar o administrar bienes del estado cometería delito de rehusamiento de entrega de bienes a la autoridad o peculado por extensión? Para este propósito, es necesario traer a colación la Ejecutoria Suprema N°1118-2002 que establece que el peculado por extensión básicamente es la facultad de utilizar un bien de forma ilícita; mientras que, de otro lado, el delito de rehusamiento tiene su naturaleza en desobedecer un requerimiento de la autoridad, conforme se preceptuó en la Ejecutoria Suprema 2212-2004. Si se tiene en cuenta estos aspectos antes indicados, podemos traer a colación el caso dispuesto en la Ejecutoria Suprema N°3000-2002 en el que la SUNAT requirió y se le otorgó un embargo y nombró un depositario y este último dispuso de los bienes, por tanto, se estableció que se cometió el delito de peculado por extensión.

Otro caso sucede respecto al delito de peculado por extensión con el artículo 190 referido a la apropiación ilícita. Pues bien, primero es menester referirnos que el delito de apropiación ilícita se realiza cuando una persona, en su beneficio o en favor de un tercero, se apropia ilícitamente de un bien, de una suma dineraria o un valor que recibió en depósito comisión, administración u otro título similar, que le constriña a devolver o entregar el bien. Básicamente, existiría una suerte de concurso aparente de leyes entre el delito de peculado por extensión y el delito de apropiación ilícita. Sin embargo, tenemos la Ejecutoria Suprema N°3396-2010-Arequipa que fijó pautas y lineamientos para resolver este conflicto aparente de leyes, que, a la luz del principio de replicación de la ley - previsto en nuestra Constitución Política del Perú específicamente el artículo 139 numeral 11- debería de fijarse y atribuirse el delito cuya pena es más baja, por tanto, debería sancionarse el delito de apropiación ilícita mas no el del peculado por extensión. A propósito, existen dos posturas sobre la responsabilidad que detallamos a continuación:

Primera Postura	Segunda Postura
La postura doctrinal señala "El autor realiza actos de apropiación sin conexión estatal de estos al tratarse de bienes particulares no teniendo fines públicos, contrario al peculado por extensión donde debe existir obligatoriamente una vinculación del dinero o caudales con la administración pública".	Esta postura adversa se ampara en el solo encargo de procesos civiles entre partes ajenas al Estado, considerando de referencia algunos pronunciamientos supremos como: a) Ejecutoria Suprema Nro. 2272-2002; b) Ejecutoria Suprema Nro. 802-2004; c) Ejecutoria Suprema Nro. 1716-2004; d) Ejecutoria Suprema Nro. 3764-2001; e) Ejecutoria Suprema Nro. 3245-2000.

Como tercer punto, tenemos otro problema al respecto, el relacionado o previsto en el artículo 386 del Código Penal sobre la responsabilidad de peritos, árbitros y contadores cuando se aplique en patrocinio ilegal. Al respecto, consideramos que, ante un supuesto fáctico de apropiación o utilización de bienes, debería imputarse el delito de peculado por extensión mas no el artículo 386, puesto que no habría mucha relación respecto al delito 386 con el supuesto fáctico. Por ende, no existiría mayor problema al respecto.

Como cuarto y último punto, tenemos el supuesto previsto en el artículo 396 sobre corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, que emite una pena al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro servidor jurisdiccional similar o sucedáneo respecto al cohecho pasivo. En este aspecto, de igual forma que el anterior punto, no existe mayor debate, salvo una similitud muy pero muy tenue. Por tanto, debería acudir al peculado por extensión en tanto se desarrolle de mejor forma este supuesto fáctico.

#### **IV. TIPOS PENALES DONDE SE AUMENTA LA PENA POR ATENTAR CONTRA UN FUNCIONARIO PÚBLICO**

A manera de prolegómeno, es necesario tener en cuenta que existen tipos penales donde se brinda una mayor protección y resguardo a determinadas personas por una determinada condición. Esta situación se da en virtud de que se pretende proteger a estas personas por tener una calidad o cualidad especial que es merecedora de mayor resguardo. Por tanto, es necesario aumentar la pena cuando se agravie a un funcionario.

