

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES



TÍTULO:

**IMPLICANCIAS DE LA PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA
EJECUCIÓN DE LA PENA EN LOS CONDENADOS POR LOS DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN EL DEPARTAMENTO DE
TACNA, DEL AÑO 2015 AL AÑO 2017.**

TESIS

Presentado por:

Bach. OMAR PEZO JIMENEZ

Asesor:

Mag. Jorge Josmell Larico Portugal

Para Obtener el Grado Académico de:

MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

TACNA-PERU

2018

DEDICATORIA

Resulta difícil dedicar a alguna persona un trabajo de investigación, pues este no es el mérito de un solo individuo o de dos, sino de un conjunto de personas importantes para el presente autor, que brindaron un grano de arena en que se vuelva posible la misma, entre ellas está mi madre y mi padre sobre todas las cosas, mis docentes que me brindaban asesoría e ideas sin pedir nada a cambio, solo dedicación y esfuerzo y un agradecimiento muy pero muy especial, a Vanessa quien es la mujer que me soporto a mí y a mi tesis en estos últimos años.

INDICE

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.	DESCRIPCION DEL PROBLEMA	3
1.2.	JUSTIFICACION	4
1.3.	IMPORTANCIA	5
1.4.	DELIMITACION	5
1.5.	ESTABLECIMIENTO DE LAS PREGUNTAS	6
1.6.	OBJETIVOS	7
1.7.	ANTECEDENTES	8

CAPITULO II MARCO TEORICO

SUB CAPÍTULO I - LA PENA

1.	LA PENA	9
2.	TEORIAS DE LA PENA	10
3	CLASES DE PENA	27
4.	APLICACIÓN E INDIVIDUALIZACION DE LA PENA	38
5.	SUSPENSIÓN DE EJECUCION DE LA PENA Y LAS REGLAS DE CONDUCTA	44
6.	LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS	45

SUB CAPITULO II – CORRUPCION PARTE GENERAL

1.	LA CORRUPCION	47
2.	ADMINISTRACION PUBLICA	49
3.	FUNCION PUBLICA	5
4.	DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	52
5.	POLITICA CRIMINAL	55
6.	SUJETOS	57
7.	EL BIEN JURIDICO	59

8.	LA TEORIA DE LA INFRACCION DEL DEBER	64
----	--------------------------------------	----

**SUB CAPITULO III – DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA
PARTE ESPECIAL**

1.	CONCUSION (ART. 382)	65
2.	EXACCION ILEGAL (ART. 383)	72
3.	COLUSION (ART. 384)	74
4.	PECULADO (ART. 387)	82
5.	PECULADO CULPOSO (ART. 387 PARRAFO 4)	95
6.	PECULADO DE USO (ART. 388)	101
7.	MALVERSACION DE FONDOS (ART. 389)	110
8.	RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO (ART 390)	118
9.	REHUSAMIENTO DE ENTREGA DE BIENES (ART. 391)	121
10.	COHECHO PASIVO ESPECIFICO (ART. 395)	125
11.	CORRUPCION AXILIARES JURIDICIONALES (ART. 396)	130
12.	NEGOCIACION INCOMPATIBLE (ART. 399)	131
13.	ENRIQUESIMIENTO ILICITO (ART. 401)	134

**CAPITULO III
MARCO METODOLOGICO**

	FORMULACION DE	
1.	HIPOTESIS	137
2.	VARIABLES DE ESTUDIO	137
3.	TIPO DE INVESTIGACION	138
4.	DISEÑO DE INVESTIGACION	138
5.	AMBITO DE ESTUDIO	139
6.	POBLACION Y MUESTRA	139
7.	TECNICAS E INSTRUMENTOS	141

**CAPITULO IV
LOS RESULTADOS**

1.	DESCRIPCION DEL TRABAJO DE CAMPO	143
2.	DISEÑO DE LA PRESENTACION DE RESULTADOS	143
3.	PRESENTACION DE RESULTADOS	144
4.	COMPROBACION DE HIPOTESIS	175

CAPITULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.	CONCLUSION	180
2.	RECOMENDACION	181
	BIBLIOGRAFIA	187
	ANEXOS	194

RESUMEN

La prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los condenados por los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios, es una investigación del tipo aplicada que busca dar una respuesta de solución a una norma prohibitiva del Código Penal, que afecta gravemente nuestro sistema jurisdiccional, generándose afectaciones en la independencia de criterio de los jueces, colisionando gravemente con los principios rectores de la pena, siendo muy alarmante esta situación pues se genera un desequilibrio jurídico al no respetar los límites del poder punitivo estatal.

ABSTRACT

The prohibition of the suspension of the execution of the sentence on those convicted of offenses against public administration committed by officials is an investigation of the applied type that seeks to provide a solution to a prohibitive norm of the Penal Code, which seriously affects our jurisdictional system, generating affectations in the independence of criteria of the judges, colliding gravely with the guiding principles of the penalty, being very alarming this situation because a legal imbalance is generated when it does not respect the limits of the punitive state power.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el Perú se encuentra frente a un fenómeno delincencial difícil de frenar; corrupción. Con el transcurrir de los años el Estado suma esfuerzos para combatir este mal, a ellos se deben las normas especializadas en corrupción de funcionarios, la fiscalía especializada en delitos de corrupción, las Procuradurías Públicas Anticorrupción y el juzgado especializado en delitos de corrupción; pero todo ello resulta ineficaz si afectan derechos, principios que se encuentran consagrados por legislación y constitución. En ese sentido, la independencia de criterio judicial, los principios rectores de la pena (como el principio de razonabilidad y proporcionalidad) que generan la ley 30304 y el decreto legislativo 1351, normas que modifican el artículo 57 del Código Penal prohibiendo la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la administración pública.

Por tal motivo, el objetivo de la investigación busca determinar si la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios afecta significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena en Tacna del año 2015 al 2017. Por ello se debe establecer si la obligación por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de delitos contra la administración pública cometido por funcionarios afecta significativamente la independencia de criterio del juez, además, se debe precisar si la aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrede significativamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

Como punto primigenio en el CAPÍTULO II: correspondiendo al MARCO TEÓRICO, que sirve de sustento al tema de investigación se estudió en primer lugar la institución jurídica de la pena dentro del Derecho Penal, sus teorías y su base normativa en el sistema penal peruano; el estudio de delitos contra la administración pública, desde un punto de vista general y especial (se estudió cada institución que comprende este tipo de delitos y además los tipos penales que comprenden ellos). Es decir, el estudio de los tipos penales de gran relevancia, pues conociendo cada uno de ellos se puede realizar una comparación crítica sobre lo que significa el peculado culposo en el ordenamiento jurídico.

En el CAPÍTULO III: corresponde al MARCO METODOLÓGICO. Es allí donde se formula la Hipótesis, variables, indicadores, y metodología, la cual es aplicada. Así mismo, el nivel de la investigación es Básica - Pura con carácter exploratorio, ya que no existen investigaciones semejantes en el Perú, buscándose especificar causas y determinar el porqué de dicho fenómeno.

Por otro lado, el CAPÍTULO IV: es la descripción del trabajo de campo. en conjunto al diseño de la presentación de los resultados de las encuestas, teniéndose como punto de referencia la comprobación de las hipótesis, en base a los resultados dados.

Finalmente, el CAPÍTULO V: se logra arribar a las conclusiones de la investigación, teniendo de base los resultados obtenidos y la investigación realizada. Se hace presente de forma continua la recomendación única, teniendo como referencia, de la derogación del último párrafo del artículo 57 del Código Penal.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

Como premisa primigenia se debe entender que las personas una vez que comenten un delito y son procesadas de forma correcta con las garantías necesarias merecen una pena, siendo la regla general la pena privativa de libertad con carácter efectiva. No obstante, el juez en amparo del artículo 57 del código penal puede suspender la pena; es decir, que el condenado no ira al penar siempre y cuando se cumpla ciertos requisitos, tales como: que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente. Permitiendo inferir al juez que el acusado no será reincidente. En ese sentido, el pronóstico a favor o no del acusado está sujeto a no tener la condición de reincidente o habitual, además, de imponerse ciertas reglas de conducta al amparo del artículo 58 del mismo cuerpo legal.

Una vez comprendido lo expuesto en el acápite anterior, el 28 de febrero del año 2015 se publicó la ley 30304: “Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos”. La norma mencionada modifica el artículo 57 del Código Penal, cuya mención es la suspensión de la ejecución de la pena, específicamente los requisitos de ello. Por otro lado, la ley genera la modificación en el extremo de la creación de un último párrafo “La suspensión de la ejecución de la pena es

inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”. Posteriormente a ello, el 07 de enero del año 2017 el artículo 2 del Decreto legislativo 1351 modifica el mismo artículo en el extremo del último párrafo:

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código.

La interpretación de esta norma penal refiere que, en los casos de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en los delitos de colusión, peculado, malversación de fondos agravado, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito; el juez no podrá evaluar el caso en concreto para poder decidir el carácter de la pena. Es decir, si será una pena con carácter efectivo o una pena con carácter suspendido, toda vez que esta norma obliga al juzgador a imponer prisión efectiva en todos los casos mencionados, siendo esta norma cien por ciento efectiva; la cual, afecta derechos constitucionales y principios rectores de la pena, habiendo una lamentable práctica legislativa.

Las afectaciones que genera esta norma son diversas, entre ellas: la afectación significativa a la autonomía de la función jurisdiccional, amparada en el artículo 146 de la Constitución Política del Perú, a su vez afecta los principios rectores para la imposición de una pena como son el principio de proporcionalidad de las penas y razonabilidad de las penas.

La presente investigación busca dar luces sobre la severa afectación al orden jurídico que genera la Ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351 artículo 2, buscando encontrar fundamentos necesarios para poder modificar la presente norma o en todo caso derogarla.

1.2. Justificación de la investigación

Uno de los problemas más relevantes dentro de la administración de justicia en el Perú, es la carga de la prueba, y las investigaciones que en ellas se realizan para poder lograr llegar a una verdad procesal justa. Es por esta razón que se crea diferentes medios para poder realizar menores investigaciones, entre ellos esta los protocolos de investigación.

En los delitos de corrupción existe la Ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351: “Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos”, la norma mencionada modifica el artículo 57 del Código Penal, el cual habla sobre la suspensión de la ejecución de la pena, específicamente los requisitos de ello. Es decir, obliga a los jueces a declarar pena efectiva en los casos de los delitos de peculado doloso y colusión, generando graves afectaciones a nuestro ordenamiento jurídico, de esta manera, es de gran relevancia para nuestro ámbito jurídico estudiar dicha problemática por ser un problema que se encuentra en el quehacer diario de los operadores del derecho, además que tomara mayor fuerza en los años por venir.

1.3. Importancia

La importancia de la presente investigación recae en determinar si la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos de colusión y peculado doloso afecta significativamente la autonomía de la función jurisdiccional, trasgrediendo los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena en el Perú en el año 2016. A título personal, esta problemática es de gran relevancia por haber laborado muchos años en la Procuraduría Pública Anticorrupción de Tacna, lugar donde pude observar deficiencias relacionadas a este tipo de delitos.

1.4. Delimitación

1.4.1. Delimitación temática y especificidad

El tema está referido al área de derecho penal.

1.4.2. Delimitación espacial

El estudio se desarrolló en el departamento de Tacna

1.4.3. Delimitación temporal

El periodo que se utilizó como parte de la investigación abarcó desde el 28 de enero del año 2015 hasta el 28 de julio del año 2017.

1.4.4. Delimitación social

El colectivo que se incluye en la presente investigación, son los magistrados penales de primera instancia de la ciudad de Tacna, entre ellos se encuentran los mixtos, unipersonales, colegiados, investigación preparatoria.

1.5. Establecimiento de las preguntas

1.5.1. Problema principal

Después de haber analizado las problemáticas existentes en el derecho penal, específicamente en los delitos relacionados contra la administración pública, los cuales son de gran interés investigar, indagar y examinar doctrinas (jurisprudenciales, nacionales y extranjeras). Se ha llegado a formular el problema de la presente investigación.

¿La prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena en Tacna del año 2015 al año 2017?

1.5.2. Problemas secundario

1.5.2.1. Primer problema secundario

¿Al obligarse por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios, se afectaría significativamente la independencia de criterio del juez?

1.5.2.2. Segundo problema secundario

¿La aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrediría significativamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena?

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo general

Determinar si la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios afecta significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena en Tacna del año 2015 al año 2017

1.6.2. Objetivos específicos

1.6.2.1. Primer objetivo específico

Establecer si la obligación por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios afectaría significativamente la independencia de criterio del juez.

1.6.2.2.Segundo objetivo específico

Precisar si la aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrediría significativamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

1.7. Antecedentes

En la actualidad no existen investigaciones a nivel nacional respecto a este problema, debido a que se trata de un problema de temas específicos relativamente actuales, como es la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública.

Es por ello que no se puede mencionar alguna investigación precedente de esta investigación en el plano nacional e internacional.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I

LA PENA

1. La pena

En la comisión de un delito por parte de un sujeto al que se le determina la responsabilidad penal, mediante un proceso penal válido, nace una de las consecuencias indicadas por nuestro orden jurídico; la pena. En efecto, pueden surgir diferentes consecuencias jurídicas accesorias a esta, la pena en nuestro sistema jurídico es la figura del lugar, la que brilla sobre las demás, en conjunto con el delito.

La pena es la consecuencia directa al delito, y se basa en la privación o restricción de ciertos derechos al trasgresor de la ley, esta es impuesta bajo ciertos parámetros de principios necesarios como es el principio de humanidad de las penas, el principio de proporcionalidad de las penas o el principio de razonabilidad de las penas, las cuales rigen los lineamientos adecuados para su imposición.

El derecho penal actual busca la equivalencia más cercana entre la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena a imponerse, buscándose dentro de ella la resocialización, rehabilitación y reincorporación del que cumplirá esta

pena, para así, retornarlo al estatus de ciudadano en pleno ejercicio completo de sus derechos en un futuro.

Conceptualizando la palabra pena se debe tener algo bien en claro: toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como un delito con anterioridad a su comisión, esto se encuentra representado por el latinismo *nullum crime, nulla poena sine lege*, esto tiene su eje central actual en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución Política del 1993, en su artículo 2.24 D refiriendo que: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse, no este previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible”. La pena contiene distintas teorías que la justifican con mayores visiones de esta institución tan compleja y debatible.

2. Teorías de la pena

Esta teoría ha sido tratada no solo por estudiosos del derecho, sino por filósofos que han ido en la búsqueda de una base inicial de un origen de la pena de cómo ha de basarse en el que el infractor o delincuente merece una sanción proporcionada a sus acciones. En el transcurrir del tiempo se ha tratado de poder justificar la actividad punitiva como resultado jurídico de los delitos así como lo señala Bernardo Feijóo: “desde que el hombre se dedica la reflexión filosófica o ética se plantea el sentido y finalidad de las sanciones y castigos”¹. Las sanciones punitivas han tenido bases desde muchos años atrás, por dicha razón que se ha planteado su finalidad en la sociedad.

Históricamente han existido intentos por poder justificar la actividad punitiva a los infractores, tal como han empezado a surgir nuevos pensamientos e indagaciones sobre los fines o funciones de las penas tal como lo ha señalado Luigi Ferrajoli:

¹ Citado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima – Perú, agosto 2010. Pg. 21.

Un vicio metodológico que puede observarse en muchas de las respuestas a la pregunta ¿Por qué castigar? Consiste en la confusión en la que caen aquellas entre función o fin, o bien entre el ser y el deber ser de la pena, y en la consecuente asunción de las explicaciones como justificaciones y viceversa. Esta confusión es practicada antes que nada por quienes producen o sostiene as doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como “teorías de la pena”. Es de tal modo que ellos hablan, a propósito de las tesis sobre los fines de la pena, de “teorías absolutas” o “relativas”, de “teorías retributivas” o “utilitarias”, de teorías de la prevención general” o “de la prevención especial” o similares, siguiendo la idea que la pena posee un efecto (antes que un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes que deba prevenir) los delitos, o que reeduca (antes que deba reeducar) a los condenados o que disuade (antes que deba disuadir) a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos. Más en una confusión análoga caen también quienes producen o sostiene las teorías sociológicas de la pena, presentándolas como doctrina de justificación.

Teniendo en cuenta que la teoría de la pena trata básicamente de principios y fundamentos del derecho penal de como se ha de constituir las condiciones legítimas y proporcionales para la aplicación de una sanción punitiva que se pueda determinar acorde a los hechos atribuidos al infractor. Se puede establecer que las sanciones punitivas deber no solo ser un instrumento al servicio de la justicia, sino atribuirle a ellos; puesto que existe una diferencia en una definición de la pena y una debida impartición de pena.

2.1. Teoría absoluta

Los máximos representantes de la Teoría de la Retribución son: Immanuel Kant, con su teoría de la retribución moral y Hegel, con su Teoría de la retribución jurídica. Ambos exponentes compartían la teoría de que la pena puede usar al hombre como herramienta de prevención tal y como lo menciona Soler “la pena

presenta siempre el carácter de una retribución, de amenaza de un mal que se hará efectivamente mediante los órganos del Estado y con un procedimiento prefijado, contra el autor de un delito”². Se pretende la retribución como una pena fijada al infractor.

En cuanto a la teoría de retribución se puede destacar es el fin de resarcir el daño que se haya podido ocasionar tal como menciona Ricardo Núñez en relación a la pena que:

El concepto jurídico de la pena es la pérdida de bienes impuesta a una persona como retribución del delito cometido. Quedan así señalados los dos elementos que dan el concepto jurídico de la pena: la pérdida de bienes, que presentan su consistencia material y la imposición retributiva, que representa la razón de ser de esa pérdida.³

La teoría ha tenido un origen como el surgimiento de una ideología que históricamente se ha centrado en valoración del hombre en una sociedad y generar una preocupación de una debida sanción punitiva al condenado, tal como se ha visto a lo largo del tiempo todos los abusos de los gobiernos tiránicos al menospreciar los fundamentos correctos al establecer un régimen sancionador para aquellas personas que osaran desobedecer las normas y leyes de dichos gobiernos.

Al respecto, se puede considerar al delito como un deterioro que se ha generado a un determinado orden social que se encuentra establecido en determinadas normas o leyes que se considera que existe una retribución a la víctima por medio del Estado. Se puede decir, que utilizan al infractor o condenado con un fin de prevención general, es decir, que lo usan como un medio intimidatorio mediante la aplicación de la pena sacrificando a un individuo como modelo de

² Citado por REATEGUI SANCHEZ, JAMES, Manual De Derecho Penal Parte General Tomo II Editorial Instituto Pacífico S.A.C. Edición 2014 pg. 1283.

³ IDEM.

enseñanza a los demás integrantes de una sociedad con el objeto de evitar que se realicen más infracciones.