##### **4.1. Homicidio Calificado**

El primer tipo penal, donde brinda un mayor y mejor protección a un funcionario, es el tipo penal previsto en el artículo 108-A del Código Penal respecto al homicidio calificado por la condición o la situación que tiene la víctima. En buena cuenta, cuando una persona mata a un alto funcionario, previsto en el artículo 139 de nuestra Constitución; además, matar a un miembro de la policía nacional, fuerzas armadas, magistrado del Poder Judicial, Ministerio Público o del Tribunal Constitucional, u otra persona elegida por el mandato popular en el ejercicio de sus funciones. En este aspecto, es importante destacar que la persona es agraviada en su vida por cuanto se estaba desempeñando en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, es necesario que, en el caso en concreto, se pueda verificar que se mató al funcionario en tanto efectuaba sus funciones o a consecuencia de ellas. En el caso contrario, es decir, cuando la persona prevista en el artículo antes citado, fuera asesinada fuera del contexto del ejercicio de sus actividades u acciones propias e inherentes a su cargo, entonces, no ameritaría aplicar esta agravante.

En este delito de homicidio calificado agravado por la condición de la víctima, tenemos un delito de carácter común puesto que, al referirse y al usar el término "El", se advierte que el sujeto activo o el agente de la comisión del delito no tiene una cualidad o situación especial que amerite conllevar a un mayor injusto. El verbo rector viene a ser básicamente matar, la acción de quitarle la vida a una persona. Sujeto activo, es el que estaría constituido por la persona que mata sin la necesidad de tener una condición adicional. Sujeto pasivo, es aquel funcionario miembro de la policía, Poder Judicial, Ministerio Público o del Tribunal Constitucional o fuerzas armadas cuya pena, por tener la calidad de agente, es de 25 a 35 años. Finalmente, se puede evidenciar que, en este tipo de delitos, el bien jurídico protegido es la vida.

En ese punto, observamos claramente que la protección de la vida de un alto funcionario tiene un valor especial; sin embargo, dicho hecho debe darse en el ejercicio propio de sus funciones, debiéndose contemplar la diversa normatividad constitucional y administrativa en el que se detalle su rol, prerrogativas y la designación de su cargo.

## **4.2. Lesiones graves**

En el mismo apartado de delitos contra la vida el cuerpo y la salud, tenemos la protección especial que brinda el Código Penal respecto al delito de lesiones graves. Este delito se encuentra previsto en el artículo 121° numeral 1) del segundo párrafo del Código Penal. En este caso, se pretende castigar a aquella persona que atente contra la integridad física o psicológica de miembros de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público, magistrados del Tribunal Constitucional, autoridad elegida por mandato popular y, también, a aquella autoridad administrativa. En este caso, es necesario precisar que, cuando se está ante una situación o un delito agravante, es menester verificar que concurra, en primer término, la figura base; es decir, la configuración del artículo 121 del código penal referente a lesiones graves.

En el párrafo citado, observamos que primero, las lesiones graves deben contemplar lo siguiente: 1) pongan en peligro inminente la vida de la víctima; 2) mutilen un miembro u órgano del cuerpo humano, causen una incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente; 3) las lesiones con más de veinte días de incapacidad médico legal o descanso, así como un nivel grave o muy grave de daño psíquico.

En buena cuenta, estamos ante un delito común, por cuanto no se requiere indefectiblemente que el delito sea cometido por un funcionario público, en tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona. De esta manera, la configuración típica se detalla a continuación. El sujeto activo es una persona común sin necesidad que concurra sobre ella una cualidad especial. El sujeto pasivo viene a ser un funcionario público magistrado del Poder Judicial, Ministerio Público, autoridad política, autoridad administrativa, miembros de la policía nacional y de la vida castrense, que vendría a ser las fuerzas armadas. La lesión típica vendría a ser lesionar que, básicamente, es deteriorar la integridad física y psicológica de una persona, así pues, el bien jurídico vendría a ser la integridad física, es decir, su salud. El verbo rector es lesionar que básicamente radica en causar lesiones o deterioro a la salud o integridad psicológica o física de la persona que perjudique, con un mínimo de 20 días de incapacidad médica legal o descanso, o tenga un grave defecto psíquico y a su salud.

## **4.3 Lesiones leves**

En el mismo sentido, tenemos el artículo 122 numeral 3 del Código Penal relativo a las lesiones leves, que estipula que se agravará la pena cuando la víctima de las lesiones leves es un miembro de la Policía Nacional, fuerzas armadas, Poder Judicial, Ministerio Público o del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por el mandato popular.

En este caso, existe un mayor reproche penal por cuanto estaría agravando a una persona que tiene una investidura que exige un mayor cuidado y resguardo de su vida. El sujeto activo vendría a ser una persona cualquiera por cuanto no existe cualidad especial. Sujeto pasivo viene a ser los miembros de la vida castrense, Policía Nacional, miembros del Poder Judicial, Ministerio Público o del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por el mandato popular. El verbo rector vendría a ser las lesiones que supone deteriorar la integridad.

## **4.4 Secuestro**

Desde otra perspectiva del bien jurídico, tenemos el delito contra la libertad, previsto en el artículo 152 primer párrafo numeral 3, específicamente el delito de secuestro que reprime la privación de libertad de aquella persona que tenga como cualidad especial la de funcionario o agente del estado. En buena cuenta, verificamos que existe una agravación de pena cuando se secuestra o se priva de

la libertad locomotora a una persona que tiene una cualidad especial de ser funcionario público. En este tipo penal, verificamos que la configuración se puede circunscribir en los siguientes aspectos: en primer término, tenemos que el sujeto activo es cualquier persona puesto que es un delito común y no requiere una cualidad especial. Cuando hablamos de esta agravante, el sujeto pasivo viene a ser el agraviado que es un funcionario o servidor público. El verbo rector es secuestrar que básicamente vendría a ser la privación injustificada de la libertad locomotora indistintamente sea el tiempo el motivo o el móvil o finalidad del secuestro. El bien jurídico viene a ser la libertad locomotora. Y, finalmente, la pena viene a ser no menor de 20 ni mayor de 30 años. El bien jurídico vendría a ser la libertad locomotora.

Además, se advierte que la pena es una de las más altas contempladas en agravio de un miembro del Estado. A propósito de este caso, es necesario traer a colación el Recurso de Nulidad N°903-2019-Apurímac, relativo al delito de secuestro en agravio de funcionarios públicos, puesto que existiría una superposición entre la proposición jurídica del artículo 152 primer párrafo numeral 3 del Código Penal frente a la jurisdicción comunal, toda vez que el artículo 149 de la Constitución establece la posibilidad de que las rondas campesinas, autoridades comunales y nativas tengan un foro comunal jurisdiccional que, dentro de su ámbito geográfico y, a partir del derecho consuetudinario, puedan realizar ciertos castigos por la comisión de delitos; pero, debe tenerse en consideración que estas acciones o castigos que realizan las autoridades comunales no deben vulnerar derechos fundamentales de la persona; por tanto, consideramos que, en un caso en concreto, debería verificarse si se vulneró un derecho constitucional y se analizaría a la postre del principio de proporcionalidad, a fin de verificar si se perpetró el delito de secuestro o, en su defecto, fue una consecuencia propia de la jurisdicción comunal.

#### **4.5 Extorsión**

Tenemos el tipo penal de extorsión, previsto en el literal 6 en el párrafo 7 del artículo 132 del Código Penal, que castiga a aquella persona que por medio de la violencia o la amenaza constriñe a otra a entregar un beneficio económico, o de cualquier otra índole y, específicamente, como agravante cuando el agraviado realiza una función pública. Básicamente, tenemos que el delito de extorsión se encuentra agravado cuando es en perjuicio de un funcionario público, y, aunado a lo antes señalado, tenemos cuando se realice en agravio de un miembro del ámbito de relaciones exteriores, es decir, de la diplomacia. En buena cuenta, consideramos que es un delito pluriofensivo, pues, además de violar o vulnerar la libertad personal, también conculca la función estatal de manera que le impide llevar a cabo su función pública, pues la restringe. Este tipo penal tiene como sujeto activo cualquier persona que no tiene una cualidad especial. El sujeto pasivo específicamente respecto al agravante, es el funcionario o representante diplomático. Bien jurídico viene a ser la libertad personal. El verbo rector es obligar a una persona a realizar determinada acción. Los medios típicos son la violencia y la amenaza. Y la configuración de este tipo penal estriba en constreñir a una persona para que realice determinada acción específicamente en agravio del funcionario público.