Desde el momento de la implementación de esta teoría siempre se ha tenido la idea de la imposición de un castigo de impartir justicia y una compensación de un valor económico que varían según la gravedad de una sanción. Según refiere Claus Roxin:

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución social de un fin socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuya, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido...detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente⁴

En esta teoría se ha orientado a la culpa que carga el autor de un delito y que como consecuencia de su mal accionar debe ser retribuida, resarcida, compensada, y ser indemnizada de manera justa a la víctima. En la Teoría Retributiva ha podido argumentar la aplicación de la pena como una medida que se impone a quien han transgredido normas en la cual han generado daños. Como resultado se ha fortalecido dicha teoría en la cual se considera que debe existir una pena o imponer una sanción para aquel que cometa un delito y que pueda ser retribuida de la misma forma a la víctima.

Respecto al sistema talional, Kant expresa que:

Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo;

⁴ Citado por PRADO SALDARRIAGA, VICTOR, Ob. cit. pg. 24

si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Solo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno de un tribunal (no en un juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones⁵

Por su parte la ideología de este autor se basa solo en la proporcionalidad de los hechos cometidos, puesto que deben ser en igualdad a la sanción que se impondrá llegando a un punto en el cual si una persona matase a otra tiene que morir es la única manera en que puede compensar una equivalencia de justicia en un determinado orden social para así resarcir los daños ocasionados a la víctima.

La pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, es su único fundamento, por eso señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre este. (Kant)⁶

Volviendo la mirada hacia esta concepción debe de existir un estado quien se encargue de velar y garantizar un orden social un cumplimiento normativo dentro de una sociedad para salvaguardar su propia existencia como un Estado. Todo integrante tiene la capacidad de conocer que todo mal que sea ocasionado y que la imposición de la pena que se le otorgara será en retribución al mal que haya podido generar estos lineamientos son en los que se basan la teoría absoluta. En ese sentido, el fin de evitar enfrentamiento dentro de un estado y solo la impartición de justicia proporcionada a los hechos cometidos.

⁵ Citado por DURÁN MIGLIARDI MARIO, Teorías Absolutas de la Pena: origen y fundamentos, Año 2011, Volumen 67, [<http://www.revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/viewFile/18131/18949>] citando (12/02/17)

⁶ Citado por ALFONSO DE BARRETO, INOCENCIA, Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy, Revista de Asunción - Paraguay, Septiembre 2013: [<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>] (12/02/17)

Según el concepto que atribuye Ricardo Nuñez con relación a la pena:

El concepto jurídico de la pena es el de una pérdida de bienes impuesta a una persona como retribución del delito cometido. Quedaran así señalados los dos elementos que dan el concepto jurídico de la pena: la pérdida de bienes, que representa su consistencia material y la imposición retributiva, que representa la razón de esa pérdida⁷

Dicha pérdida de bienes se refiere en cuanto a la afectación que se ocasiona a la víctima que en base a esta teoría la retribución de dicha pérdida será de manera equitativa en cuanto al daño ocasionado de esta manera se podrá existe la retribución. Con la aplicación de esta teoría, una de las primeras en fundamentar la aplicación de la pena tal como ha señalado Hans Heinrich Jescheck:

La Teoría Absoluta de la Pena centran el motivo jurídico y el sentido de la pena solo en la retribución, en cuya virtud debe hacerse justicia con el culpable por la comisión de su hecho. La pena queda liberada de cualquier consideración finalista (poena absoluta ab effectu) y aparece sencillamente como la imposición querida de un mal dirigida a la compensación por la comisión de una infracción jurídica culpable⁸

En cuanto a las bases otorgadas a esta teoría se concentran en que el Estado posee la facultad de hacer valer la justicia aplicando como único fundamento la igualdad no solo en aplicación de sus derechos, sino en la aplicación de cualquier pena; ya que, si se ocasiona daño a una persona en razón a su patrimonio o su bienestar también debe ser resarcido con la misma magnitud.

Partiendo de los supuestos anteriores entre el concepto y fines de la pena tal como menciona Hesbert Benanente Chorres:

⁷IBEM.

⁸⁸ IBIDEM pg. 104

No es contradictorio afirmar que la pena parte de la esencia retributiva, aunque esta cumple con otros fines ajenos al a mera retribución (ejemplo la prevención) por tanto sería incorrecto dejarnos intimidar con la frase retribución para afirmar que la pena tiene una naturaleza retributiva, dado que, responde a la idea de que el delito es el presupuesto para imposición de una pena”⁹ desde este punto en el cual se refiere solo a los bienes también señala el mismo autor “la pena es un mal porque consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos del culpable y porque solo de esta manera puede tener su eficacia intimidatoria; por lo que, emplear en este apartado el termino prevención, y así remplazar la palabra mal, es equivocar los planos de análisis de la pena; esto es, una cosa es la esencia (retributiva) y otros sus fines¹⁰

Tal como lo señala el autor es la intimidación que se pretende lograr con el objeto de no volver a cometer delitos con el fin de privar los bienes del culpable, pero se debe tener en cuenta que a retribución del agraviado no debe de exceder por ningún motivo la culpabilidad del sujeto que cometió dicho delito; por cuanto se basa en su proporcionalidad de la gravedad de los hechos.

Finalmente, se ha hecho una distinción entre el concepto de pena y fin que cumple en el Estado se ha podido afirmar en el fin de esta teoría retributiva según Benavente Chorres menciona que no es contradictorio afirmar que la pena parte de la esencia retributiva, aunque esta cumple con otros fines ajenos a la mera retribución. Por tanto, sería incorrecto dejarnos intimidar con la frase retribución para afirmar que la pena tiene una naturaleza retributiva, dado que, responde a la idea de que el delito es el presupuesto para la imposición de una pena¹¹. Según el autor considera que la pena que se haya impuesto desde un punto de vista

⁹ Citado por REATEGUI SANCHEZ, James, Ob. Cit. 1284.

¹⁰ IBIDEM.

¹¹IBIDEM

materialista consiste en la privación de bienes jurídicos solo de esta manera se buscara la eficacia de la reparación de daño que se infringido.

2.2. Teoría relativa

La Teoría Relativa adopta una teoría u posición contraria a la absoluta ya que en la relativa la pena no está destinada al cumplimiento de la justicia en la tierra; sino que está más enfocada en la protección de la sociedad, es decir, que la pena es un medio el cual es para evitar posibles futuras acciones punible según Hans Heinrich Jescheck:

Las bases ideológicas de las teorías relativas de la pena son las teorías del Estado humanitario de la ilustración, el reconocimiento de la concepción determinista de todo comportamiento humano, la creencia también en la capacidad educativa del adulto a través de una adecuada influencia pedagógico –social, el rechazo de cualquier intento metafísico de explicar el problema a de la visa social y subestimación de la justicia como necesidad básica de la persona”¹²

En esta teoría a diferencia de la absoluta le da más importancia a que el individuo de una sociedad no cometa más actos delictuales, es por ello, que se centra en tomar medidas para no se repitan nuevos delitos teniendo un carácter más humanitario y social.

Esta idea de la prevención como la función de la pena en la que varios autores han coincidido con respecto a su concepción y utilidad así refiere Hugo Grotius hace mención de una de las famosas palabras que Platón pone en de Protágoras “Quien piensa en castigar de modo razonable, no lo hace por injusto

¹² HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. 1 Editorial Instituto Pacífico octubre 2014, pg. 76.

cometido...sino con la voluntad futura de que ni el autor mismo vuelva a cometer el injusto, ni tampoco los demás que ve como aquel es castigado”¹³, su concepción de prevención bajo esta idea es considerada como la medida que se pueda tomar antes de ocurran los hechos de manera anticipada evitando que puedan suceder actos negativos para la sociedad.

Si bien estas teorías se fundan en la pena como una necesidad para evitar delitos en la cual justifican como un medio de prevención que por medio del castigo no se vuelvan a cometer nuevamente hechos punibles. En palabras de Protágoras quien es fiel exponente de esta teoría señala:

Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no pueda cometer ni el mismo injusto ni otro parecido.¹⁴

En razón a esta concepción toman la pena como una herramienta para alcanzar la reeducación y que no imponer una pena por el simple hecho de castigar, sino como un tratamiento correctivo para cada miembro de la sociedad.

Así mismo, en la teoría relativa se sostiene que la razón de esta es poder evitar que se realicen nuevos delitos en un futuro. La pena busca prevenir y proteger a la sociedad la que es utilizada como un medio para asegurar un futuro que pueda mantener un orden social apropiado. Por otro lado, en una Ejecutoria Suprema se sostiene que en el Perú se busca resocializar a penado que nuevamente pueda incluirse en las actividades sociales y que se le brinde la oportunidad de reincorporarse, puesto que su función es:

¹³ Citado por HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas. Ob. Cit.

¹⁴ Citado por GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>] (19/02/17)

Preventiva, protectora y resocializadora como lo prevé el artículo noveno del título preliminar del código penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el penado se inserte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al penado, todo ello en concordancia con el inciso veintidós del artículo ciento treinta nueve de la Constitución Política que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad¹⁵

De esta manera, así como en la Constitución Política del Perú establece que el sistema de individualización de la pena quiere resocializar al infractor e esta manera en la Ejecutoria Suprema de Lima refiere con respecto a la función social que cumple la pena:

La pena debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos, es decir, que junto a los fines preventivos- generales positivos, la pena estatal debe buscar un efecto preventivo- especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la personalidad del infractor, y cuando esto no fuera posible debe evitar que la pena desocialice o empeore la situación del culpable. Todo ello supone entender que la pena estatal genere efectos sociales positivos en la medida que respeta o se mantiene dentro de los límites del principio de proporcionalidad. La pena no tiene actuar según las demandas sociales o mediáticas de punibilidad, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de Derecho la reacción estatal contra el delito y en especial la determinación judicial de la

¹⁵ Ejecutoria Suprema de 17 de junio del 2004 Exp. 296-2004- Lambayeque.

pena se funda sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias y la culpabilidad del agente.¹⁶

En conclusión, la Teoría Relativa o de la prevención se opone completamente a la Teoría de Retribución debido a su fundamento de la pena, es decir que en esta teoría se renuncia a ofrecer fundamentos moralistas para enfocarse en alcanzar metas como la resocialización, la prevención y la protección de los derechos sociales para estos se divide en dos vertientes.

2.2.1. Prevención general

Esta teoría tuvo su principal representante penalista al alemán Feuerbach, aproximadamente, en el siglo XIX, quien ha tratado de expresar la finalidad o el objeto de realizar una imposición de una pena y en la cual ha considerado que reside su fundamentación en la amenaza penal en un efecto intimidatorio a todos los ciudadanos con el fin de que cumplan con la normatividad dada por el Estado en base a todo esto entonces lo considera como tipo de coacción psicológica que se ha de ejercer sobre cada miembros de una sociedad evitando que vuelvan a cometer actos delictivos que afecten a otros individuos

En la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y la ejecución de la pena se ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ellos preventiva y relativa) como consecuencia de lo cual la pena debe sin embargo actuar no expresamente sobre el condenado, si no generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de prevención general. (Roxin)¹⁷

¹⁶ Ejecutoria Suprema 19 de abril del 2010 Expediente N° 3437-2009 Lima Callao

¹⁷ Citado por PRADO SALDARRIAGA, VICTOR, Ob. Cit. Pg. 26.

El propósito de la imposición de una pena se basa principalmente en la efectividad de una amenaza penal imponiendo el temor en los miembros de una sociedad, ya que sin esta amenaza quedaría ineficaz. Es precisamente el objetivo es que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la realización debe dar efecto a la ley por eso mismo en pena en esta teoría se ejerce un poder de intimidación psicológica con el fin de que los ciudadanos no realicen o cometan delitos.

En la teoría de la prevención su misión es básicamente el de hacer prevalecer una norma haciendo efectivo su funcionamiento y generar en la persona la conciencia de una infracción lo que da origen a que una norma tenga una orientación, según menciona Jakobs Gunter: “misión de la pena es el manteniendo de la norma como modelos de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”¹⁸. El autor pretende evitar que se cometan delitos al crear o infundir conciencia en los ciudadanos ya sea por el temor a la imposición de la pena como tal o a todas las consecuencias que implican una infracción e impedir que se acreciente la delincuencia.

A todo ello, los autores interesados en el tema han sustentado sus ideas con respecto en la Prevención General, entre ellos Roxin en la cual este autor ha considerado esta teoría como un medio de intimidación o de coacción a los ciudadanos en el cual lo considera como “(...) el punto de partida tiene de modo totalmente general una tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar este efecto castigando lo más duro que sea posible”¹⁹. Así pues, no persigue la irreprochabilidad por medio de amenaza o intimidación si no a cumplir con una función utilitaria usando criterios de prevención.

¹⁸ *Ibíd.* Pg. 27.

¹⁹ Citado por ALFONSO DE BARRETO, INOCENCIA, Principios y Desafíos del Derecho Penal de hoy, Revista de Asunción - Paraguay, Septiembre 2013: [<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>] (28/11/16)

En lo que respecta a esta teoría consideran a la pena como un efecto intimidatorio para quienes infrinjan la misma, en esta parte genera suponen el hecho que la pena será para quien viole algún bien jurídico protegido según Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend consideran que:

La prevención general le falta la escala para la determinación de la magnitud de la pena a imponer cuando no se la limita por medio del principio de culpabilidad, pues podría aceptarse que es una pena cuanto más rigurosa es, más efectos disuasorios despliega. En realidad, no es su posible severidad si no la pena justa en su relación con el contenido de injusto del hecho y con la culpabilidad del autor, la que puede influir sobre la conciencia jurídica de la colectividad con una fuerza configuradora de las costumbres²⁰

En consecuencia, ambos autores consideran que esta teoría, si bien es cierto, es efecto intimidatorio que solo causaría más daño que el beneficio que supuestamente generaría como es la prevención; pero, en mi condición, difiero ya que a la teoría mencionada la califico como, únicamente, una evolución en la aplicación de la pena. Compartiendo la posición de diversos autores qué, aquel entonces era una solución efectiva para evitar que los delitos se comentan nuevamente.

2.2.2. Teoría de prevención especial

Su principal impulsor Fran Von Liszt, quien tuvo principal objetivo la prevención de reincidente delictivo, contrario a esta teoría la prevención general que iba específicamente para una sociedad por medio de temor de la intimidación. En aquél entonces, se pretendía que mediante el ejemplo las personas de una sociedad no puedan cometer actos delictivos; por el contrario, esta teoría se centra en aquellas personas han vulnerado o infringido normas de un ordenamiento jurídico, es decir

²⁰ HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas. Ob. Cit. Pg. 111.

que el sujeto que ha infringido dichas normas no tenga predisposición a que vuelva a cometer dicho acto o que cometa una contumacia.

Según refiere Enrique Bacigalupo, sobre la prevención especial, tiene cierta opinión sobre la aplicación de la resocialización ha generado controversia en determinar si al aplicar una sanción el sujeto infractor encontrara las condiciones necesarias para dicho fin:

La legitimidad del Derecho Penal de la resocialización no es, ni mucho menos obvia. La máxima tensión en este punto es, ante todo, consecuencia de la crisis probablemente insuperable en que se encuentra subsumida la pena privativa de libertad. De todos modos, el dilema fundamental es claro: es necesario no limitarse, en la tarea de resocialización al logro de una mera actitud exterior de adecuación a la ley, pues de esta manera no se alcanzarán los objetivos buscados. Pero toda resocialización que tiende ir más allá encerraría el peligro de una adaptación coactiva a una determinada concepción de la vida social, lo que choca con los principios de una sociedad pluralista.²¹

En cuanto se refiere a la Teoría de la prevención especial ve el fin de la pena como un instrumento que aparta a infractor evitando que vuelva a delinquir nuevamente; es decir, que lo apartan de la sociedad privándolo de su libertad. En ese caso, se hace uso de la pena en tres dimensiones entre ellas la intimidación del delincuente, su resocialización e inocuización (direcciona al delincuente por medio de la intimidación dando un aviso del cual puede ser objeto al cometer infracciones, también, se busca su resocialización a través de medios correctivos). En reflexión, se busca concientizar al infractor de su mal accionar.

Por último, con respecto a inocuización, incapacitación, como neutralización del peligro que apartándolo con el objeto que pueda ser reinserción y

²¹ Citado por PRADO SALDARRIAGA, VICTOR, Ob. Cit, Pg. 29.

completamente rehabilitado en cuanto al hecho de nuevamente ingrese a la sociedad, dejando de lado sus pretensiones criminales. Por su parte Roxin considera a la prevención especial como un medio de parte del Estado para asegurar un orden señalando.

La pena no pretende retribuir un mal por el mal causado del delito, si no que se aplica para prevenir otros delitos del propio autor y ello puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible, esto es lo que llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos es intimidable; y finalmente haciendo inofensivos, mediante la pena de privación de libertad, a los que no son corregibles ni intimidables.²²

Se adoptado estas medidas con el objeto de que la pena no sea solo una mera sanción como acto intimidatorio, sino, también, esta teoría se enfoca en la reinserción del infractor educándolo, cambiando su percepción de cometer delitos; de esa manera pueda no ser un factor dañoso para la sociedad.

Para la teoría de la prevención existe dos vertientes como es la prevención especial positiva que lo que pretende es que el autor de un delito no lo vuelva a cometer más en un futuro, logrando el objeto de su resocialización a diferencia de la prevención especial negativa podría decirse que también se trata de poder eliminar esos deseos o conductas que conllevan a realizar un crimen; ambas teorías tienen un similar objetivo el cual es poder reducir las conductas criminales, pero se pueden diferenciar que en la prevención general negativa se trata de apartar al ciudadano de cometer un delito usando como medio la amenaza, la atribución de un castigo que sobresalga de los beneficios que pueda ser originario del crimen, mientras que en la prevención general positiva, se trata de operar sobre el lado bueno del individuo sin llegar a manipular su aspecto del temor por una sanción.

²² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Individualización de la Pena de Prisión, Online: [<http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>] (2811/16)

Asimismo, en este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto de esta teoría en la que señala lo siguiente:

Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tenga la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación, y b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reincorporación del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.²³

En la Teoría de la Prevención especial hay que destacar la aplicación como un fin para poder asegurar un orden social dentro de un Estado lo que se ha de pretender es poder prevenir que se originen en otros delitos y se consideran que puede existir otras maneras para que pueda corregirse. Hay que hacer notar a Claus Roxin, quien asevera: “puede ocurrir tres maneras: corrigiendo al corregible, esto es lo que llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos es intimidable; y finalmente, haciendo inofensivos, mediante la pena de privación de libertad”²⁴, lo cual siempre se ha querido llegar es un control social que pueda garantizar la paz social entre la población evitando que se incrementen los crímenes.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 019-2005 Julio del 2005.

²⁴ Citado por ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO, Individualización de la Pena de Prisión ver Online [<http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>] (03/02/17)

2.3. Teoría mixta o de la unión

Dentro de esta corriente están autores como Eberhard Schmidhäuser y Claus Roxin, de acuerdo con esta teoría tiene una combinación o la unión tanto la teoría absoluta o retributiva y la teoría relativa o de la prevención, para esta teoría lo fundamental sigue siendo la remuneración del delito culpablemente cometido y sólo dentro de ese marco retributivo y que con el castigo se busquen soluciones preventivas. Al respecto, manifiesta Roxin que:

La retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho”²⁵

Siendo así no se puede asegurar que la pena tiene una única función; por el contrario, se puede decir que cumple diferentes funciones, es decir, que en primer momento aparece cuando el legislador determina que debe prohibírsele una cierta conducta utilizando como instrumento la amenaza, utilizando la intimidación en una sociedad para que se abstengan de realizar hechos que a pesar de esa amenaza e intimidación, se llegase a ejecutar algún hecho delictuoso. Entonces, a su autor se les aplicará una pena acorde a los hechos cometidos, predominando en la aplicación de esta sanción la idea de una retribución o reparación por los daños ocasionados.

Esta teoría se sostiene como un criterio unificador en la que propone soluciones mixtas, es decir, una doble vía en la aplicación del Derecho Penal en la cual la aplicación de la retribución para los delincuentes y otro criterio de prevención por medio de herramientas que imposibiliten al infractor cometer nuevamente delitos. En ese sentido, nuestro sistema jurídico penal y la aplicación

²⁵ Citado por CARDENAS RUIZ, MARIO, Las Teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal, Ver Online: [<http://www.derechocambiosocial.com/revista002/pena.htm>] (07/02/17)

de la política criminal en donde la pena y las medidas de seguridad son herramientas para la protección de los bienes jurídicos que en todo momento se ha buscado mantener un orden social una tranquilidad, razón por la cual nuestra política criminal ha buscado dos cosas la reinserción del infractor y la indemnización del daño sufrido.

La pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero poder alcanzar esta medida, en tanto todo sea necesario para las necesidades de la prevención especial y no opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general”(Claus Roxin)²⁶

En conclusión, el Código Penal acepta como una finalidad de la pena una perspectiva prevencionista en la que el límite de intervención penal es la responsabilidad del autor. En otras palabras, la pena no se agota con el castigo, sino que entra la función preventiva en la cual tiene por objeto imposibilitar la comisión de nuevos delitos en la cual protege a la sociedad incluyendo al infractor optando por medidas resocializadoras y reeducadoras por medio de penas que son proporcionales y humanitarias con el rol de tener políticas sociales beneficiosas para la sociedad.

Por estas razones hay que tener en cuenta que en nuestro Sistema Peruano actual se rigen en base a la Teoría Mixta o de unificación, porque existen la unión de tres teorías como son la Teoría General, Teoría Especial y la Teoría Absoluta o Retributiva en las cuales en la primera tiene la función de proteger los bienes jurídicos en la segunda al cumplimiento de la pena. Por parte, el sujeto sancionado y la tercera, se basa en el estudio de la sanción penal. Es decir, la debida aplicación del Principio de Proporcionalidad de las penas en las Sentencias Penales.

²⁶ IDEM Pg 1294.

3. Clases de pena

3.1. Pena privativa de libertad

En la antigüedad, la pena privativa de libertad no consideraban al encierro como una forma de respuesta antes actos que contravengan una tranquilidad social o que merecieran un castigo si no era considerado como una manera de poder asegurar que se encontrase presente al ser juzgado en un juicio y que se le impusiera sanciones proporcionales a los actos cometidos.

Es decir, entonces que la privación de la libertad es considerada como una medida preventiva para asegurar su asistencia a los juicios es así que en Roma Contardo Ferrini refiere: “ni el derecho de la época republicana ni el de la época del impero conocieron la pena de cárcel pública y aun en el derecho justiniano se consideraba como inadmisibles e ilegítimas una condena judicial a cárcel temporal o perpetua”²⁷. ya en aquellos tiempos se consideraba que la aplicación de las sanciones penales son preventivas.

Ya en la época del renacimiento se ha extendido la necesidad del uso del Derecho Penal debido a un aumento en la población, hecho que sucedió aproximadamente en el siglo XIV, y del excesivo ofrecimiento de la mano de obra lo que ha sido un componente a generar desempleo; por lo tanto, el incremento a la delincuencia afectado socialmente a la población, así como también incrementándose la inseguridad.

En el Derecho Penal muchos autores han expresado su punto de vista con respecto es así que Beccaria expuso una teoría punitiva en la cual la ha fundamentado en dos bases que permite sustentar una justificación de la creación de la pena como resultado de un delito “la primera de ellas, referente al misión de la pena, que, no siendo otra diferente a la demostrar las consecuencias del delito, permite, en consecuencia, disuadir de las conductas delictivas a los demás miembros

²⁷ IBIDEM Pg. 27

de la sociedad; y la segunda, la de neutralizar y castigar al delincuente para brindar seguridad la sociedad”²⁸ según este tratadista considera que debe existir una proporcionalidad tanto en la sanción penal impuesta y del delito cometido en base a todo esto el mismo autor sostiene que: “El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la omisión de otros iguales”²⁹. Luego, deberán ser escogidas las penas y aquel métodos de imponerlas, que guarda la proporción haga una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”³⁰ en este fin se considera a la pena como una medida de prevención que impedirá la reincidencia en actos delictivos.

Con respecto a las penas, Cesar Beccaria refiere considerarse a las sanciones como una forma de impedir que se acreciente las sanciones como consecuencia de actos:

No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, si no la infalibilidad de ellas(...)La incertidumbre del castigo, aunque moderado hará siempre mayor impresión que el de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad(...)La mismas atrocidad de la penas hacer que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla cuanto mayor es el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos, para huir la penas de uno solo.”³¹

Mientras tanto, con el surgimiento del soberano hubo la necesidad de establecer normas, se creía que de esta manera se establecería leyes que regularían las conductas del hombre y que realizaba porque existía una necesidad para establecerla. Según Montesquieu “Todo acto de autoridad de hombre a hombre que

²⁸ IBIDEM Pg. 28

²⁹ IBIDEM

³⁰ Becaria Cesare, De los Delitos y de las Penas, Editores Importadores S.A. Primera Edición, Lima- Perú 2013, Pg. 31

³¹ ídem

no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.” En este tiempo, surge la pena; el derecho a castigar al que no cumpliera con las leyes.

Históricamente la pena privativa de libertad se trata de encontrar una respuesta a las sanciones punitivas y de cómo se ha aplicado afectando la libertad ambulatoria del delincuente lo ha se ha dirigido a corregir acciones que afecten a la población como delitos que afecten a la propiedad, que eran los más frecuentes desde tiempos antiguos. En efecto, la privación de libertad se ha visto como una prisión para poder asegurar la presencia de las personas antes las autoridades y que pueda ser juzgado de manera adecuando siguiendo un procedimiento llegando a una sanción adecuada acorde a los hechos que se generan sus conductas como sanción.

La pena privativa de libertad se impone a una persona que es condenada obligándola a permanecer dentro de un establecimiento penitenciario restringiéndole su libertad ambulatoria. Este hecho data de antecedentes que explicaban el surgimiento de este tipo de aislamiento. Según Neuman refiere:

En el derecho canónico, que hacía en el siglo XVI adopto a la reclusión y a la soledad como una forma de arrepentimiento de reflexión y de moralización. Por lo que, teniendo en cuenta esta consideración podemos sostener que fueron los monjes los primer en ser confinados en celdas en las que sufrían padecimientos físicos, como el hambre y morales como la soledad absoluta”³²

La restricción de la libertad tuvo sus inicios en tiempos y lugares en los que estaban de acuerdo que debería castigarse a personas que cometieran actos que afecten a la población que fueron restringidos de libertad.

La privación de la libertad si dirige básicamente a la restricción de desplazarse libremente teniendo otro factor la reclusión en un establecimiento

³² Citado por GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>] (13/02/17)

penitenciario que genera una limitación absoluta; es decir, que no se genera contacto con el exterior en muchos otros países puede variar la forma en como una persona es privada de su libertad como en Paraguay “para las mujeres con hijos menores o incapaces y para las personas de más de setenta años, permite la posibilidad de que cumplan su tiempo de reclusión en su propio domicilio”³³ esta posibilidad en el Perú asemeja en cierta forma al tipo de reclusión solo en casos especiales cuando las personas cumplan condena otro país como España se puede encontrar dentro de este estado “la figura del arresto de fin de semana, que, catalogada como una las especies de la pena privativa de la libertad, consiste en que el reo tan solo permanece determina durante la cantidad determinada de fines de semana, y, en libertad, durante el tiempo no comprendido en ellos”³⁴ a comparación de la Legislación Argentina se ha expresado “que cuando la pena privativa de libertad no exceda los seis meses y siempre y cuando no se trate de lo que se denomina “mujer honesta” o persona valetudinaria o mayor de sesenta años, se pueda cumplir el tiempo en reclusión en la propia casa del condenado”³⁵ en referencia todo esto se concluye que la pena privativa de libertad o puede ser en un centro penitenciario así también se puede dar en su domicilio siempre y cuando la legislación del estado lo permita en ciertos caos.

En lo que respecta que la privación de libertad ambulatoria deberá ser mediante una resolución judicial; es decir, mediante un debido proceso en la cual se probara la culpabilidad del infractor, de probarse este hecho la determinación de la sanción atribuible a actos delictuosos el órgano jurisdiccional determinara la magnitud o la extensión de la pena atribuible mediante sentencia judicial siendo aplicable un principio *nullum crimen nulla poena sine lege* significa en otras palabras que nadie puede ser sancionado penalmente sin que exista una previa atribución legal que pueda calificar como delito la conducta que está siendo evaluada.

³³ Código Penal Paraguayo Art. 42

³⁴ Código Penal Español Art. 35 y 37

³⁵ Código Penal Argentino Art. 10

Se ha podido comprender hasta el momento que con el surgimiento de las penas solo se ha podido establecer su aplicación como una sanción a conductas que son catalogadas como indebidas, en el ámbito de aquellas remotas épocas giraba en torno a su aplicación por lo tanto se dejaba de lado o por decirlo de otra manera no era tan importante la necesidad o la insuficiencia de una proporcionada pena, es decir que se ha dejado completamente desprotegido la lógica y racional aplicación dejando de lado y olvidado que una pena debe establecerse los fundamentos de su aplicación como sanción.

3.2. Pena restrictiva de libertad

En el Estado peruano existe democracia de derecho en defensa de la persona humana haciendo valer su dignidad como un fin supremo de la sociedad. Por ello, para que exista una determinación judicial de la pena justa, se pasa por un procedimiento técnico y valorativo, que se ha desarrollado en nuestro Órgano Jurisdiccional lo que va corresponder una pena apropiada al hecho punible que ha cometido el infractor.

A este procedimiento se le denomina “Individualización de la pena” lo cual genera que a un infractor se otorgue una pena proporcional a sus actos delictivos. Por otro lado, la pena restrictiva de libertad no se refiere necesariamente a inhibir la libertad ambulatoria de una pena; en todo caso la persona se encontraría limitada a través de poder residir o morar en algún lugar determinado.

Otro punto es que, para darse conocer la aplicación de la expatriación como una sanción punitiva el tratadista Manuel López Rey decía que: “el sistema es el conjunto de reglas y principios y servicios más o menos efectivos cuyo objeto es indicar como debe ser llevado a cabo el fin asignado a la función penal”. Desde esta perspectiva se puede entender que en nuestro país como en todos se encuentran regidos por políticas criminales que son quienes se encargan de regular las conductas de aquellos que son miembros de una sociedad.

En cuanto a esta denominación de restrictivas de libertad son penas que se basan en el libre tránsito o la permanencia dentro de un determinado territorio nacional según nuestro Código Penal de 1991 en el Art. 30 expresa:

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

Lo que se tiene en cuenta que ambas penas se ejecutan de manera posterior a la condena que les fue impuesta. Hay que tener en cuenta que para nuestra Constitución Política del Perú señala que una persona no puede ser fácilmente separada de su lugar de residencia o de su territorio nacional como señala el Art. 2 Inc. 11. En efecto, para determinarse este tipo de medida el tiempo de expatriación no debe ser mayor de 10 años; es decir, que debe estar de manera expresa en la sentencia, el tiempo que cumplirá su condena.

Si bien, se sabe que este tipo de modalidad de pena se limita a la persona de muchos de sus derechos humanos, que son fundamentales para la persona, que se encuentran establecidos en la Constitución política del Perú. En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos la declaración universal de derechos del hombre se conoce también que el fin de una sociedad es el bienestar social; es por ello que la adaptación de las políticas criminales ha conllevado a la creación de diferentes tipos de penas entre ellas la restrictivas de libertad que según el tratadista Manuel Cobo del Rosal sostiene que son:

Aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimientos, le impone algunas limitaciones. En la actualidad tales penas

han caído en un comprensible descrédito. Pues sus efectos son muy distintos, desde gravísimos hasta muy leves, según las circunstancias³⁶ del condenado.

Estos hechos han sido punto de investigación por diversos tratadistas quienes consideran que la pena es desproporcional a los actos delictuales, en caso no corresponda. Coincidiendo a este tema Busto Ramírez y Hernán Ormazábal refieren que “históricamente esta clase de penas han sido objeto de numerosas críticas por su utilización para los delincuentes políticos”. Si bien la pena con el tiempo en la sociedad ha pasado por etapas en las que de un modo de intimidación hasta la concepción de prevención que es considerada en la actualidad solo en una consecuencia a ciertos actos.

Según en el Código Penal este tipo de sanción penales solo se limita a restringir derechos a una persona que es condenada a poder transitar o residir en un determinado territorio nacional, es decir, para aquellas personas que han sido condenadas, y/o obligadas a abandonar el territorio nacional en caso de expatriación. Así mismo, una de las grandes consecuencias que conlleva la expatriación como una modalidad de pena en comparación con otros países. Se puede decir que justifican la expulsión como medida a una infracción grave cometida.

Bajo la doctrina de Joaquín Francisco Pacheco refiere: “la relegación, el extrañamiento, el confinamiento, la prisión, el destierro, el arresto, la sujeción a la vigilancia de la autoridades, recaen principalmente sobre esa misa libertad, de la cual nos despojan en ora temporal, ora perpetua, ora en alguna parte, ora en la plenitud de nuestros deseos”³⁷. En lo que se puede dilucidar que, la aplicación de esta pena tiene que ser determinada y proporcional al acto reprimible.

³⁶ Citado por JULIAN GOMEZ DE MAYA, Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación Española, Universidad de Murcia España, Pg. 28 ver online: <https://es.scribd.com/doc/316676683/Penas-Restrictivas-de-Libertad>

³⁷ IDEM PG. 33

No hay que dejar de reconocer que la expatriación hasta la actualidad es considerada como una condena. En ese sentido, Manuel Torres Aguilar señala: “la expulsión del hombre de su habidad y posteriormente de su grupo, es innatamente al estado de naturaleza y desde ahí ira paulatinamente sufriendo un proceso de evolución marcado desde ese origen por el derecho más primitivo y rudimentario”. Es decir, la expulsión de una persona de su territorio nacional es algo completamente rudimentario lo que se debe tener en cuenta que solo en ciertos casos que lo requiera se utilizara como sanción punitiva.

Anteriormente, se ha tenido como antecedente que en Roma se encontraba la expatriación como método punitivo en la cual aplicaban como derecho penal ante actos meramente sancionables, así como en otras culturas coinciden en lo que respecta este tema. Según Remedios Moran Martin sugiere al exilio como pena:

Durante la recepción del Derecho común era considerada como un tipo de pena corpóreas aflictiva o pena corporal, aunque no hay unanimidad en la doctrina sobre ello. Generalmente no era la pena independiente, si no accesoria de penas corporales y pecuniarias. Durante el ese periodo el destierro no significaba la salida del reino, como había sido inicialmente en épocas visigoda y en cierta medida de mantuvo el criterio del Derecho medieval que se refiere a una distancia donde se dictaba la sentencia (ciertas leguas a la redonda), imponiéndose otras en caso de su incumplimiento.³⁸

Al respecto, muchos años atrás era aplicada la expatriación con el nombre de exilio en el cual tenía un particular formar de aplicarse y que se ha ido readaptando con el tiempo. En consecuencia, se ha podido determinar que tanto la expatriación como la expulsión de una persona extranjera del territorio nacional no se ha cumplido conforme se tiene conocimiento; si bien es cierto, que aún se encuentra expresado en el código penal, se tiene conocimiento según la última modificadorio dada por la Ley 29460 del 27 de noviembre del 2009 en la cual se ha eliminado la

³⁸ IBIDEM Pg. 44

expatriación como una medida consecuente para aquellas personas que comenten un delito.

Dentro de este marco, el conocido caso en el Perú del modelo Arnie Hussid consideraba esta modificatoria como una oportunidad para poder nuevamente ingresar al territorio nacional, pero con esta modificatoria solo es aplicada a personas que pertenecen al territorio nacional mas no a ciudadanos extranjeros, pues la expatriación se ha estimado y sabe que vulneraba derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos así como la misma Constitución Política; es decir, que existía una discrepancia al aplicar dicha pena pero con esta modificatoria. En ese sentido, se ha podido dilucidar que no se puede realizar la expatriación de una persona por más que haya recibido una condena de manera adicional a una condena con la privación de libertad.

3.3. Limitativa de derechos

Las penas limitativas de libertad no han sido originas en nuestra legislación, han tenido origen más allá de nuestras fronteras; es por ello, necesario ver nuestra realidad y porque se ha adoptado estas medidas en nuestro sistema Jurídico Penal y encontrar la explicación por la cual dichas penas no han tenido una aplicación apropiada ya que comparada con otros países, en el nuestro nuestra política criminal no se asemeja en relación a otras ciudades extranjeras.

Se tiene conocimiento que en Rusia en 1926 en la cual se dio servicio a la prestación comunitaria debido a que sus cárceles se encontraban superpoblada razón por la cual se adoptó otras medidas alternativas de sanciones para sujetos infractores que su delito no fuera de mucha gravedad. En lo que respecta a las penas limitativas derechos son aquellas sanciones punitivas que una persona pueda hacer ejercicio de derechos determinados, así como los derechos económicos, políticos y civiles; también el disfrute total del tiempo libre de una persona esta sanción. Se encuentra expresado en el Art. 31 al 40del Código Penal las cuales dentro de las limitativas de

derecho se encuentran la prestación de servicio a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación.

Con la implantación de este sistema de penas en nuestro sistema jurídico se podrá realizar un análisis de cómo no se ajusta a nuestra realidad, es decir, que no se aplica acorde a nuestro sistema legal.

Por otro lado, aproximadamente en los años sesenta en la cual se aplicaba la pena privativa de libertad en la cual básicamente era considerada como una forma de privar la libertad ambulatoria de una persona. Pero, también, se consideraba como una forma de apartar aquella persona de la sociedad y lo único que se lograba era la resocialización del penado, lo cual ha generado que se implemente con nuevos métodos por los cual la persona pueda ser resocializada sin perjudicar en el ámbito social al condenado, surgiendo la necesidad de una persona pueda cumplir su condena de una manera contributiva a la sociedad.