#### **4.6 Difamación**

Por último, tenemos la figura del delito de difamación previsto en el artículo 132 en concordancia con la excusa prevista en el artículo 134, específicamente la figura jurídica "excepto veritatis". Esta figura permite que aquella persona imputada por el delito de difamación, cuente con la posibilidad de demostrar que los hechos atribuidos en contra de un funcionario público puedan ser verdaderos. En este aspecto, vemos que la persona tiene la posibilidad, a fin de no ser condenada por el delito de difamación, de poder buscar los medios y mecanismos necesarios para demostrar que los hechos presuntamente atentatorios contra el honor sean validados, de manera que ya no mellen el honor, puesto que estos hechos serían verdaderos.

En buena cuenta, todo lo antes señalado se puede resumir en la figura que a continuación presentamos:

<b>ARTÍCULO CÓDIGO PENAL</b>	<b>TIPO PENAL</b>	<b>PENA</b>	<b>BIEN JURIDICO</b>
108-A del Código Penal	Homicidio calificado	25 a 35 años de pena	Vida
121.1 del segundo párrafo del Código Penal	Lesiones graves	6 a 12 años de pena	Cuerpo y la salud
122.3 del Código Penal	Lesiones leves	3 a 6 años de pena	Cuerpo y la salud
132 y 134.1 del Código Penal	Difamación	-	Honor
152.3 del primer párrafo del Código Penal	Secuestro	20 a 30 años de pena	Libertad personal
200 párrafo séptimo literal c del Código Penal	Extorsión	No menor a 30 años de pena	Libertad

#### **V. TIPOS PENALES EN LOS QUE LA PENA SE AGRAVA POR LA COMISIÓN DEL DELITO POR TENER LA CUALIDAD ESPECIAL DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO**

Mediante Ley N°31146 emitida en fecha 30 de marzo de 2021, se modifica la Ley N°28950, denominándose Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de sistematizar los artículos referidos a la trata de personas y explotación, y considerar estos como delitos contra la dignidad humana.

En este extremo, debemos observar el tipo penal previsto en el artículo 129-A y 129-B primer párrafo numeral 1 del Código Penal.

En este apartado, tenemos previsto el artículo 129 a y b del Código Penal donde básicamente se prevé el delito de trata de personas y sus formas agravadas. En este aspecto, es necesario realizar unas cuantas anotaciones relativo al delito de trata de personas, el mismo que se configura a través de distintos medios comisivos como violencia, amenaza u otras formas como fraude, engaño, abuso de poder, de confianza, del estado de vulnerabilidad u otros para poder captar, transportar, trasladar, acoger, recibir a una persona en nuestro territorio nacional o sino para que salga del país, con el propósito de ser explotada. Este delito es de tipo penal, de un gran reproche e injusto penal, de manera que merece un castigo ejemplar, por cuanto la persona que comete este delito abusando de su función, a través de distintos medios comisivos, vulnera la dignidad de otras personas por medio de la explotación. Este tipo penal de trata de personas fue conocido como el delito de trata de blancas; sin embargo, a la fecha consideramos que este es un término anacrónico y desfasado puesto que ya no es necesariamente una explotación solo a las personas blancas sino a todo tipo de persona, incluida a personas afroamericanas, niños, niñas, adolescentes, madres e incluso jóvenes. Este delito tiene una gran pena puesto que perjudica no solo a la persona explotada sino también a la propia sociedad en su conjunto.

Bajo ese contexto, tenemos la agravante prevista en el artículo 129.b del Código Penal primer párrafo donde estipula que la pena será de 12 a 20 años si es que este delito de trata de personas es cometido por un funcionario abusando de sus funciones. Este funcionario o servidor público hace mal uso de su función encomendada por el Estado, los verbos rectores típicos: captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a una persona en territorio o permitir su salida para ser explotada. En otros términos, esta figura tiene un reproche por cuanto al funcionario se le brinda la posibilidad de decidir sobre las situaciones del Estado, pero, muy lejos de esas acciones, lo que realiza es explotar a personas. Imaginemos aquel caso en el que un funcionario de Migraciones o del Ministerio de Transportes permita el ingreso de otras personas al país de forma ilegal, maquinando con el transportista que lleva a estas personas con el fin de que sean explotadas en la selva central, de esta manera, evidenciamos el mal uso de esta atribución del funcionario de Migraciones y del Ministerio de Transportes que omite realizar un control exhaustivo y minucioso conforme a sus atribuciones, por tanto, requiere mayor reproche penal.