En razón al precepto anterior Vélez Fernández señala con respecto a las penas limitativas de derecho “fueron introducidas en el sistema de penas sin que exista una idea clara sobre sus posibilidades de desarrollo de nuestro país”³⁹ . no teniéndose en cuenta la debida aplicación de este tipo de pena debe ajustarse a nuestra realidad penitenciaria debido a la inexistencia de un control adecuado con la utilización de mecanismos que puedan ser eficaces, pudiendo hacer efectiva dichas penas.

Las Penas Limitativas de Derecho según el doctrinario Víctor Prado Saldarriaga ha podido precisar un concepto con respecto a dicha medida punitiva como: “las medidas alternativas sustitutos penales o subrogados penales, como aquel conjunto de procedimientos y mecanismos normativos que tienen como

³⁹ Citado por PALACIOS ARCE, JAVIER, Penas Limitativas de Derechos Prestación de Servicios a la Comunidad, Universidad San Martín de Porres ver online: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/PENAS%20LIMITATIVAS%20DE%20DERECHOS%20PRESTACION%20DE%20SERVICIOS%20A%20LA%20COMUNIDAD/PENAS_LIMITATIVAS_DE_DERECHOS_PRESTACION_DE_SERVICIOS_A_LA_C.pdf (16/02/17)

función la de eludir o limitar la paliación o la ejecución de pena privativas de libertad de corta o mediana duración, por lo que bien está que se las puede considerar como instrumento de despenalización”⁴⁰. Por tanto, se denota que, si existiese un encarcelamiento de corta duración, se buscaría remplazar la pena con otros mecanismos alternativos de sanciones penales. En consecuencia, el Magistrado Víctor Prado Saldarriaga señala:

Las medidas alternativas sustitutivos penales y subrogados pena, como aquel conjunto de procedimientos y mecanismos normativos que tiene como función común la de eludir o limitar la aplicación o ejecución de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración, por lo que bien estima que se la puede considerar como instrumento de despenalización y su sustento se encuentra en la experiencia criminológica que demuestra que las penas de encarcelamiento de corta duración resultan estigmatizadoras y negativas para el condenado y por tanto contraproducentes ya que además atentan contra el principio de las penas.⁴¹

Cuando se habla de este tipo de penas afectan generalmente en el ejercicio profesional de una persona, así como también en participaciones políticas.

4. Aplicación e individualización de la pena

Cuando se tiene la ley penal aplicable al caso debe existir una razón jurídica que va direccionada a cada individuo imponiendo una ley justa y proporcional que de violarse afectaría, en gran medida, los derechos fundamentales. Por ello, si se imparte una pena se tomará en cuenta el fin, que es la resocialización del sujeto infractor.

En palabras generales, la aplicación de la pena decidirá el futuro de una persona aplicándosele políticas criminales de manera individualizada. Se ha

⁴⁰ IBIDEM PG. 45

⁴¹ Citado por REATEGUI SANCHEZ, JAMES, Ob cit.

pensado que es importante señalar la aplicación de la pena dentro del Estado en el cual se ve el poder punitivo que ejerce sobre cada individuo perteneciente a la sociedad.

En efecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia refiere, la argumentación de una resolución jurídica debe ser también descriptiva, dado que puede poner en perjuicio derechos del sentenciado:

Existen ciertas exigencias de la pena, la gravedad de esta, que debe ser proporcional a la del delito cometido y la circunstancias en se perpetro el evento delictivo; por ende, se da el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinado por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprime, es de ahí que resulta imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque el bien jurídico protegido. En este contexto, corresponde al juzgador al imponer una sanción penal, evaluar los factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre el delito y la pena.⁴²

Al respecto, Jescheck: “la individualización judicial de la pena en el Juez debería liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencias exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración”⁴³ debe entenderse como una consecuencia jurídica de un delito en razón que el sujeto infractor tendrá asumir su responsabilidad frente a hechos delictivos. Por ello Ernst Heinitzv expresa: “Desde hace tiempo se ha extraído de ello la conclusión de que la medición de la pena es una cuestión de discrecionalidad

⁴² Tribunal Constitucional – Sala Penal Transitoria expediente N° 111-2004.

⁴³ Citado por CARO CORIA, DINO CARLOS- Nota sobre la Individualización Judicial de la Pena en el Código Penal Peruano <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/131999/Tjrra1de2.pdf;jsessionid=E5E4DEAA5443A403B1A13BA9D0A8F119?sequence=6> (10/04/17).

judicial que también puede llevar consigo un “componente individual” del correspondiente órgano aplicador”⁴⁴

La individualización de la pena debe estar orientada para la fijación de una sanción proporcional dentro de un marco legal punitivo realizado por el sujeto infractor. Por ello, “por regla general, este permite todavía una amplia evaluación del contenido de injusto del hecho pues el legislador, en su esfuerzo por posibilitar también un castigo adecuado en las formas de comisión del delito de mucha o escasa gravedad, ha establecido marcos punitivos sumamente amplios”⁴⁵, para la fijación de la pena debe estar dentro de los límites existiendo una pena máxima.

La existencia de un sistema de determinación de la pena debe entenderse como una pena fija adherida por la ley en la cual claramente no se toma en cuenta las cualidades del sujeto infractor o las circunstancias que llevaron a realizar el acto delictivo. Así mismo, están aquellas sanciones en las que son más flexibles estando sujetas a la Ley; es decir, dentro de un máximo y un mínimo legal dentro de lo cual el Juez tendrá la misión de fijar un quantum de pena acorde a la naturaleza del hecho, así como de ver criterios de individualización.

Existen diversos criterios que se toman en cuenta para una individualización la cual una de ellos es conocer todos medios de prueba que corroboren la participación, así como su culpabilidad, es decir, destacando los hechos relevantes deben estar acompañados por medios de prueba que le dará certeza al delito atribuido al sujeto infractor. La individualización de la pena significa que el legislador determinara el quantum de la pena la cual tendrá la capacidad de decidir el tiempo de pena que se le impondrá es una decisión que guardara relación con hecho delictivo cometido teniendo en cuenta la gravedad del hecho, así como de la participación del sujeto.

⁴⁴ Citado por HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. 1 Editorial Instituto Pacifico octubre 2014, pg. 1298.

⁴⁵ Ob. Cit. Pg. 1299.

Con relación a este tema en el Tribunal Constitucional ha señalado que para que exista una correcta individualización refiere:

nada más lejos de los objetivos de la Ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo solo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún como se hacía antes, contra los que resulten responsables.

Al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal; esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.

En ese sentido, se ha determinado que para que exista una imputación debe ser clara y precisa que exprese de forma detallada los hechos de manera cronológica considerando hechos relevantes que pueden imputar al sujeto infractor teniendo en cuenta siempre los medios probatorios; además, la imputación que realice al titular de la acción penal no debe ser general o grandes rasgos lo cual puede impedir que se realice una defensa violando este derecho.

Por tanto, la individualización resulta necesario recordar la función que cumple ya que es una etapa previa en la cual el Juez va decidir la imposición de una pena claramente bajo ciertos lineamientos impuestos por la ley, según García Aran: “la verdadera individualización debe lograr la adecuación del tiempo de pena a la naturaleza del agente y por ello, no puede existir auténtica individualización en nivel legal: la Ley no puede conocer a los individuos, solo prever las especies y sentar las bases para la posterior individualización”⁴⁶

⁴⁶ Ob. Cit. Pg. 142

En lo que respecta al tema tratado, el Art. 45 del Código penal especifica los criterios para una individualización de esta misma forma lo señala la Ejecutoria Suprema de Lima.

(...) con respecto a la graduación de la pena, esta debe ser impuesta respetando el principio de responsabilidad subjetiva del Derecho Penal, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, el cual establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; asimismo, se debe tener presente que su finalidad esencial está orientada a buscar en el sujeto culpable su reeducación y reinserción en la sociedad y en tal sentido si dosimetría no constituya un exceso y pierda su objetivo final; asimismo, si bien es cierto el legislador ha establecido las clases de pena y el quantum de estas, pero no de una manera fija y absoluta, también lo es que se han fijado los criterios necesarios para que el juzgador pueda individualizarla judicialmente y concretarla observándose por lo tanto el principio de proporcionalidad y razonabilidad establecido como un criterio rector de toda actividad punitiva del Estado, lo cual nos conduce a valorar el perjuicio y trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del encausado que comprenda la edad, educación, condición económica y medio social.⁴⁷

Por cuanto se refiere a una determinación judicial debe realizarse un procedimiento técnico y valorativo en cual se encuentra plenamente normado la que se realizará en base a gravedad del hecho que se ha cometido. Y, debe considerarse específicamente trece circunstancias que el juez debe tomar en cuenta al momento de poder realizar una sanción punitiva, contribuirá una sanción más justa y proporcional a la gravedad de los hechos.

⁴⁷ Ibidem Pg. 724

La individualización de la pena es la precisión que en cada caso en concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito para procurar su resocialización reeducándolo evitando actos sancionables. Es decir, es el procedimiento por el cual la pena es determinada por la ley y se adecua al delito cometido por el concreto autor.

Decisivamente, la individualización la realiza el juez en su sentencia judiciales con base a las especificaciones del tipo y a las pautas de la parte general, respecto de las cuales se habla de una individualización legal, y se va adecuando a la persona del condenado mediante la ejecución de la pena en procura de su fin de prevención especial en razón; individualización ejecutiva.

El Sistema de determinación de la pena se puede entender por pena fija o rígida a aquella duración está determinada de antemano por la ley, en las que no se tiene en consideración a la persona del autor ni las circunstancias particulares de cada caso. Aquellas sanciones que son un poco más flexibles son aquellas donde la ley determina un máximo y un mínimo, limitando con ello el ámbito penal dentro del cual el juez debe fijar el quantum adecuado a la naturaleza del hecho y a la personalidad del delincuente.

Los criterios que deben de regir en la individualización judicial es la formación de la medida de la pena plantea, como tarea previa, la constatación de todos los factores de culpabilidad y de prevención aplicables en el caso concreto. El conjunto de los hechos relevantes constituye la base fáctica de esta actividad.

Para la obtención procesal de los hechos, que influyen en la medida de la pena, se debe partir de la premisa básica de que la aplicación de la pena es también realización de derecho material y que se halla sometida a las mismas exigencias probatorias que rigen en todo proceso penal para la cuestión de la culpabilidad.

Ello importa reconocer que, respecto del deber de instrucción del tribunal en el tratamiento de las peticiones de prueba de las partes y del principio "in dubio pro reo" se deben aplicar las mismas reglas que garantizan que el aseguramiento jurídico probatorio se organice sobre la base de criterios legales.

Al individualizar la pena judicialmente Hasta la actualidad, lo que se ha venido a discutir, según los criterios criminológicos y victimológicos a considerar es que, la pena es una consecuencia jurídica penal derivada de la comisión de un delito, visto éste, no como una abstracción legal, sino como un hecho real y concreto, atribuible no solo a elementos circunstanciales, sino a la conjugación de esos elementos con las características y antecedentes particularísimos del delincuente y de la víctima.

De la expectativa resocializadora de la pena como factor determinante para su imposición y ejecución. Por lo tanto, se considera que la pena debe ser aplicada exclusivamente por el o los juzgadores que conocen del caso, circunscribiendo su decisión a la estela personalísima de los protagonistas procesales y al hecho concreto analizado aisladamente como un fenómeno exclusivo sucedido en un momento y tiempo determinado, no comparable con otros fenómenos considerados abstractamente por el legislador, como actualmente sucede.

5. Suspensión de la ejecución de la pena y las reglas de conducta

La suspensión de la ejecución de la pena también llamada pena condicional, se encuentra amparada en el artículo 57 del Código Penal, la cual tiene un significado simple, que resalta en el hecho de que no se purgara condena en un establecimiento penitenciario, sino en una cierta libertad, pero con restricciones y reglas, siempre que existan ciertos parámetros, los requisitos que nos brinda el Código Penal, son los siguientes:

- a) Que la condena se refiera a la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

- b) Que la naturaleza, modalidad de hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable de la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere una debida motivación.
- c) El agente no tenga condición de reincidente o habitual.

La determinación de la pena en este sentido debe tener en cuenta las condiciones personales de los acusados, la naturaleza del delito y las circunstancias de la comisión del evento delictivo, es decir la efectividad de la pena suspendida recae sobre los criterios de la prevención especial, es decir observar la peligrosidad del condenado a cometer nuevos delitos en el caso en concreto y no de forma objetiva y general. Siendo la imposición de una pena suspendida la facultad del juzgador cuando esta se encuentre en los requisitos exigidos por el artículo 57 del Código Penal (Exp. N° R.N. 269-2004 MADRE DE DIOS).

Pero esta suspensión se rige por ciertas reglas de conducta que se encuentran en el artículo 58 del mismo cuerpo legal que, al incumplirlas, se puede llegar a revocar la prisión suspendida claro dentro de un lineamiento como es la amonestación o la prórroga del plazo de pena suspendida. Las reglas de conducta son claras desde esta perspectiva, la de mayor interés para esta tesis resultaría el pago de la totalidad de la reparación civil como regla de conducta, pues la restitución de lo afectado al estado y un pago de reparación civil adicional, sumado al hecho o de una condena e inhabilitación, según corresponda el hecho en concreto resulta suficiente para delitos de mínima lesividad.

6. Razonabilidad y proporcionalidad de las penas

Se ha escuchado o leído sobre estos principios, pero puede que muchas veces nos haya generado confusión, por ser inasibles y porque tienen que ver mucho el uno con el otro, pero que significa cada una de ellas, el mismísimo Código Penal, en su título preliminar, nos brinda ciertas luces de ello diciéndonos en su artículo IX “La

pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora(...)", este pequeño preámbulo al Código Penal ya permite juzgar el límite de las penas en los delitos, pues esta por sí misma no es un castigo sino más bien cumple con funciones preventivas.

Este principio fue materia de expresión del Tribunal Constitucional el cual dice: "En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una "prohibición de exceso" dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que "[l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección" (STC 1010-2012-HC/TC, fundamento 5);

En ese sentido, se muestra como un límite al poder estatal o *ius punendi*, pero cuál es su diferencia entre razonabilidad y proporcionalidad, entonces, para que una ley sea más razonable debe ser menos arbitraria, lo mismo pasa con la decisión judicial quien debe haber una fundada razón jurídica para aplicar por norma y no por mero deseo del legislador decir que sea esta, sin una argumentación jurídica. Por ello, es importante la exposición de motivos en los proyectos de ley y es allí donde se efectúa dicha razonabilidad, entendiéndose entonces como el principio de las penas que se ejerce en la emisión de normas. Por otro lado, el principio de proporcionalidad este principio es aplicado en cualquier materia sancionatoria (administrativa sancionadora, penal, disciplinaria...) no es un principio propio solo del derecho penal sino de todo el ordenamiento jurídico, podemos hablar de proporcionalidad en materia civil, laboral, administrativa, etc. En cualquier otra área se puede aplicar, en cualquier campo. Por tanto, a lo que incumbe en la decisión judicial la proporcionalidad pertenece a lo que la vaya a imponer el juzgador como pena, teniendo en cuenta la proporcionalidad del legislador (que debió no ser

excesiva). De ser proporcional (no excesiva), debe ser, también, razonable (igualitaria) y racional (objetiva).

Entonces, la pena se impondrá según lo que haya cometido el sujeto activo, de esta manera el tribunal nuevamente a otorgado luces del principio de proporcionalidad por medio del test de proporcionalidad. “El test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, se establece que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida. En primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación (la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar); en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador.

Ciertamente, se trata del análisis de relación “medio-medio”, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (579-2008-AA-TC, fundamento 25), Así podemos concluir que el principio de proporcionalidad en el Derecho Penal resulta ser un principio rector de la pena, la cual obliga al juzgador en el caso en concreto ponderar costos y beneficios al momento de individualizar la pena.

SUB CAPITULO II

CURRUPCION PARTE GENERAL

1. La corrupción

En primer lugar se debe entender que conceptualizar corrupción, resulta ser un trabajo arduo que amerita mucho interés por el tema; podríamos decir, que la corrupción proviene de distintos factores exógenos sociales, como es la economía, las instituciones, la política o la historia, y que se manifiesta en todos los estratos sociales sea pobre o rico, que su naturaleza puede ser privada o pública, o que simplemente es estudiada por muchas ramas como la sociología, la antropología, la psicología o el derecho. El ser humano es corrupto por inherencia, es decir que es propio de nuestra naturaleza, desde ese simple hecho del bebe que coacciona con llanto a la madre para recibir la lactancia o con acciones simples de regalar bienes o dar un buen trato a alguien no por el gusto de hacerlo, sino más bien por el hecho de recibir a futuro algo a cambio.

A juicio del doctor e historiador tacneño Jorge Basadre tres serían los grandes enemigos del país “Los congelados, los incendiarios y los podridos. Los congelados se encierran en sí mismos, los incendiarios se consumen en el pesimismo y los podridos, vale decir los corruptos, prostituyen cualquier ideal en beneficio propio y buscan convertir al Perú en un Fango, en una chacra”⁴⁸ Siendo la corrupción el enemigo más repudiado por el Historiador peruano como se da a notar.

Ahora bien, saliendo de pensamientos personales sobre lo que resulta ser corrupción, se debe expresar lo que los autores expresan en la doctrina Castro Cuenca en su obra corrupción y delitos nos dice:

⁴⁸ BASADRE GRHOMAN, Jorge; La promesa de la vida peruana y otros ensayos, Lima-Perú, Editorial JUAN MEJIA BACA, año 1958, pág. 50.

un gran número de autores considera que la corrupción implica el quebrantamiento del interés público en aras de satisfacción de un interés personal, esta posición la sostienen Tarkowski, Cugat, Bustos Gisbert, Rodríguez García, ValiejeAlvarez, Contreras Alfaro, Rodríguez Collao, Domínguez Berrueta y OssandowWidow.⁴⁹

Como se puede ver es un concepto simple, pues éste se dio como uno de los primeros conceptos, frente el aparecieron tres contraposiciones o críticas. La primera decía que esta postura carecería del fenómeno y solo aportaba la consecuencia, una segunda la segunda que decía que era basado en comportamiento, es decir, el abuso íntimamente ligado al sector público y por ultimo una tercera que identificaba a la corrupción la violación de un deber posicional efectuada con el objeto de un deber extra posicional.

Como se dijo al inicio del acápite, no existe ciencia cierta un concepto de corrupción “La historia conceptual de corrupción es incierta, mientras el origen etimológico es claro, ya que proviene del latín *corrumpere*, su uso se da en dos sentidos distintos; en un sentido general, equivalente a destrucción, devastación o adulteración de un material orgánico; y en un sentido particular, para designar una actividad humana específica, como ocurre cuando se lo asimila a soborno o extorción”⁵⁰ uniendo los dos sentidos a la palabra resulta ser algo vil o repulsivo.

En síntesis, un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional, se requiere una posición especial para realizar corrupción no cualquiera en cualquier circunstancia puede hacerlo. Por ello que, el Derecho Penal resulta ser un delito especial, “Se puede definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción

⁴⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; Corrupción y delitos contra la administración pública, Editorial UNIEVRSIDAD DEL ROSARIO, Primera Edición, Bogotá-Colombia, pág. 27.

⁵⁰ MALEM SEÑA, Jorge F.; La corrupción Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Editorial GEDISA, Barcelona-España, año 2002, pág. 23.

con el objeto de obtener un beneficio extra posicional, cualquiera sea su naturaleza.”⁵¹ Siendo necesario en este orden de ideas el deber posicional y el beneficio, estas dos exigencias mencionadas podrían crear corrupción como la conocemos en la actualidad.

2. Administración pública

Si observamos el Título XVIII del Código Penal en los cuales se encuentran los delitos contra la administración pública, daría a entender que estos delitos protegen la administración pública, por medio de sus instituciones, en ese seguir de ideas cabría preguntarse qué se entiende por administración pública, ahora bien, desde una perspectiva organicista Frisancho opina que:

Administración es (ordenar económicamente los medios de que se dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades) y si se le adiciona el adjetivo pública, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o gobierno, esto es, el concepto de poder público o actuación del Estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo”⁵²

Por el contrario, si se siguen los lineamientos del funcionalista Rojas Vargas la admiración pública “comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral y organismos autónomos del Estado”⁵³. Esto es que la administración pública compete a todas las instituciones públicas sin excepción, cabe mencionar que queda fuera de estos ámbitos los bancos privados, empresas mixtas y regímenes jurídicos privados.

⁵¹ IBIDEM, 35

⁵² DRISANCHO APARICIO; Manuel, Código Penal Tomo VII, Editorial JURIDICA, Lima-Perú, año 1998, pág. 15.

⁵³ ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Editorial GRIJLEY, Tercera edición, Lima-Perú, año 2002, pág. 15.

Un concepto muy bien diseñado debe ser acuñado desde la perspectiva del Derecho Administrativo como la que se adhiere Benavente y Calderón “Sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con ciudadanos”⁵⁴. Es decir, que la administración pública debe entenderse como un sistema social dinámico, un conjunto de engranajes que tienen por finalidad el beneficio de la sociedad y el Estado, siempre sometidas a una jerarquía; para los autores anteriormente citados la administración pública cuenta con cinco características esenciales, estas son:

- a) La organización y las funciones.
- b) Las normas y procedimientos.
- c) El Potencial Humano
- d) La toma de decisiones
- e) La orientación y determinación política-social

Se podría decir que la Administración pública es como lo dice Rubio Angulo, “Toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”⁵⁵. Siendo este el concepto que abarca una suma de aspectos necesarios en la administración pública.

3. Función pública

En todo estado para poder lograr sus fines propuestos, sea cual sea su naturaleza realiza numerosas actividades a través de sus órganos para lograr intereses sociales conjuntos, que sean de gran importancia en la vida en sociedad, todas estas actividades que realizan los órganos estatales son la función pública.

⁵⁴ BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo; Delitos de Corrupción de funcionarios, Editorial GACETA JURIDICA S.A., Primera edición, Lima-Perú, año 2012, pág. 78.

⁵⁵ RUBIO ANGULO, Campo Edmundo; El Peculado, Editorial PONTIFICA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Bogotá-Colombia, año 1985, pág. 5.

La función pública como institución del Derecho Público es “Una actividad que el ordenamiento jurídico-constitucional y legal, reserva a los órganos - instituciones y se manifiesta por la voluntad de los órganos individuales (funcionarios públicos)”⁵⁶ En el Perú existen tres funciones estatales la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional, de las cuales se derivan en diferentes funciones, como la policial, electoral, diplomáticas, educacional, salud entre muchas más, el Estado tiene un sin número de funciones, las cuales todas ellas les compete a la función pública

Ahora bien, el ejercicio del cargo de esta función pública “Es el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio, y si tal ejercicio lo realiza el Estado a través de personas jurídicas, el empleado público sea funcionario o servidor se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad y acción trascienden como voluntad y acción del Estado, lo que justifica la creación de normas especiales para su responsabilidad”⁵⁷. Esto significa que, es la materialización de la función pública el accionar que realicen los entes individuales llamados funcionarios públicos. El Derecho penal no cuenta con un concepto propio de función pública es así que hacen suyo los conceptos del Derecho constitucional y del Derecho público.

Para Rojas Vargas, la función pública tiene ciertas características que la distinguen como son:

- a) La actividad es al servicio de la nación
- b) La función pública recae en personas físicas llamados funcionarios.
- c) Su contenido es diverso con actividades de diferentes órdenes.
- d) Compete a la totalidad de asuntos Estatales.
- e) Es continua y permanente.
- f) Cuenta con deberes, obligaciones y Derechos por medio de sus instituciones.

⁵⁶ ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la Administración Pública, Editorial GRIJLEY, año 1999, pág. 19.

⁵⁷ BAEZ MARTINEZ, Roberto, Manual de Derecho Administrativo, TRILLAS, México, año 1990, pág. 36.

4. Delito

El delito es, tal vez, uno de los conceptos más relativos que puede existir en el lenguaje común social, se puede entender al delito como la acción penada por la ley; pero como he de entenderlo estos no es suficiente para conceptualizarlo.

La palabra delito desde un punto de vista etimológico deriva del verbo Delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero o abandonar la ley.⁵⁸ Se debe mencionar que uno de los primeros conceptos en la historia del delito predomina los conceptos basados en lo contrario a la ley como decía Beccaria: “el delito es un hecho humano contrario a la ley”⁵⁹ resulta ser muy simple otorgar una concepción a lo contrario a la ley, existen también definiciones sociológicas, filosóficas, naturales, según la dogmática, etc.

Desde una perspectiva legal el Código Penal no ofrece una definición sobre lo que es delito, lo más cercano a ello es el artículo 11 del Código Penal que señala que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas pro la ley, esto se puede reducir a que “es un comportamiento humano que puede revestir la forma de acción u omisión y que si las únicas modalidades subjetivas del comportamiento delictivo son la dolosa y la imprudente, la voluntariedad es un elemento del delito”⁶⁰ Es decir que nuestro Derecho penal es subjetivo y se proscribiera el Derecho penal objetivo como se encuentra establecido en el artículo VII del Título preliminar del Código Penal Peruano.

Por otra parte, se encuentra el concepto doctrinario del delito que es lo establecido con frondosidad de autores en el mundo este es un comportamiento típico antijurídico y culpable, se debe mencionar que ciertos autores incrementan a

⁵⁸ PINA VARA, RAFAEL; Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México 2004, pág. 219.

⁵⁹ Citado por, JIMENEZ DE ASUA, Luis; Teoría del Delito, Editorial JURIDICA UNIVERSITARIA, México DF-México, año 2009, pág. 7.

⁶⁰ IVAN MEINI; Lecciones de derecho penal- parte general, Editorial PUCP, Lima-Perú, año 2014, pág. 44.

este concepto el comportamiento punible, este concepto es básicamente la descripción de los elementos del Delito que configuran la teoría del delito.

Desde el punto de vista del concepto material este se asumen “comportamiento merecedor de pena que se imputa a quien se le exige evitarlo”⁶¹ siendo protagonista principal de este concepto la pena.

Por otra parte autores de las Escuelas Clásicas como Francisco Gamarra define al Delito como “Infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”⁶², este concepto del siglo XIV resulta muy escueto para la realidad actual, pues para dichos años la teoría del delito aún no se encontraba estructurada como la conocemos ahora, pues le daban mayor trascendencia a los aspectos morales de la norma.

Desde el siglo pasado se acuñaron infinidad de conceptos del delitos, como la concepción jurídica, la concepción filosófica, la concepción dogmática, La concepción sociológica, la concepción antropológica, entre otros conceptos, que serían imposibles de cuantificar, para la presente investigación el autor se acogerá a la concepción de Delito vigente el cual es la sistematización que brinda la Teoría del Delito adoptada por autores de renombre como son Eugenio Zaffaroni y Claus Roxin la cual *Es toda conducta acción u omisión Humana, Típica, antijurídica, Culpable y Punible*; En este punto de importancia recalcar que es la Teoría del Delito, Muñoz Conde otorga a la doctrina un concepto amplio pero completo de que resulta ser la Teoría del Delito, el cual nos dice, “La teoría del delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que peldaño a peldaño, se va elaborando a partir de conceptos básicos de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito”⁶³, es decir que la teoría del delito es el

⁶¹ IBIDEM. Pág. 49.

⁶² CARRARA Francisco; “Programa de Derecho Criminal”, Parte General, Volumen I, Editorial Temis, Colombia – Bogotá, año 1971, pág. 43.

⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte General, España –Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 6 Edición, año 2004, pág. 205.

estudio concatenado y ordenado de los elementos comunes esenciales del delito empezando por la acción, siguiendo con la tipicidad, antijurídica y culpabilidad.

Se debe saber que la teoría del delito es lo que permite a el Derecho penal considerarse como una disciplina científica pues este es un conocimiento ordenado y metódico, como nos dice Jescheck “nos permite establecer cuando nos encontramos en presencia de una conducta delictiva es el objeto de estudio de la teoría general del delito”⁶⁴ es decir qué función principal es reconocer que es delito y que no es delito, la teoría del delito tiene ciertos elementos comunes a todas las acciones delictivas estas son “acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Las tres primeras categorías se circunscriben al injusto penal y la última de ellas tiene que ver con el reproche social”⁶⁵ al hablar de injusto se debe referir a la conducta contraria a las exigencias legales, sobre conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos, mientras que reproche se refiere sobre la imputabilidad del sujeto.

Cabe mencionar que existen autores que van en contra de la teoría del Delito como es Mancilla Ovando que nos dice “Consideramos que la teoría dogmática del delito no tiene ninguna utilidad didáctica, pues origina absurdos que confunden a los estudiosos del Derecho”⁶⁶ lo cual muchos autores discrepan de estas posiciones, pues la teoría del delito le da un orden establecido al Derecho penal para identificar el pilar supremo de esta rama del Derecho que es el delito.

5. Política criminal

La política criminal, es un punto neurálgico en el Derecho Penal, que en Latinoamérica no se le brinda el tratamiento y estudio que requiere, para poder entender que es política criminal, se debe tomar dos conceptos previos, el primero es saber que es criminología, pues esta rama científica de estudios es punto de

⁶⁴ Citado por CHAPARRO GUERRA, Ayar; Fundamentos de la Teoría del Delito, Editorial GRIJLEY, Lima-Perú, año 2011, pág. 22.

⁶⁵ IBIDEM, pág. 25.

⁶⁶ Citado por, REYNOSO DAVILA, Teoría General del Delito, Editorial PORRUA, México DF-México, año 2003, pág. 1.

partida de la política criminal y por otro lado tener nociones de que es política desde un punto de vista del delito.

En primer lugar nos adentraremos en que es criminología, y para ello será necesario citar diferentes autores para lograr entender que estudia esta disciplina muchas veces mencionada por los doctrinarios, ZIPF nos dice que es “La ciencia de la esencia de la personalidad infractora del Derecho, así como de los factores determinantes y formas de manifestación del delito en la vida de la sociedad como en la existencia del individuo”⁶⁷ por otra parte Reyes Echandia, nos otorga el objeto de estudio de la criminología el cual es “Tiene por objeto el estudio de la criminalidad, de las personas a ella vinculadas y de la reacción social que pueda suscitar”⁶⁸ como se puede ver estos conceptos resultan ser muy escuetos y dejan demasiados vacíos que entre ver, pues en las universidades y en los libros, se da a entender por criminología la búsqueda del porqué del delito y del delincuente, busca dar causas de estos fenómenos y de todo lo relacionado a este, pero esta ciencia va más allá, desde la perspectiva del autor de la presente investigación existe un concepto muy preciso de lo que es criminología que no deja ningún vacío pro parte de JESCHECK, “La criminología se ocupa de la personalidad del delincuente , de su desarrollo, de sus características físicas y psíquicas y de sus probabilidades de educación, así como de las formas de aparición del delito, de sus causas, de su significación tanto para la sociedad como para la vida del individuo y, finalmente de la forma de incidencia de los medios de reacción jurídico-penal”⁶⁹ como se puede observar la criminología no solo estudia el génesis de los sucesos y sujetos del delito, también estudia el tratamiento que deben tener estos, la criminología va de la mano de distintas ramas del saber cómo son la antropología criminal, biología criminal y psicología criminal.

⁶⁷ ZIPF, Heinz; Introducción a la Política Criminal. Editorial. Graficas Novoa, año 1979, pág. 12.

⁶⁸ REYES ECHANDIA; Alfonso, Criminología. Editorial UEC, Bogotá-Colombia, año 1984, pág. 46.

⁶⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte General, Editorial BOSCH, año 1981, Barcelona-España, pág. 62.

Ahora bien desde este punto una vez comprendida la concepción de criminología rama base de la política criminal, se deberá entender que es política, esta palabra cuenta con varias acepciones para su entender, para nuestro propósito se tomara lo dicho por la Real academia Española que es “Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados; como la actividad de los que rigen o finalmente, como el arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean medios para alcanzar un fin determinado”⁷⁰ es decir que se entenderá como la posibilidad de tomar decisiones que obliguen a otros, en este caso relacionadas a un sector específico, como es el crimen.

Una vez comprendido los conceptos anteriores, nos ahondaremos en que es política criminal, en primer lugar a lo ya entendido por política debemos entender también que la política criminal es una de las primordiales fuentes que el legislador toma para emanar una normal penal, para Kleinshord quien fue el primero que se le atribuye haber usado la expresión política criminal dice que es “El conocimiento de aquellos medios que el legislador puede y debe hallar según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger los Derechos”⁷¹, para sintetizar ello desde un aspecto exclusivamente positivo, la política criminal es “Se entiende por política criminal, la reforma regular de la ley penal, en provecho del bien común. Pues la política criminal es la política de legislación penal.”⁷²

Como se puede ver la política criminal son los mecanismos que el Estado utiliza para poder luchar contra la delincuencia Cuervo Ponton nos muestra la importancia de la política criminal desde los puntos de vista que se observen, pues esta no solo será los mecanismos del Estado este estudio ira más allá, pues la política criminal puede observarse como: Fuente de la legislación penal, como instrumento contra el delito, área dentro de la política general del Estado y como el

⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua española, Editorial ESPASA CALPE S.A., Decimonovena Edición, Madrid-España, año 1970, pág. 1045.

⁷¹ VON LISZT, Franz; Tratado de Derecho Penal Tomo II, Editorial REUS, Madrid-España, pág. 53

⁷² LANGLE, Emilio; La Teoría de la Política Criminal, Editorial REUS, Madrid-España, año 1927, Pág. 16.

Deber ser del Derecho Penal”⁷³ como se puede observar la importancia de la política criminal en el Derecho penal es trascendente y debe ser siempre las investigaciones viabilizadas en este sentido para poder otorgar posibles soluciones a problemas que aparecen en la sociedad y en nuestra legislación.

6. Sujetos en los delitos contra la administración pública

6.1. Funcionario público

El funcionario público es el agentes o trabajadores Estatales más importante en la estructura del gobierno, el cual desempeña diferentes roles en alguna institución determinada, para Salinas Siccha “El funcionario público es aquella persona natural o física, con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo a la realización del bien común que viene a ser su finalidad última”⁷⁴ Es decir que su mayor característica es el poder de decisión, esto se corrobora en conjugación al Artículo 4.1 de la Ley 28175 Ley marco de empleo público, la cual dice textualmente que funcionario es “El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que presenta al Estado o al sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas”.

La misma norma habla también de una clasificación, pues los funcionarios públicos pueden ser según la ley de elección popular directa y universal o confianza política originaria, de nombramiento y remoción regulada, y de libre nombramiento y remoción, además el artículo 425 del Código Penal en sus disposiciones comunes que nos dice que los funcionarios y servidores públicos son los que están comprendidos en la carrera administrativa, los que desempeñan cargos políticos o

⁷³ CUERVO PONTON, Luis Enrique; Política criminal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, año 1988, pag.71.

⁷⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial GRIJLEY, 3ra Edición, Lima-Perú, año 2014, pág. 10.

de confianza, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza a entidades u organismos del Estado, los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por la autoridad competente, los miembros de las fuerzas armadas y PNP, los designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente.

6.2. Servidor público

Para Salinas Siccha “Es aquella persona natural que también presta servicios al Estado, pero sin poder de decisión, es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos o profesionales”⁷⁵ El concepto de servidor público es un terreno poco instruido en el Derecho Penal en la antigüedad en el Perú y en otros países el servidor público contaba con otro nombre como “Servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase “empleado público usada anteriormente”⁷⁶ de esta manera el empleado o servidor público vendría a ser un trabajador del Estado sin mando, que brinda servicios específicamente técnicos o profesionales, para tareas de facilitación de los labores de los funcionarios públicos.

En nuestro sistema el servidor público es llamado también empleado público, pues este nombre era usado anteriormente, sirviendo también para el Estado y el logro de sus fines, pero este es un agente sin mando, que brinda al agente básicamente sus servicios Técnicos, de oficio o profesionales, misiones o tareas requeridas, en tal sentido el servidor público se encuentra en una posición subordinada a los funcionarios públicos.

⁷⁵ IDEM

⁷⁶ OLIVERA TORO, Jorge; Manual de Derecho administrativo, Editorial PORRUA, México DF-México, año 1967, pág. 481.

7. El bien jurídico en los delitos contra la administración pública

7.1. El bien jurídico

El bien jurídico es un punto indispensable en el Derecho Penal, que se encuentra de hace mucho tiempo en el arsenal conceptual de todo jurista, pero existe multiplicidad de conceptos del bien jurídico, en un sentido amplio podría decirse que es todo aquello que tiene valor para el ser humano desde un aspecto de relevancia jurídica, para ahondar un concepto de bien jurídico primero se debe comprender el postulado de que el delito lesiona o amenaza con lesionar bienes jurídicos, pero aquí inicia el reino de la controversia pues en el transcurso de los últimos años, este punto entro en debate al preguntarse el Derecho Penal protege bienes jurídicos o la vigencia de la norma.

Originalmente desde la filosofía neokantiana se concibe al bien jurídico como “El valor cultural- entendida la cultura en el sentido más amplio, como un sistema normativo. Los bienes jurídicos tienen como fundamentos los valores culturales que se basan en necesidades individuales. Estas se convierten en valores culturales cuando son socialmente dominantes” Es decir que para la filosofía Kantiana el bien jurídico depende de los valores de la sociedad en determinado espacio y tiempo.

Zaffaroni considera que bien jurídico penalmente tutelado “es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés a través de normas que prohíben determinadas conductas que las violan, aquellas que son expresadas con la tipificación de conductas”⁷⁷, este concepto resulta ser muy completo pues da a entender que el Derecho penal específicamente los tipos penales nace como protección pura a los bienes jurídicos contra los accionares que los lesionan.