El sujeto activo es cualquier persona respecto al tipo base, salvo los aspectos agravados donde puede ser un funcionario público, cuando es miembro de una organización de ayuda social, cuando es un tutor, conviviente o cónyuge o por ser miembro de la organización criminal, entre otros aspectos. Sujeto pasivo es cualquier persona incluso puede ser un niño, niña, madre, entre otros. Tiene una gran cantidad de verbos rectores por la comisión de este delito que estribaría en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a una persona. Los medios comisivos vendrían a ser la violencia, la amenaza, coacción, fraude, engaño, situación de vulnerabilidad y otros. Bien jurídico viene a ser la dignidad humana.

Al respecto, debemos de considerar que, si la víctima tiene una categoría especial por su grado de vulnerabilidad, resulta mucho más lesivo que el autor del delito utilice su poder estatal para cometer dichas acciones delictivas. La legislación comparada el Código Penal Argentino agrava la pena expresamente con la siguiente terminología “*el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria*”; aquí observamos que la agravante es específica a funcionarios.

### **5.1 Participación en pandillaje pernicioso**

Existen distintos tipos penales que sancionan el mal accionar de los empleados públicos. Tenemos a continuación el previsto en los delitos de atentados contra la patria potestad, específicamente en el artículo 148-A del segundo párrafo numeral 3 sobre participación en pandillaje pernicioso.

Estriba en instigar e inducir a menores de edad a participar en grupos de menores que atenten contra bienes jurídicos de manera que cometan infracciones a la ley penal respecto a la vida, patrimonio o la libertad sexual de las personas, también para dañar bienes públicos o privados. Está destinado a reprimir a aquellas personas que persuaden o coadyuvan a que menores de edad participen en pandillas de menores de edad. Y es una agravante que el funcionario público o servidor público instigue a realizar estas incorporaciones a estas pandillas puesto que el servidor o funcionario público proyecta una imagen de protección de los bienes estatales y, además de protección de cara a más bienes jurídicos, especialmente a las personas más vulnerables, que vienen a ser los menores de edad.

Si bien es sancionable y repudiable utilizar a menores de edad para fines ilícitos, es mucho más reprimible cuando se trata de un representante estatal, por los mismos conocimientos que posee y la imagen proyecta frente a la comunidad.

## 5.2 Allanamiento ilegal del domicilio

En esta clasificación, podríamos incluir el delito de Allanamiento ilegal de domicilio, previsto y sancionado en el artículo 160 del Código Penal. El artículo expresa que el funcionario o servidor no cumplió con las modalidades prescritas por ley y es autor del aludido delito, a diferencia de la violación del domicilio general que cualquier ciudadano puede cometer; por tal razón, inclusive en este delito se fija la figura de inhabilitación del ejercicio de las funciones.

En este apartado, tenemos lo relativo al delito de allanamiento ilegal previsto en el artículo 160. En este extremo, es necesario advertir que el delito de violación ilegal del domicilio tendría un mayor injusto cuando se realiza por un funcionario que no cumplió escrupulosamente con los requisitos que la ley franquea. De esta manera, esta poca diligencia es reprimida con mayor gravedad por el Código Penal.

## 5.3 Interferencia telefónica

También, observamos que el derecho constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones es protegido por el ordenamiento nacional, se aprecia que el artículo 162° primer párrafo numeral 1) del Código Penal sanciona la conducta de interferencia telefónica.

Este tipo penal se agrava por la situación del agente, pues se considera que tiene las facultades para obtener la información, pues no cualquier ciudadano tiene acceso a obtener datos clasificados; se tiene en cuenta, además que el empleado público podría realizar muchas cosas con la información. Por tanto, defrauda el correcto mantenimiento de la administración confiada; situación análoga ocurre en el tipo penal previsto en el artículo 162-B numeral 1 sobre interferencia de comunicaciones electrónicas, de mensajería instantánea y similares.

## 5.4 Violación sexual

Continuamos con el análisis de la normatividad penal y la búsqueda de los diversos tipos penales en los que el empleado público tiene una situación especial y nos remitimos al rubro de los delitos de violación de la libertad sexual, previsto y sancionado en el artículo 170 numeral 7 de violación sexual del Código Penal.

En este extremo, debemos de considerar que la agravante radica principalmente en que la víctima tiene una confianza en que el autor la protegerá o velará por sus derechos y, en algunos, casos existe un mandato de protección legal específica; por ejemplo, la prevista en el artículo 248° del Código Procesal Penal sobre – Medidas de Protección que señalan “*Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes: a) Protección policial (...)*”; justamente en estos alcances especiales es la razón de ser de la conducta agravada.

## 5.5 Usurpación

Los delitos contra el patrimonio también cuentan con situaciones en las que el empleado público es pasible de una sanción mayor. De acuerdo a la Ley N°30076 y para fortalecer el delito de usurpación o lograr una eficacia mayor para su represión, se estipuló, en el artículo 204° numeral 7, que se reprime al funcionario que usurpa abusando de su cargo.

*“La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de doce años e inhabilitación según corresponda, cuando la usurpación se comete: (...)*

7. Abusando de su condición o cargo de funcionario o servidor público de la función notarial o arbitral.”

Queda claro que el legislador ha buscado una protección de los diversos predios en múltiples formas, tanto más, cuando las personas tienen a su alcance la facilidad de ubicar predios, verificar límites registros, etc., esta agravante surge en la Ley No. 30556 – Ley que aprueba disposición de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres; asimismo, dispone la creación de la autoridad para la reconstrucción con cambios. Se conoce que, si bien el Estado debe garantizar la vivienda de la ciudadanía, esto no debe ser aprovechado para fomentar el accionar de ocupantes precarios con apoyo de empleados públicos.

### **5.6 Alteración de billetes y monedas**

Los delitos monetarios no son ajenos a esta clasificación y tenemos el delito de alteración de billetes y monedas previsto en el artículo 256 del Código Penal concordado con el artículo 257-A numeral 3 de aludido cuerpo normativo, que establece que, si el agente ha laborado en el Banco Central de Reserva del Perú, agrava el tipo penal; ello considerando que dicho profesional tiene un alcance especial sobre los conocimientos propios del tráfico monetario correcto.

### **5.7 Tráfico de drogas**

El tráfico ilícito de drogas es el primer delito que mueve el mercado negro económico, supera a la trata de personas y venta de armas ilícita; dicha conducta se encuentra tipificada en el artículo 296 del Código Penal – Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros, que encuentra su forma agravada en el delito previsto y sancionado en el artículo 297 numeral 1 de aludido cuerpo normativo, en el que sanciona cuando el tráfico de drogas es realizado por un profesional que abusa de su cargo.

En este extremo, vemos claramente que se deja abierta la posibilidad de que cualquier empleado público cometa el delito y agrave la situación, ello considerando que el comercio de droga involucraría que el Estado sea ineficiente en sus funciones y para lo cual debe contar con empleados públicos que no se presten para favorecer o contribuir con dichas acciones; inclusive, muchas veces, dicha conducta se encuentra estrechamente vinculada con la corrupción de funcionarios.

### **5.8 Tráfico de migrantes**

Los delitos contra el orden migratorio, guardan relación con los que atacan la dignidad humana, toda vez que son el primer peldaño para el ingreso de personas vulnerables a otra nación donde se encontrarán desprotegidos. El artículo 303-A del Código Penal tipifica el Tráfico Ilícito de Migrantes de la siguiente manera:

“El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.

Dicha figura delictiva se agrava mediante el artículo 303-B numeral 1 del Código Penal, bajo la siguiente forma:

“La pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme el artículo 36° incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuando:  
1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública (...).”

Si bien es cierto que en nuestro país la institución encargada del control migratorio de los diversos ciudadanos y la verificación documental de dicho tráfico es la Superintendencia Nacional de Migraciones, debemos de considerar que, en muchas ocasiones, la informalidad e ilegalidad se encuentran en los puestos fronterizos, lugares alejados, donde los autores del delito aprovechan de la necesidad de diversas personas que buscan bienestar en otro país; por ello, si un funcionario o servidor público apoya dichos actos solo fomentará que el tráfico irregular de personas continúe y su posible explotación o daño a su dignidad.

### **5.9 Tráfico ilegal de especies**

Otra tipología penal, nos remitimos a los delitos contra los recursos naturales, donde observamos lo previsto en el artículo 308° del Código Penal sobre el Tráfico Ilegal de especies de flora y fauna silvestre, concordado con el artículo 309 numeral 3 de aludido cuerpo normativo, que señala:

En los casos previstos en los artículos 308, 308-A, 308-B y 308-C, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años cuando el delito se cometa bajo cualquiera de los siguientes supuestos: (...)