⁷⁷ ZAFFARONI, E; Tratado de Derecho Penal, Vol 1, Editorial EDIAR, Buenos Aires-Argentina, año 1982, pág. 238.

A su vez Muñoz Conde, conceptúa a los bienes jurídicos como “Los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social”⁷⁸ este concepto resulta ser general e idealista pues como se puede notar expresa en general como bien jurídico a todo aquello que el hombre necesita para poder lograrse como tal; En conjunción a este concepto una parte de la doctrina “pone en acento que el aspecto trascendente de esa concepción del bien jurídico, toda vez que las alusiones a la naturaleza y desarrollo social parecen alzar una barrera al Estado y al Derecho, a los que cabría reconocer a los bienes jurídicos otorgados a los hombres, por dichas fuentes, y no establecerlos, ni alterarlos, ni modificarlos.”⁷⁹ En este contexto los bienes jurídicos son inherentes al ser humano y por ello no son modificables, pues esto es basado en Derechos fundamentales irrenunciables.

Más allá de lo expresado en los párrafos anteriores existe otra controversia en todo a los bienes jurídicos y es sobre la idoneidad del concepto del bien jurídico “En Alemania se discute si es preciso mantener la teoría del bien jurídico o si, dada la falta de claridad y la ambigüedad de dicho concepto, debe considerarse como fracasada como base teórica y ser por ello rechazado o al menos completado con ulteriores criterios”⁸⁰. Es decir, que aun pese al tiempo aún existen dudas sobre la real existencia del bien jurídico en el Derecho penal y si este es realmente necesario conceptualizar, o como una mejor solución aclarar.

De cualquier modo como nos dice Regis Prado “Queda patente que la noción de bien jurídico deriva de las necesidades del hombre surgidas en la experiencia concreta de vida”⁸¹. Pues pese a la multiplicidad de conceptos y controversias que el bien jurídico pueda contener es un punto de neurálgico estudio en el Derecho Penal y que por el momento no se debe dejar pasar.

⁷⁸ MUÑOZ CONDE F; Introducción al Derecho Penal, Editorial BOSCH, Barcelona-España, año 1975, pág. 48.

⁷⁹ NIÑO, Luis Fernando; El bien jurídico como referencia garantista, Editorial DEL PUERTO, Buenos Aires-Argentina, año 2008, pág. 5.

⁸⁰ VON HIRSCH, Andrew; La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial MARCIAL PONS, Madrid-España, año 2007, pág. 44.

⁸¹ REGIS PRADO, Luiz; Bien Jurídico-Penal y Constitución; Editorial ARA, Primera Edición, Lima-Perú, año 2003, pág. 48.

7.2. En los delitos contra la administración pública

En relación al Bien jurídico en los delitos contra la administración pública, en los cuales existe un bien jurídico general que la ley nos muestra el cual es el correcto y regular desenvolvimiento de la actividad estatal, enmarcado siempre en los principios de dignidad, probidad y eficiencia. Por su parte Manzini⁸² nos dice que el objeto genérico de la tutela penal, en esta clase de delitos, es el interés público concerniente al normal y correcto funcionamiento de la administración pública, en conjunción a ciertos principios rectores, la probidad, desinterés, lealtad y disciplina.

Como se afirmó el bien jurídico general debe corresponder siempre a ciertos principios, que generan deberes, los cuales resultan ser deberes generales, que generan puntos a favor del bien jurídico general, estos deberes se pueden dividir en seis deberes institucionales que el funcionario y servidor público debe tener en cuenta para no incurrir en delitos penales contra la administración pública, estos son:

- a) el correcto ejercicio de sus funciones.
- b) Observancia de los deberes de cada cargo en relación a las normas generales y el MOF (manual de organización y funciones) de cada institución.
- c) normalidad en el ejercicio público, d) Proteger el prestigio y dignidad de la función.
- e) Probidad y Honradez de sus agentes.
- f) Protección del patrimonio público, siendo todos estos intereses y valores protegidos por la constitución, que colaboran con la mejora de la administración pública.

⁸² MANZINI, Vincenzo; Tratado de Derecho Penal, Tomo VIII, Editorial EDIAR, Buenos Aires- Argentina, año 1961, pág. 03

Dicho de otra manera debemos entender entonces que como regla general frente a la comisión de cualquier delito contra la administración pública cometida por funcionarios o servidores públicos, existen dos bienes jurídicos que el Estado pretende proteger con la sanción penal, en primer lugar nos encontramos con el correcto y normal funcionamiento o desenvolvimiento de la administración pública, en cumplimiento a sus deberes de cada funcionario o servidor, siempre en observancia de los principios rectores de la función pública, el Tribunal Constitucional al respecto ha dejado claro el bien jurídico general protegido en los delitos contra la administración pública como es “La protección de la correcta marcha de las entidades estatales, evitando una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a esta investidura”⁸³ El bien jurídico desarrollado en este punto debe ser interpretado con el artículo 138 de la constitución en la que se consagra que todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la nación.

Por otro lado, tenemos el segundo bien jurídico que se protege, es el particular o también llamado específico, el cual será que cada tipo penal al tener sus propias características y su propio tipo objetivo, protegerá un bien jurídico específico, como se podrá observar en el análisis que se realizara a posteriori de cada tipo penal, cabe mencionar que en cada tipo penal dentro de los delitos contra la administración Pública, “El bien jurídico protegido no es el mismo”⁸⁴, Con esto quiero decir que el bien jurídico de Peculado no será igual al bien jurídico de Cohecho, pese a ser los dos tipos penales delitos contra la administración pública.

Así mismo se puede observar el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública se asemeja lo que se puede observar en el Derecho Administrativo, los cuales son motivos de sanción administrativa, para ello es menester crear una correcta distinción en el Derecho Administrativo y Derecho

⁸³Exp. N° 3194-2004-HC/TC, Fundamento 26.

⁸⁴ MUÑOZ CONDE; Francisco; Derecho Penal-Parte Especial; Editorial TIRANT LO BLANCH, 13ra Edición, Valencia-España, año 2001, pág. 922.

Penal, pues no todo lo que crea afectación a la administración pública necesariamente tiene que ser delito, igualmente lo afirma Urquiza Olachea, “Sera el propio Derecho Administrativo que se encargue de auto protegerse de las posibles lesiones a las que se halla expuesto . Es así que el Derecho Penal solo aparecerá para proteger a la Administración Pública en cuanto a la afirmación de su carácter fragmentario y de ultima ratio”⁸⁵.

De ahí que en los la realidad cuando los hechos o constituyen delito no significara que quedara impune dichos actos pues el Derecho Administrativo realizara por su parte procedimiento administrativo sancionador disciplinario a través de una secretaria técnica de la correspondiente institución afectada o en todo caso según competencia cuando deriva de un proceso de acción de control lo realizara la Contraloría General de la República.

En definitiva, existe el bien jurídico general y el bien jurídico específico según el tipo penal concretamente a tratar, cabe mencionar desde el presente autor me encuentro a favor de que el Derecho penal debe apartarse del bien jurídico general para el Desarrollo real de los procesos e implantarse con el bien jurídico específico según el proceso, como una anécdota personal pude observar en el transcurso de los años que en nuestro distrito judicial de Tacna, al realizarse el control de acusación y al mencionar el bien jurídico afectado siempre se hace mención del correcto y regular funcionamiento de administración pública, sin expresarse el bien jurídico concreto al proceso que se realiza, como lo dice Vittorio Manes: “Las líneas directrices de la reforma deberían estar dirigidas hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico (tomado como bien jurídico genérico) a favor de una dimensión, en cuanto sea posible individual, particularista, del objeto de tutela, reconstruido con líneas

⁸⁵ Citado por LAURENCE CHUNGA, Hidalgo; La Posición del Particular en el Delito de abuso de autoridad, Revista Internauta de Práctica jurídica, Numero 24, año 2009, pág. 72; Cita virtual: http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num24/4abusoautoridad.pdf[03/05/16]

específicas según cada norma”⁸⁶, esto es el alejamiento de lo general y la aproximación necesaria a lo específico

8. La teoría de los delitos de infracción de deber

Como punto primordial se debe tener en cuenta que los delitos contra la administración pública, son delitos especiales en su gran mayoría; es así, que en la actualidad se tiene como criterio para la determinación de quienes son los autores y quienes son los partícipes, la teoría de infracción de deber.

Desde que Roxin dio a voz populi en el Derecho Penal en 1963 el término infracción de deber, se inició una discusión moderna del tratamiento que tendría esta en la teoría de autoría y participación, pues en el contexto de una teoría dominante como es la Teoría del dominio del hecho apareció la categoría de infracción de deber como lo explica Caro John “Existen tipos penales que per se no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir tipos penales que dicho en términos más directos solo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre por ejemplo en los delitos de corrupción de funcionarios en los que solo el intraneus puede ser autor”⁸⁷ Es decir en estos delitos no es el dominio del hecho lo que te convierte en autor sino más bien el deber infringido como portador de un deber estatal o función específica.

Ahora bien, como ya se mencionó existen ciertos delitos no susceptibles a la teoría del dominio del Hecho, dichos delitos en la doctrina alemana se llamaron delitos especiales (Sonderdelikte) muy distintos de los delitos comunes (Jodermannsdelikte). La doctrina distingue a grandes rasgos los primeros de los últimos, que estos últimos pueden ser cometidos por cualquier, por el contrario en los delitos especiales existe un círculo cerrado de autores capaces de cometer el tipo

⁸⁶ VITTORIO MANES; Bien Jurídico y Reforma de los delitos contra la administración pública, Revista Electrónica de ciencia penal y criminología, año 2000; Cita virtual: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html[03/05/16]

⁸⁷ CARO JOHN, José Antonio, Problemas fundamentales de la parte General del Código Penal, Editorial PUCP, Lima-Perú, año 2009, pág. 91.

penal, como es mencionado en los tipos penales de los delitos contra la administración pública el funcionario o servidor público.

Siendo esta teoría de gran trascendencia para el Derecho en Europa continental y Latinoamérica, bien dicho desde las palabras del doctor Pariona Arana “Es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber que la problemática de autoría y participación, encuentran una solución clara y convincente”⁸⁸ Pues por primera vez es posible sancionar a los extraneos de delitos especiales, de forma válida.

SUB CAPITULO III

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA PARTE ESPECIAL

1. Concusión

El origen etimológico de la palabra *concusión* tiene orígenes como la gran parte de figuras legales en el Derecho Romano, específicamente del *latinconcutere*⁸⁹ el cual significa agitar (agitar, sacudir global, quebrantar, turbar), como una palabra autónoma no tiene mucho significado en el Derecho, pero si este término se aplica en conjunción a la legislación conocida como las XII tablas puede tomar forma a un concepto significativo a la metería de Derecho Penal, para el esclarecimiento de este término según Bernaldo de Quisos dice: “La palabra latina *concussioonis*) equivalente en español a conmoción o “sacudida”, expresa pintorescamente el efecto y la aptitud de quien sufre la impresión desagradable de la exacción misma,

⁸⁸ PARIONA ARANA, Raúl; La teoría de los delitos de infracción de deber, Editorial GACETA PENAL, Tomo 19, Lima-Perú, año 2011, pág. 71

⁸⁹ Cita web, diccionario Etimológico: <http://etimologias.dechile.net/?concusio.n>[09/05/16]

con la mordida con que no se contaba”⁹⁰, esto debe ser interpretado como la acción de entregar algo no debido, pero cabe señalar que este delito era muchas veces confundido con delitos como el cohecho y la extorsión. Sin embargo, debe, también, entenderse que la concusión en dicha época no con los elementos objetivos actuales, teniendo un perfil diferente a lo que en la actualidad es.

Ahora bien, los delitos de concusión se encuentran enmarcados desde el artículo 382 hasta el artículo 386 del código penal, estos son la concusión explícita o llamada inducción, al exacción ilegal o conocida también como coacción de funcionarios, la colusión simple y agravada conocidas como la concertación y por último el patrocinio ilegal de intereses, todos ellos imputables a los funcionarios y servidores públicos; cabe mencionar que para Rojas Vargas “No resulta coherente reunir bajo el *nomen iuris* “concusión” conductas típicas tan disímiles”⁹¹, cabe mencionar que el presente autor sigue la misma corriente toda vez que identificar el bien jurídico para dichas conductas resulta complicado en la realidad.

El tipo penal de concusión en nuestro código penal refiere, textualmente: “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.” Bajo la premisa del tipo penal se puede observar que la primera exigencia es el sujeto activo el cual es el funcionario o servidor público en el cual no se ahondara por haber sido ya explicado en su momento, luego nos muestra el verbo rector el cual es abusando donde, se observa el dolo obligando o induciendo estos verbos, muestran como si se tratara de una extorsión o una estafa; pero cometida por un funcionario o servidor público.

⁹⁰ BERNALDO DE QUIROS, Constancio; Derecho Penal, Vol. II, Editorial CAJICA, Puebla-México, año 1957, pág. 344.

⁹¹ ROJAS VARGAS, Fidel; Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial NOMOS Y THESIS, Primera Edición, Lima-Perú, año 2016, pág. 166

1.1. El bien jurídico protegido

Sobre el bien jurídico tutelado del delito de concusión Rojas Vargas, Portocarrero Hidalgo, Salinas Siccha y James Reategui aclara que, es el recto y regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la administración pública; pero si uno es observador se puede afirmar que este bien jurídico protegido es el bien jurídico general de los delitos contra la administración pública, con el resaltante de la reputación hacia la administración pública por parte de la sociedad, este bien jurídico mencionado es corroborado por la Corte Suprema de Justicia peruana que en el 2006, la misma institución quien precisa: “El delito de concusión tiene como bien jurídico tutelado el proteger el regular funcionamiento, prestigio y la buena reputación de la administración pública, expresados en la idoneidad moral y celo profesional”. Esto se refiere a los deberes de ética que exige la función pública, estos enmarcados en el Código de Ética de la función pública Ley N° 27815, pues quien trasgrede sus roles como funcionario público lesiona los intereses estatales desde una óptica del prestigio y la buena reputación del Estado.

De esta manera se puede decir que existe un consenso dentro de los autores nacionales, por otra parte el autor italiano Maggiore sostiene que: “El objeto jurídico de esta acriminación es el interés de la administración pública por la probidad y fidelidad del funcionario”⁹². Es decir, que el bien jurídico específico en el presente delito más allá del bien jurídico general sobre el correcto y regular funcionamiento de la administración pública, es el prestigio y la buena reputación. Hay autores como Peña Cabrera⁹³ que afirman que: el bien jurídico en este delito es pluriofensivo pues no solo afecta lo mencionado anteriormente sino también la libertad y el patrimonio económico del sujeto pasivo afectado con la infracción; el administrado.

⁹² MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal – Parte Especial, Vol. III, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, año 1989, pág. 182.

⁹³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo V, Lima-Perú, año 2010, pág. 278.

1.2. Tipicidad objetiva

1.2.1. Abuso de cargo

Lo primigenio en el presente tipo penal, posteriori a los sujetos intervinientes del delito, es el abuso del cargo, esto es alterar los alcances previamente establecidos en el empleo estatal, excediendo dichas atribuciones, y en el caso del presente delito con finalidades patrimoniales que benefician a sí mismo o a terceros, este abuso de cargo un medio por el cual el sujeto activo del delito obliga o induce a dar un bien o un beneficio patrimonial. “No es estrictamente solo abuso de funciones o de atribuciones, sino que supone, en una comprensión más amplia, abuso de la calidad poseída”⁹⁴.

Es decir, de la posición y poder otorgado, contraviniendo con los principios rectores de la función pública, como es el respeto al cumplimiento de los actos administrativos, la probidad es decir la honradez y honestidad en la función pública y por último la eficiencia pues está en colisión al cumplimiento de sus funciones, todo esto en conjunto a lo expresado con el artículo 39 de la Constitución Política del Perú, la cual nos dice que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación.

1.2.2. Comportamientos típicos

En el presente tipo penal existe dos modos de ejecución del delito, el primero es el obligar a dar o prometer y el segundo que es inducir a dar o prometer.

- a) **Obligar:** Este verbo en el presente tipo penal es muy semejante al delito de coacción, “obligar a hacer lo que la ley no manda o le impide a hacer lo que ella no prohíbe” quiere decir ejercer violencia, amenaza o presión de cualquier tipo sobre un sujeto de tal modo que se haya perturbado su voluntad, en el presente delito afectando su patrimonio, para Reategui Sanchez “El agente

⁹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel; Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial NOMOS Y THESIS, Primera Edición, Lima-Perú, año 2016, pág. 170

tendrá que doblegar su voluntad de la víctima, ejercitando violencia de baja intensidad, amenaza o presión sobre una persona, de modo que altere , el proceso formativo de su voluntad”⁹⁵, cabe mencionar que Reategui nos habla de violencia de baja intensidad; es decir, que no es necesario imponer una gran violencia o usar medios de amenaza tradicionales en los delitos comunes para que pueda ser configurado el presente delito de concusión. Para ello Abanto Vasquez afirma que “No se requiere expresión física del consentimiento sobre el cuerpo de la víctima, de sus cosas o de sus demás seres queridos. Tampoco es necesario un amedrentamiento directo a un exigir descarado; basta que se haga comprender, temer al particular, mediante el poder del funcionario”⁹⁶. Esto significa que no hay mayor poder de amenaza en estos delitos que el poder del funcionario, para ejercerlo en contra del particular.

Cabe mencionar que la violencia moral es el único tipo de violencia que admite la concusión, esta violencia moral puede ser verbal, escrita, directa, indirecta, implícita, clara, simbólica; no interesa como sino más bien que constituya el primer elemento explicando anteriormente el abuso de poder por parte del funcionario o servidor público en sus atribuciones de poder que se le es otorgado, sin importa que este bajo su dependencia o no lo que se pretende.

- b) Inducir:** Por su parte inducir supone persuadir o convencer a la víctima para que pueda ofrecer un beneficio patrimonial al funcionario o servidor público, o para un tercero, para Maggiore inducir consiste en “dirigir el entendimiento e inclinar la voluntad”⁹⁷. Para el tipo penal la inducción acarea las mismas

⁹⁵ REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 332.

⁹⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel, Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, Editorial PALESTRA, Lima-Perú, año 2003, pag.289

⁹⁷ MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal – Parte Especial, Vol. III, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, año 1989, pág. 185.

consecuencias y el mismo valor que la violencia siendo esto un abuso de las funciones del funcionario o servidor público, en ambas conductas se aparta la posibilidad de conductas negligentes o conductas que se encuentran situadas dentro de su rol o discrecionalidad del funcionario público, Reategui Sanchez que “La inducción en el delito de concusión tiene que estar relacionado con el engaño o mentiras”⁹⁸ a diferencia de la primera modalidad que era por una especie de coacción en esta resulta más semejante a una estafa pues mediante engaños o ardid el funcionario o servidor público busca que un sujeto se desprenda de su patrimonio.

En esta vertiente se debe señalar en los procesos cual es la modalidad de concusión que configuran los hechos, pues si no se llega a establecer ninguna de las dos modalidades no nos encontraríamos hablando del delito de concusión.