3. Cuando es un funcionario o servidor público que omitiendo funciones autoriza, aprueba o permite la realización de este hecho delictivo en su tipo básico, o permite la comercialización, adquisición o transporte de los recursos de flora y fauna ilegalmente obtenidos.

En este apartado, tenemos un reproche mayor realizado por el legislador referido al sujeto activo, por cuanto se podría presumir que el funcionario público debería cumplir con sus atribuciones a carta cabal; sin embargo, en este extremo, el funcionario, lejos de respetar el mandato imperativo que el Estado le confió, omite sus funciones coadyuva a la perpetración de este delito contra los recursos naturales y tráfico ilegal de especies, flora y fauna silvestre. Es el caso, por ejemplo, de aquel trabajador de SENASA que permite traficar ilegalmente determinada flora. O el caso de aquel trabajador de SERFOR, que, en vez de proteger fauna, coadyuva al tráfico y comercialización de la fauna silvestre.

### **5.10 Marcaje o reglaje**

Mediante Ley N30. 30076 emitida el diecinueve de agosto del dos mil trece, se modificó el artículo 317-A del Código Penal relativo al “Marcaje o reglaje”, el cual incorpora su modalidad agravada de la siguiente manera:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176-A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años cuando el agente:

1. Es funcionario o servidor público y aprovecha su cargo para la comisión del delito (...).

En este aspecto, está el reproche mayor por la comisión del delito de marcaje o reglaje de parte de un funcionario o servidor, pues aprovecha de su cargo para brindar información en aras de ejecutar conductas ilícitas a través de distintos mecanismos para la perpetración de diversos ilícitos, como el uso de armas u otros. Básicamente, el funcionario que, abusando de sus atribuciones, coadyuva a la perpetración de este delito. Véase por ejemplo el caso de aquel policía que realiza labores de seguimiento no propias de su institución, como podría ser un OVISE (observación, video, vigilancia y seguimiento) que realiza el seguimiento para saber las actividades de un empresario

para que, posteriormente, sea asaltado. En tal sentido, es una mayor pena por no cumplir con su misión y por el contrario atentar contra ella.

### **5.11 Encubrimiento personal**

En los delitos contra la administración de justicia, resalta la figura del Encubrimiento Personal previsto en el artículo 404° del Código Penal, también encontramos una circunstancia agravante bajo el siguiente tenor: *“Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años”*.

Contamos con el delito de encubrimiento personal cuyo mayor reproche es cometido por un funcionario. puesto que este funcionario, en irrespeto total a sus funciones y desmedro a las mismas, abusa de su cargo. Tiene una estrecha relación con investigar el caso y encubre o solapa a una persona. Básicamente, este delito es cometido por los encargados de las investigaciones penales o de custodia de delincuentes. El típico ejemplo puede ser el de un policía que tenía la obligación de custodiar a una persona detenida, sin embargo, deliberadamente permite que este ranqueado delincuente se escape de la comisaría.

### **5.12 Revelación indebida de identidad**

En mismo lineamiento, encontramos el delito de Revelación indebida de identidad previsto en el artículo 409-B del Código Penal que, en su parte relevante, señala:

Quando el Agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme el artículo 36° incisos 1, 2 y 4

Tenemos el delito de revelación indebida de identidad que se encuentra previsto en nuestro Código Penal, que tiene una circunstancia agravante cuando una persona encargada de custodiar determinada información confidencial abusando de sus atribuciones revela la identidad o el contenido de la información que se está bajo su resguardo. De esta manera, se evidencia una vulneración a su cargo en el marco de la obligación de resguardar determinada información y, por el contrario, propaga la identidad de las personas respecto a lo que debe cuidar o, en su defecto, al contenido de la comunicación.

### **5.13 Simulación de accidente de tránsito**

En los delitos contra la Fe Pública, no pasa por desapercibido lo previsto en el artículo 431-A sobre Simulación de accidente de tránsito, que prescribe lo siguiente:

Si el agente es efectivo de la Policía Nacional del Perú o el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, agente o intermediario de seguros, profesional médico o funcionario de un establecimiento de salud público o privado, la pena privativa de libertad será no menor de tres (03) ni mayor de (6) años, imponiéndosele además la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del cargo por un periodo similar a la pena principal.

Finalmente, tenemos el delito contra la fe pública que básicamente está destinado a determinados funcionarios que son la policía y miembros de los bomberos o, en su defecto, también funcionarios de la salud, cuando se simula un accidente de tránsito y los agentes activos son los funcionarios antes señalados. De esta manera, se evidencia que existe reproche para aquellas personas que, de alguna forma, están destinados a prevenir estos accidentes o a atender estas situaciones cuando

acontece un accidente de tránsito; por tanto, se evidencia este reproche cuando las acciones encomendadas son defraudadas.

<b>TIPOS PENALES DONDE SE AGRAVA LA PENA POR LA COMISIÓN DEL DELITO POR TENER LA CUALIDAD ESPECIAL DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO</b>
Participación en pandillaje pernicioso
Allanamiento ilegal del domicilio
Interferencia telefónica
Violación sexual
Usurpación
Alteración de billetes y monedas
Tráfico de drogas
Tráfico de migrantes
Tráfico ilegal de espacios
Marcaje o reglaje
Encubrimiento personal
Revelación indebida de identidad
Simulación de accidente de tránsito

Finalmente, es preciso anotar que, en la lista antes glosada, los señalados constituyen circunstancias agravantes a consecuencia de tipos penales básicos en el código penal. En otras palabras, no se hace referencia a aquellos tipos penales que, en su figura básica y en el tipo penal básico, tengan como sujeto activo a un funcionario porque no existiría, en dichos supuestos, una agravación de pena por la calidad de funcionario, sino esto sería una situación intrínseca al propio tipo penal. Mientras que los tipos penales desglosados si constituye una circunstancia agravante que genera mayor reproche penal. Por tanto, verificamos en cada uno de los casos antes descritos una defraudación a su calidad de funcionario por faltar al cumplimiento de las funciones que se le encomendaron y, más aún en muchos de los casos, nombrados, que defraudan la confianza que le brinda el Estado y comete delitos a diestra y siniestra, sin importarle las obligaciones que constriñen a actuar conforme a derecho, limitándose no solo a su actuar normal, sino yendo más allá de lo que la norma prevé y, por el contrario, su conducta linda con lo delictivo. En consecuencia, esta defraudación de sus atribuciones merece que tenga un mayor reproche, por ende, una mayor pena.

## VI. CONCLUSIONES

- El funcionario público puede ser visto desde distintas ópticas, la internacional, por medio de distintos instrumentos de carácter supranacional, cuanto, cuerpos normativos nacionales. En buena cuenta, el funcionario público es aquella persona que ha sido designada para tomar decisiones en la administración pública, representa al Estado en distintas situaciones.
- El delito de peculado por extensión es un caso sui generis de un delito de peculado, por cuanto en este caso, se evidencia que no es la persona imputada un funcionario como tal, puesto que es un tercero ajeno a la administración pública que se le está nombrando como custodio o administrador de bienes o dinero del Estado e incluso de particulares.
- Como se ha evidenciado en el presente trabajo se tiene diversos delitos en el Código Penal donde se protege a un funcionario público. Toda vez que estipula una pena mucho mayor

cuando un delito es cometido en agravio de un funcionario público en el ejercicio de su función. Por ello, debe considerarse este supuesto en tanto el funcionario se encuentre en ejercicio de su caso, mas no en retiro.

- Asimismo, tenemos tipos penales en nuestro ordenamiento penal, en el que se agrava el tipo penal básico por cuanto el delito sería cometido por un funcionario público cuando abusa de sus funciones en desmedro del cargo encomendado por el Estado. En tal sentido, es razonable que se sancione con mayor pena cuando el funcionario ha defraudado sus funciones y ha conllevado a la comisión de delitos por abusar de su cargo.

## REFERENCIAS

- Antonio, A. H. J. (2005). Capítulo IV de la Función Pública. En *La constitución comentada* (1a ed., pp. 655–662).
- Benavente Chorres, Hésbert y Calderón Valverde, L. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios*.
- Fidel, R. V. (2016). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (1a ed.).
- Frisancho Aparicio, M. (2011). *Delitos contra la Administración Pública* (4a ed.). Editora FECAT.
- Raúl, C. O. (2015). Capítulo IV de la función pública. En *La constitución comentada* (9a ed., pp. 489–490). Ediciones Legales EIRL.
- Salinas Siccha, R. (2009). Autores y partícipes en los delitos contra la administración pública. En *Delitos contra la administración pública* (3a ed., pp. 11–12).