1.2.3. Dar o prometer

Además de las exigencias antes mencionadas se la conducta ilícita de concusión debe ser dirigida a una persona sea natural o jurídica, aunque en este delito ninguno de los dos será el sujeto pasivo del delito, pues el Estado peruano será el sujeto pasivo del delito representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción y de forma directa será la Institución a la que pertenece el funcionario o servidor público.

La conducta de dar básicamente es la entrega de algo, la consolidación del desprendimiento patrimonial para Ranieri “no solo debe referirse a la recepción, sino también a la retención de la cosa indebida”⁹⁹. Por otra parte, la promesa es una declaración unilateral por la cual existe un ofrecimiento a futuro de dar o hacer

⁹⁸ REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 335.

⁹⁹ Obra citada por, PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial PORTOCARRERO, Segunda Edición, Lima-Perú, año 1997, pág. 147.

algo, es decir, el sujeto pasivo promete que realizara un desprendimiento patrimonial a favor del funcionario o servidor público o a favor de un tercero.

Dicha entre o promesa debe ser indebida, ilegítima entendiéndose como todo desprendimiento o promesa de desprendimiento patrimonial que no corresponda al funcionario ni servidor público por ley o por costumbre, pues si fuese así no correspondería a un delito de concusión.

1.2.4. Bien o beneficio patrimonial

En esta última exigencia del tipo penal, debe ser una cosa cierta, tangible y concreta, por lo contrario, no puede ser algo impreciso, ahora se entiende por bien a todo lo que constituye un patrimonio esto pueda incluir bienes mueble so bienes inmuebles según sea el caso, por otra parte, el beneficio patrimonial es todo lo que satisface la codicia económica, como licencia, empleos, promociones o regalos.

En ese sentido, el delito de concusión reprime exclusivamente hechos que afecten el patrimonio del sujeto afectado que no corresponde a patrimonio del Estado como tal.

1.3. Penalidad

El funcionario o servidor público sujeto activo del delito de concusión, luego del debido proceso correspondiente y sea sentenciado condenatoriamente su pena será de pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y con ciento ochenta y trescientos sesenta y cinco días de multa.

2. Exacción ilegal o cobro indebido

Llamado por el código penal como cobro indebido, anteriormente se encontraba en el ya derogado código penal de 1924 en el artículo 343. Es el delito más realizados en el legajo de delitos de concusión, se encuentra en casi todos los códigos penales

del mundo en muchos como exacción ilegal, cobro indebido, concusión implícita, abuso de autoridad patrimonial entre otros.

El tipo penal de cobro indebido en nuestro código penal refiere textualmente “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

2.1. El bien jurídico protegido

En el presente delito el bien jurídico protegido en el presente delito es la base en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios, la cual es el normal, regular, correcto funcionamiento, prestigio y la reputación de la administración pública; todo ello en razón a la probidad de los funcionarios o servidores públicos.

2.2. Tipicidad objetiva

2.2.1. Abuso de cargo

En este punto resulta igual que el abuso de cargo en la concusión, el cual era los excesos de la posición y poder otorgado, contraviniendo con los principios rectores de la función pública, como es el respeto al cumplimiento de los actos administrativos, la probidad es decir la honradez y honestidad en la función pública. Por último, la eficiencia pues está en colisión al cumplimiento de sus funciones.

2.2.2. Comportamientos típicos

- a) *Exigir contribuciones no debidas*, En este punto se debe señalar lo definido como contribuciones según el código tributario, y las contribuciones son tributos cuya obligación tiene como hecho generar beneficios derivados de la realización de obras públicas o actividades estatales, sin embargo, para un

gran basto de autores nacionales e internacionales, contribución vendría a ser una definición amplia pues esto inmiscuiría diferentes tributos como derechos, tasas e impuestos en general. Es decir, que en el presente comportamiento lo que se realiza es exigir tributos no debidos por encima de la tarifa legal, demandando que el supuesto tributo el ciudadano está obligado a cumplirlo.

Por otra parte, los emolumentos son solicitar imperiosamente ingresos económicos no debidos como son honorarios, sueldos, remuneraciones que irán a engrosar el patrimonio del funcionario o servidor público.

- b)** *Hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos*, esto es la ejecución material de la primera modalidad de exigencia, pues se usa de igual forma la concepción de contribuciones o emolumentos, pero ahora se hizo pagar dichas contribuciones o emolumentos, bien no debidos es decir que nunca fueron concebidos por la norma, o bien que existen, pero son excesivos.

En relación a esta tarifa excesiva se entiende que es una tarifa legalmente impuesta y establecida, pero que exceden dichas cantidades, es decir que un servidor público por realizar un acto propio de su función siendo su tarifa tan solo 22 soles cobra 100 soles, sin importar que dicha tarifa excesiva fuera apropiada por el sujeto activo.

- c)** *Hacer entregar contribuciones o emolumentos*, es decir, cómo se presentaba en antesala en lo dicho en el párrafo anterior, que dichas contribuciones o emolumentos no necesariamente deben ir a los caudales del funcionario o servidor público que los exija o los reciba para que el tipo penal se configure, en razón a que puede ser destinado a una tercera persona.

2.3. La penalidad

El funcionario o servidor público sujeto activo del delito de concusión, luego del debido proceso correspondiente y sea sentenciado condenatoriamente su pena será de pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

3. Colusión

El delito de colusión materia del presente contenido, recibe diferentes denominaciones en el mundo como es fraude contra la administración pública, Celebración indebida de contratos o fraude contra el Estado. Según Reategui Sanchez: “En el Perú a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito o de figuras similares”¹⁰⁰. En el Perú es uno de los delitos contra la administración pública más concurridos seguidos del delito de peculado, baste, como muestra las estadísticas sumarias de abril del año 2016 de la PPAD Tacna en la cual nos muestra que el tercer delito más concurrido es la Colusión, solo superado pues el peculado y la negociación incompatible que serán motivo de estudio en apartados posteriores, esto demuestra la cruda realidad nacional sobre la proclividad de los funcionarios públicos para concertar con los proveedores para afectar al patrimonio Estatal.

A todo ello, el delito de colusión tiene como antecedente directo el artículo 344 del código penal derogado de 1924, posterior a ello el código penal de 1991 en su artículo original el 384, fue modificado mediante las leyes N° 29703 y N° 29758, publicados en el diario oficial el peruano los días 10 de junio y 21 de julio respectivamente, luego de una fuerte presión mediática, en dichas modificaciones la concertación y la defraudación no fueron modificadas, y se mantuvieron como los verbos rectores del tipo penal; pero se daba el gran cambio de la distinción de la colusión simple y la colusión agravada. Por último, este artículo fue modificado por

¹⁰⁰REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 355.

la ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013. El tipo penal de concusión en nuestro código penal dice, textualmente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

El delito de colusión también llamado en nuestro ordenamiento jurídico como colusión desleal o colusión ilegal, otorga por la simple denominación del tipo penal que se trata de una confabulación, pacto, concierto o arreglos que no se encuentran acorde al derecho.

Para Rojas Vargas¹⁰¹, existen dos tipos de colusión llamadas colusión de peligro y de resultado, las cuales no son más que la colusión simple y la colusión agravada, pues su bien jurídico y su tipicidad objetiva resultan ser las mismas y solo se diferencia, en que en las dos existe una concertación; pero en la agravada ya se dio la defraudación patrimonial, en el primer caso no se requiere la afectación

¹⁰¹ROJAS VARGAS, Fidel; Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial NOMOS Y THESIS, Primera Edición, Lima-Perú, año 2016, pág. 195.

patrimonial y solo basta con la concertación, mientras que en el segundo caso nos muestra el momento consumativo del primer supuesto, para la colusión desleal sea simple o agravada “El núcleo rector de este tipo penal es el “defraudar al Estado”, entendiéndose esto como el quebrantamiento del principio de confianza depositado al ente funcional por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional”¹⁰², pues si bien su distinción es el peligro y el resultado de la concertación, pero siempre subsumiéndose en el círculo de la defraudación al Estado.

3.1. El bien jurídico protegido

El delito de colusión al igual que los delitos precedentes, como el bien jurídico protegido, resultaría el bien jurídico general en los delitos de corrupción de funcionarios el cual es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, el cual se ve afectado cuando los funcionarios o servidores públicos infringen sus deberes de lealtad, probidad, imparcialidad u otros indicados en el código de ética de la función pública o normas semejantes en la gestión de función pública. Cabe resaltar que adicionalmente a este bien jurídico existe otra protección en los delitos de colusión como hace referencia Frisancho Aparicio: “La colusión ilegal, pone en peligro los intereses patrimoniales de la administración al impedir la libre competencia que puede servir para la obtención de un justo precio de los bienes objeto de contrato, suministro, licitación, concurso, subasta o cualquier otra operación semejante”¹⁰³. En ese sentido, la colusión tiene una vertiente patrimonial por la afectación que se podría crear frente a la ejecución del delito, lo cual será observado para poder lograr determinar la pretensión civil.

Es preciso mencionar que el delito de colusión es un delito muy grave pues este resulta una traición a los deberes y principios del funcionario público, afectando

¹⁰² Ejecutoria Suprema Exp. N° 4564-2007/Piura, de fecha 26 de marzo del 2008.

¹⁰³ FRISANCHO APARICIO, Manuel; Delitos contra la administración pública, Editorial FECAT

como ya se dijo no solo la correcta administración pública, sino también el patrimonio estatal. Para Rojas Vargas, este delito tiene varios aspectos negativos:¹⁰⁴

- a) El quiebre del funcionamiento que traiciona el interés estatal, los intereses patrimoniales públicos.
- b) El carácter desleal del funcionario público para con la nación.
- c) La falta de parcialidad para el interés público.
- d) El propiciar o facilitar que las empresas y/o que los interesados enfatizen y potencien sus intereses lucrativos contra la administración pública.

Lo que este tipo penal busca estrictamente es proteger la correcta contratación pública, pues este resulta muy diferente a cualquier acuerdo de voluntades común entre particulares, pues en la contratación estatal están inmersos los recursos públicos, que son el dinero de todos los ciudadanos y la finalidad de dicha contratación será netamente pública y beneficiará al colectivo, siempre adecuándose a una adecuada transparencia de las operaciones. El tribunal constitucional en su Exp. N° 020-2003-AI/TC en su punto 16 señala: “La eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales”. Todo ello, debe ser interpretado con el artículo 76 de la Constitución Política del Perú en cual sostiene en su párrafo primero: “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes”, demostrándose así la relevancia que tiene este delito en nuestro ordenamiento jurídico, siendo además uno de los más realizados como se mencionó.

3.2. Tipicidad objetiva

3.2.1. Concertación

¹⁰⁴ROJAS VARGAS, Fidel; Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial NOMOS Y THESIS, Primera Edición, Lima-Perú, año 2016, pág. 188.

El verbo rector y de mayor trascendencia en el tipo penal de colusión es concierto, la cual debe ser producida dicha concertación entre un sujeto investido de función pública llamado por la doctrina *intraneus* y una persona extraña a la administración pública llamada *extraneus*, dicha concertación debe ser dolosa y deberá ser conducente a una lesión de los intereses estatales, produciéndose una afectación patrimonial mediante otro delito como el peculado.

La concertación fundamentalmente es ponerse de acuerdo con el funcionario o servidor público, por la que, mediante manifestaciones de voluntades, buscan defraudar al Estado. Al respecto, Rojas Vargas¹⁰⁵ hace mención que la concertación supone acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contraten o negocien con él, tales como aceptar la sobrevaloración, calidad inferior de prestaciones de servicio u obra, beneficios en negociaciones o pagos de obras no concluidas. Por su parte, Castillo Alva sostiene que “En el delito de colusión debe existir por imperativo legal (art. 384) una concertación entre los funcionarios públicos y los interesados en la suscripción de convenios, contratos, suministros o licitaciones”¹⁰⁶. Básicamente la acción de concertar es pactar entre un funcionario público y un sujeto externo de la administración pública para lograr una defraudación.

a) *Clandestina*: La concertación previamente explicada requiere la exigencia de que debe ser clandestina, esto es reiterado por la Corte Suprema, “Para la configuración del delito de colusión ilegal, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso el Estado, c) mediante formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial”¹⁰⁷. Siendo un elemento principal la clandestinidad del acuerdo,

¹⁰⁵ IBIDEM, pág. 197.

¹⁰⁶ GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis; El delito de colusión, Editorial GRIJLEY, Lima-Perú, año 2008, pág. 102

¹⁰⁷ Ejecutoria Suprema Exp. N° 3611-2002/Huánuco, de fecha 16 de mayo del 2003.

entendiéndose por clandestinidad que se realiza de forma oculta buscando burlar la ley.

- b) *Defraudadora*: Esta concertación debe ser defraudadora, es decir que la concertación debe tener naturaleza defraudadora con relación a los inertes del Estado. Para Reategui Sanchez la defraudación consiste “A través de los actos de concertación implica una violación de los deberes inherentes a sus cargos, ya que estos debían actuar a nombre y representación del Estado, protegiendo o promoviendo sus intereses”¹⁰⁸. En efecto, con lo dicho esta exigencia nos habla de que la concertación debe ser defraudatoria en el sentido de que el Estado debe haber sufrido un perjuicio económico específico.

3.2.2. Vinculación funcional

En este espacio de la estructuración del tipo objetivo de colusión, se debe señalar algo muy interesante, pues el delito de colusión desleal o defraudatoria es uno de aquellos ilícitos penales en los cuales la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia del delito, esto se puede observar en el tipo penal exclusivamente al señalar en razón a su cargo o comisión.

El núcleo rector del delito de colusión desleal consiste en que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.¹⁰⁹

Es claro afirmar que solo puede ser autor del delito de colusión desleal el funcionario o servidor que tiene un vínculo funcional cierto con la contratación, licitación, suministro o cual fuere la forma de adquisición estatal, dicha relación

¹⁰⁸ REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 372.

¹⁰⁹ Ejecutoria Suprema Exp. N° 4661-2007/Ucayali, de fecha 30 de marzo del 2009

funcional se materializa por su función específica dentro de la función pública o a partir de una comisión especial, ostentando el deber de proteger el interés y el patrimonio del Estado.

En conclusión, debe existir la utilización de un cargo público para perjudicar al Estado “Los elementos del delito de colusión desleal, según el artículo 384 del código sustantivo vienen a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero. El Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales, utiliza cargo o comisión especial”¹¹⁰ resultando ser el vínculo funcional elemento necesario para la realización del tipo penal, como lo reitera variedad de jurisprudencia nacional.

3.2.3. Instrumentos del delito

Existe una serie de elementos que el tipo penal describe los cuales son el ámbito de comprensión típica en los que se circunscribe el delito de colusión, estos se refieren a todos los actos jurídicos en los cuales el Estado es parte, entre ellos tenemos a los contratos, los suministros, las licitaciones, concursos de precios, subastas u otra operación semejante. En fin, todas estas operaciones deben ser estudiadas con la Ley N°30225 Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento y para su mayor ilustración se debe revisar el Decreto Legislativo N° 1017, la cual era la antigua ley de contrataciones del Estado.

- a) *Contratos*: Según la ley de contrataciones del Estado, los contratos son cualquier proceso en el que intervenga el Estado, este deberá celebrarse por escrito y se deberá ajustar a las bases, es decir que son acuerdos formales que se da con los particulares, para la provisión de bienes y/o prestaciones de servicios, siendo este modo, la forma general de establecer todos los contratos con el Estado previstos por la ley.

¹¹⁰ Ejecutoria Suprema Exp. N° 5201-1999/Loreto, de fecha 14 de enero del 2000

b) Suministro: Estos son acuerdos de voluntad entre el Estado y los particulares para que se deleguen las prestaciones de bienes o servicios, este término básicamente nos señala provisiones o abastecimientos de bienes diversos, la ley de contrataciones se refiere a suministros a la entrega periódica de bienes requeridos por una entidad para el desarrollo de sus actividades, para DROMI su finalidad es “En el cual se encarga, por su cuenta o riesgo, y mediante una remuneración pagada por la administración, de proporcionar prestaciones mobiliarias (por ejemplo, combustibles para vehículos del estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, etc.)”¹¹¹, siendo estos bienes netamente muebles de adquisición habitual.

c) Licitación: Para BAEZ MARTINEZ “La licitación es el procedimiento legal y técnico de interesados contratistas que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras”¹¹². Es un procedimiento que tiene trasfondo Constitucional específicamente artículo 76, siendo esto una forma de proceso de selección en lo cual se dota al Estado la posibilidad de adquirir bienes o servicios con estándares de calidad requeridos y precios justos.

La licitación es un conjunto de fases u actos ordenados, dentro de ella las más importantes actuaciones son, la autorización, la publicación, el pliego de condiciones, a la convocatoria como tal, presentación de propuestas, otorgamiento de la buena pro, adjudicación y aprobación.

En el punto intermedio de la convocatoria propiamente dicha existen ciertas etapas internas como son, el plazo para consultas, absolución de consultas, observaciones, elevación de observaciones, resolución de observaciones, publicación de bases.

¹¹¹ DROMI, José Roberto; Derecho Administrativo, Editorial CIUDAD ARGENTINA, tercera edición, Buenos Aires-Argentina, año 1994, pág. 323.

¹¹² BAEZ MARTINEZ, Roberto; Manual de Derecho Administrativo, Editorial TRILLAS, México DF-México, año 1990, pág. 146.

- d) *Concurso de precios*: Es el procedimiento por el cual postores presentan sus propuestas para ejecutar una obra pública, previa invitación cursada por la entidad estatal, como su nombre lo indica es la elección frente a un grupo de postores para conseguir el mejor precio.
- e) *Subastas*: Por el contrario, a lo anterior, las subastas son ventas públicas de bienes al mejor postor, la cual se puede hacer vía jurisdiccional o administrativa
- f) *Cualquier otra operación semejante*: El tipo penal permite la posibilidad de que otra operación semejante que el Estado realice sea susceptible a al acto colusorio, pero esta posibilidad debe enmarcarse siempre a un acto de contratación o selección, de bienes, obras, servicios del Estado.

3.3. Penalidad

El funcionario o servidor público sujeto activo del delito de concusión, luego del debido proceso correspondiente y sea sentenciado condenatoriamente su pena será de pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa en su forma simple. Mientras que en su forma agravada la pena será pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

4. Peculado

El delito de peculado es en primer lugar uno de los más antiguos delitos que conoce el Derecho penal, nace justo a los primeros Imperios y Gobiernos en el mundo, era castigado severamente desde el oriente hasta el occidente, En la india por ejemplo tenemos al Código de Manu¹¹³ este en su artículo 124 del Libro sétimo sobre la conducta de los Reyes y los Militares decía: “Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos, deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”¹¹⁴ siendo un delito que cometía las clases más altas como los relacionados con los reinos y los

¹¹³ Antiguo texto que regulaba las normas en la antigua india.

¹¹⁴ Cita Web: <http://www.shri-yoga-devi.org/textos/Leyes-de-Manu.pdf>[23/05/16]

militares, siendo su acción sacar dinero del reino sobre los que tratan sería castigado con penas muy severas como son el destierro y el despojo de sus bienes materiales.

En otro lado del mundo en la antigua Roma, la palabra peculado¹¹⁵ proviene del latín *peculatus* que significaba hurto de caudales públicos por el encargado de su ciudad, sus componentes eran *pecus* (ganado, dinero) más el sufijo *dato* (que recibe la acción). En la antigua Roma se distingue por ser la retención, sustracción y uso del dinero sagrado una existencia típica de este delito era la pecunia sacra como nos dice Reátegui Sánchez “requería el rito de consagración pública, de manera que la ausencia de este impedía la calificación de *peculatus* y se transformaba en hurto”¹¹⁶. Esto es tan igual como la exigencia de ser funcionario o servidor público para cometer el delito de peculado en la actualidad pues si no existe esta exigencia de sujeto activo sería un simple hurto.

La figura penal del delito de peculado se ha ido desarrollando a través de las épocas en conjunto a la complejidad que el tiempo brindaba al Estado y a las formas de gobierno, para nuestra visión del presente punto, el mayor cambio para los delitos contra la administración pública. Estos delitos se dieron con la revolución francesa, momento decisivo en la Historia Contemporánea donde nacían las nuevas formas de gobierno y la democracia, así es como nace el Código Penal francés de 1791 que represento en su momento la cumbre legislativa del Derecho penal con aportes de la filosofía del iluminismo con Montesquieu, Rousseau, Voltaire y Beccaria, en su segunda parte, título I, sección V que trata los crímenes de los funcionarios públicos en ejercicio de sus poderes que le son confiados en su artículo 12 que refiere: “Todo funcionario u oficial público que resultare convicto de haber malversado o substraído caudales, efectos, escrituras, documentos o títulos de que fuese depositario en razón de las funciones públicas que él ejerce y por efecto de

¹¹⁵ Cita Web: <http://etimologias.dechile.net/?peculado>[23/05/16]

¹¹⁶ REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 409.

una confianza necesaria, será castigado con la pena de doce años de hierros”¹¹⁷ , como se puede observar este código penal ya le otorga las connotaciones vigentes del tipo penal objetivo actual como son los causales y efectos, o el vínculo funcional del sujeto activo.

El delito de peculado se hace presente en los códigos penales de 1863 y de 1924, sus fuentes extranjeras fueron el Código penal argentino de 1922, el uruguayo de 1889 y el español 1870, aunque en el Perú existen ciertas diferencias como nos dice Pariona Arana “peculado ha preferido utilizar los verbos rectores "apropia o utiliza" para definir los comportamientos típicos del sujeto activo. Se aparta así de las fórmulas española y francesa que emplean el verbo "sustraer", pero conserva la alusión a los conceptos "caudales y efectos" contenidos en las referidas legislaciones.”¹¹⁸ Siguiendo el mismo lineamiento el peculado ha tomado dos ejes principales en el mundo el peculado propio llamado también el tipo básico y el peculado impropio llamado también el peculado por extensión, el peculado propio tiene un vasto número de modalidades como las diferencia el doctor Rojas Vargas¹¹⁹:

- a) Por apropiación
- b) Por sustracción
- c) Por utilización o distracción genérica
- d) Por distracción o uso específico
- e) Por aplicación distinta o malversación
- f) Por aprovechamiento del error de otro
- g) Por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado
- h) Por demora injustificada en los pagos ordinarios

¹¹⁷

Cita

Web:

http://www.pucsp.br/cehal/downloads/relatorios/revista_derecho_penal_criminologia/2009_n1.pdf[23/05/16]

¹¹⁸ PARIONA ARANA, Raúl B.; El delito de peculado como delito de infracción de deber, año 2011, Cita Web: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/14_El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber.pdf[24/05/16]

¹¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel; Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial NOMOS Y THESIS, Primera Edición, Lima-Perú, año 2016, pág. 234.

i) Por rehusamiento a la entrega de bienes.

Cabe mencionar, que como lo dijo Pariona Arana el peculado por sustracción, por aprovechamiento del error ajeno o el peculado por aprovechamiento de trabajos o servicios no se encuentran regulados en nuestro Derecho penal peruano.

En el Derecho penal extranjero varias las nomenclaturas o *nomem iuris* con los que promulgan, en España por ejemplo se le conoce al delito de peculado como malversación de los caudales públicos, como nos muestra el Código penal español de 1995 en su capítulo VII nos habla de las malversaciones desde el artículo 432 hasta el artículo 435, en dichos artículos se puede observar las conductas de apropiación dolosa y culposa, la conducta de uso propio y ajeno, la conducta de retención.

En el Código penal italiano de 1990 existe la figura del peculato específicamente en el título II De los atentados contra la administración pública, Capítulo I, en su artículo 314 nos dice textualmente:

*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, e' punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, e' stata immediatamente restituita.*¹²⁰

En su modo traducido expresa los mismos elementos típicos del delito de peculado como es el funcionario público existiendo una modificación en el servidor público pues ellos le cambian de nombre a empleado público, en el tipo penal de

¹²⁰ Cita Web Código Penal Italiano de 1990:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/I_20080616_59.pdf[24/05/16] pág. 56

peculado italiano existe las modalidades de malversación, sustracción, empleo en provecho propio o de un tercero, sustracción culposa.

En el Código penal Argentino¹²¹ de 1984 en su Título XI Delitos contra la administración pública en su capítulo VII nos muestra el delito de malversación de caudales públicos existiendo de igual manera el *nomem iuris* a España, previsto en los artículos 260 al 264, comprende diferentes figuras como son la aplicación diferente de caudales, la sustracción, el empleo en provecho propio, la sustracción culposa, la demora injustificada de pagos o el Rehusamiento de entrega de bienes.

El tipo penal de concusión en nuestro código penal nos dice textualmente:

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En ese sentido, cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Por otro lado, si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos

¹²¹ Cita Web Código Penal Argentino de 1984 : <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25>[24/05/16]

estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.”

Ese artículo fue motivo de distintas modificaciones en el transcurso del tiempo tal vez por la relevancia del delito, las últimas modificaciones fueron la Ley N° 26198 publicada el 13 de junio de 1993, en la cual su texto base era:

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, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas”

Es decir, que solo prevenía el tipo base del delito de peculado doloso por apropiación y utilización y el delito de peculado culposo, posterior a ello en la Ley N° 29703 de fecha 10 de junio del 2011 se realizan los cambios más significativos agregando los agravantes que hoy conocemos como son cuando el valor de lo apropiado sobrepase las 10 UIT o sean destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, posterior a ello realizándose pequeños cambios en la Ley N° 29758, y por último, se dio con el texto vigente promulgado con la Ley N° 30111 de fecha 26 de noviembre del 2013.

4.1. Bien jurídico protegido

Sobre el bien jurídico tutelado en el delito de peculado, estuvo en un amplio debate doctrinario, pues existían dos posiciones válidas. Para ello, la primera la posición

patrimonialista, que impone la defensa del patrimonio público sobre todo, esta posición es tomada por el Derecho penal Alemán que considera al peculado como un delito patrimonial con una agravante por ser el sujeto activo un funcionario público y la segunda que resulta ser el bien jurídico rector en los delitos de corrupción de funcionarios como son la defensa de los deberes de lealtad con el Estado por parte del funcionario o servidor público; pero si se prefiere este bien jurídico sería una ofensa a la gravedad del delito por estar gravemente en juego los causales o efectos del Estado.

Para Pagliario, en su libro *Principi di diritto penale*:

El delito de peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: a) Garantizar el principio de no lesividad de los interés patrimoniales de la Administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, b) Evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad¹²²

Este es el punto medio que la doctrina peruana ha tomado para comprender el bien jurídico protegido a mayor cabalidad en suma el delito de peculado afecta los intereses patrimoniales del Estado, abarcando una correcta administración, también defiende los deberes de funcionario y servidor público garantizando una correcta administración de patrimonio estatal y proteger y garantizar dichos deberes funcionales.

Para fortalecer dicha posición doctrinaria la Corte Suprema por medio de sus plenos jurisdiccionales de vocales Supremos en lo penal estableció el acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116 el cual trataba sobre la definición y estructura típica del delito de peculado fe fecha 30 de setiembre del 2005 el cual dice:

¹²² Obra citada por: ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Editorial GRIJLEY, Cuarta edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 480.

Tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público.¹²³

De esta manera, quedo consolidado en el Perú que el delito de peculado es un delito pluriofensivo que afecta desde dos vertientes al bien jurídico protegido, siendo también el delito que más se comete en el Perú de los delitos contra la administración pública, además de ser un delito que afecta gravemente al Estado, por lo anteriormente señalado.

4.2. Tipicidad objetiva

4.2.1. Apropiación

Como se ha mencionado anteriormente en ciertas legislaciones extranjeras la mera sustracción genera el tipo penal de peculado; por el contrario, en nuestra legislación no existe el peculado por sustracción, pues el primer punto que menciona el tipo penal es la apropiación sea para sí o para un tercero, la palabra apropiación engloba distintos términos y expande la acción típica, esto es cuando el agente se apodera, adueña, atribuye o hace suyos caudales o efectos del Estado, aquí aparece el conocido *animus rem sibi habendi*, es un término latín que significa el ánimo de quedarse con una cosa, es decir que el ánimo del sujeto activo es quedarse con los caudales o efectos del Estado incorporándolos a su patrimonio o el patrimonio de otro, produciéndose una apropiación ilegítima, poniéndole fin a los deberes funcionales con el que el sujeto activo contaba.

¹²³ Acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116, fundamento 6.

4.2.2. Utilización

A diferencia de lo anteriormente dicho, en el peculado por utilización, el sujeto activo no está impulsado por el *animus rem sibi habendi*, pues su ánimo no es hacer suyo los caudales o efectos del Estado, sino su ánimo es aprovecharse de las ventajas que puede brindar el bien sin tener la finalidad del apoderamiento o el ingreso a su patrimonio propio o de un tercero, esta modalidad se configura cuando el sujeto activo usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia con los caudales o efectos del Estado.

Esta modalidad solo supone un apoderamiento temporal, en ciertos casos con mucho tino la doctrina le llama el peculado con animus de aprovechamiento, como nos dice la ejecutoria suprema del 20 de setiembre del 2005, “La modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo, para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero”¹²⁴.

Cabe mencionar aquí que el artículo 387 en relación a la modalidad de utilización es idéntico al artículo 388 que nos habla del peculado de uso, el primero se trata básicamente de caudales o efectos del estado, mientras el segundo habla de vehículos, maquinarias o instrumentos de trabajo que pertenecen a la administración pública, es decir, que la diferencia es que se excluyen del artículo 387 todos los bienes que sean considerados como instrumentos de trabajo de la administración pública.

4.2.3. Objetos materiales del delito

La norma penal desde hace ya muchos siglos usa los vocablos franceses caudales y efectos, el tipo penal nos muestra a simple vista que el patrimonio Estatal está conformado por caudales y efectos. Existen dos teorías para decidir el momento en

¹²⁴ R.N. N° 3632-2004-Arequipa, citado por, SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial GRIJLEY, 3ra Edición, Lima-Perú, año 2014, pág. 313.

que los bienes adquieren y la calificación de bienes públicos según Abanto Vasquez¹²⁵ existen dos teorías para poder comprender cuál es el momento en el que los objetos materia del delito ingresan a los bienes públicos: la primera, la teoría de incorporación, que dice que los bienes son públicos cuando son incorporados de un modo formal al fondo público, como es por medio de un inventario; la segunda teoría del destino, por su parte nos dice que el bien es público al momento que se encuentre destinado al tesoro público.

Si se tomara la primera teoría, existía muchos vacíos para la legislación penal pues los sujetos activos aprovecharían el momento exacto para apropiarse de los caudales y efectos del Estado. Por ello la teoría que más se aproxima a una realidad peruana es la segunda teoría, pues esta se adelanta al sujeto activo, evitando impunidad.

Ahora bien, en relación a los caudales y efectos existe un consenso en la suma de autores peruanos que hablan del peculado, como delito contra la administración pública, el vocablo caudal se refiere a cualquier objeto y bienes, susceptible a ello el dinero, cabe mencionar que deben ser objetos dotados de una naturaleza económica, que tengan un valor económico en el mercado, es decir idóneo a la compra y venta. Por otra parte, los efectos son todos aquellos documentos de crédito, es decir que no valen por sí mismos como fue en los caudales que eran idóneos a la compra venta, por el contrario, estos valen por lo que representan (documentos con valor, títulos valores, distintivos oficiales, estampillas, sellos, etc.)

4.2.4. Percepción, administración o custodia por razón a su cargo

Como se señaló en el delito de colusión previamente debe existir el vínculo funcional, de igual manera para que se configure el delito de peculado sea por utilización o apropiación debe existir necesariamente la vinculación directa o

¹²⁵ ABANTO VASQUEZ, Manuel; Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Editorial PALESTRA, Lima-Perú, año 2003, pág. 32

indirecta a los caudales o efectos del Estado, esta vinculación se materializa con las palabras percepción, administración o custodia pro razón de su cargo, desde esta perspectiva el delito de peculado no sanciona a cualquier funcionario público, si no a quien se le ha confiado la percepción, administración o custodia de los caudales o efectos del Estado.

Al ingresar al tipo penal un elemento como es “por razón de su cargo” se genera un limitante de vinculo funcional, este limitante para Reátegui Sánchez¹²⁶ puede interpretarse en dos sentidos: en sentido lato referido a la expresión “con ocasión de” o “en consideración a” generándose una vinculación demasiado extensiva que el autor lo describe que es un sentido exagerado, por otro lado está el sentido estricto en la que nos dice que la función pública y los caudales o efectos deben tener una vinculación de dependencia normativa, es decir, que si un funcionario no posee un determinado vinculo funcional con el objeto material del delito este funcionario no comete el delito de peculado, aquí ingresa la llamada disponibilidad jurídica, es decir que el funcionario tenga aquella posibilidad de libre disposición que en virtud a la ley tiene el funcionario o servidor.

El autor Rojas Vargas¹²⁷ nos dice que el elemento de la relación funcional es el más importante componente típico del delito de peculado y los resume en cuatro formas en las que se materializa dicha relación funcional que son:

- a) Existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar.
- b) Relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por atribuciones de su cargo.
- c) El poder de vigilancia y cuidado.
- d) Deber de garantizar la posesión a nombre del Estado.

¹²⁶REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 430

¹²⁷ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Editorial GRIJLEY, Cuarta edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 485 - 486

El autor mencionado anteriormente nos otorga una gama amplia de formas en las que se materializa dicho vínculo de forma directa o indirecta, ahora bien, será necesario observar punto por punto cada una de estas formas en las que se genera la posesión de los bienes públicos:

Como primer punto muestra la palabra percepción, la palabra percepción proviene de la acción de percibir que se define como la acción de captar o decepcionar los caudales o efectos, pero siempre de forma ilícita que ingresan o integran el patrimonio del Estado; como segundo punto, muestra la palabra administrar que no es más que la forma de designar la posesión jurídica de los caudales o efectos del Estado. Esto es la facultad que tiene el funcionario o servidor público de disponer de los bienes públicos para poder utilizarlos en distintas finalidades que son legales, esto implica el manejo y la conducción de dichos bienes sea de forma directa o indirecta, esto se viabiliza que sin necesidad de tener contacto directo con los bienes el funcionario público puede disponer de ellos, como último punto tenemos la custodia esto hace mención a la vigilancia que realiza el funcionario o servidor público, esto implica el deber de protección y conservación de los caudales y efectos del Estado.

4.3. Peculado agravado

El segundo y tercer párrafo del tipo penal de peculado señala las modalidades agravadas del delito de peculado, el primer agravante nos habla del valor del objeto del delito, con la Ley N° 29758 del 21 de julio del 2011 introdujo el agravante por cuantía este se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supere las diez unidades impositivas tributarias esto es S/.39500.00 soles en el año 2016, esto se fundamenta como refiere Salinas Siccha “El fundamento radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado.

El principio de lesividad justifica que a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva”¹²⁸. Este agravante está vinculada directamente a la protección del patrimonio Estatal, el cual es una de las vertientes del bien jurídico protegido en este delito. La sanción de este agravante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Por otro lado, el tercer párrafo del tipo penal nos presenta el agravante de peculado doloso por la finalidad del objeto del delito, como se ha dicho con anterioridad los objetos materia del delito son los caudales o efectos del Estado, este agravante mencionado vincula la finalidad de dichos objetos, pues serán merecedores de mayor pena el que se apropie o utilice bienes públicos destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Los fines asistenciales como nos hace mención Salinas Siccha “Son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (salud, educación, alimento, abrigo)”¹²⁹. Estos son por ejemplo los bienes que el Estado brinda frente a las Heladas en el departamento de puno, o los bienes de alimentos que brinda frente a desastres naturales como lo fue el terremoto en Ica del año 2007, además, hace mención a los programas de apoyo social, estos se refiere a los auxilios que son destinados de manera permanente y con una condición presupuestaria ya establecida, dirigida a la población con menos recursos, entre ellas podemos encontrar en la actualidad a pensión 65 o *qaliwarmá*.

Cabe mencionar, que la Corte suprema ya estableció en diferentes casaciones que en el presente agravante debe ser específico y no en un sentido general la imputación; por último, la sanción para este agravante es en estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

¹²⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial GRIJLEY, 3ra Edición, Lima-Perú, año 2014, pág. 313

¹²⁹ IDEM.

5. Peculado culposo

El delito de peculado culposo, se encuentra amparado en nuestra legislación nacional, en el cuarto párrafo del delito de peculado tipo base el cual textualmente expresa: Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos. Se puede dar a notar que esta figura no se refiere a la utilización o apropiación del propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos del Estado, pues este tipo penal se refiere a la sustracción que realiza una tercera persona, aprovechándose del descuido, dejadez, decidía, imprudencia, impericia, negligencia, omisión, que será imputable al funcionario o servidor público.

En efecto, por culpa originada de un *intraneus* se realiza un delito doloso de una tercera persona *intraneus o extraneus*, que sustraiga los caudales o efectos del Estado sea para apropiación o utilización, el tercero puede ser un particular un funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos; pues castiga la sustracción de los caudales o efectos, si no el dar lugar culposamente a que otro sustraiga dolosamente, como dice el Acuerdo plenario que habla de peculado 4-2005/CJ-116.

Esta modalidad de peculado no tiene una presencia nueva en nuestra legislación pues el código de 1924, puesto que, en el segundo párrafo del artículo 346 ya se encontraba presente contemplando textualmente: “La pena será de multa de tres a noventa días de multa si el delincuente, por negligencia, hubiese dado ocasión a que se efectuó por otra persona caudales o efectos”. Se puede observar la pena resultaba ser benigna y a diferencia de nuestro texto actual que usa la palabra el que por culpa, este texto de 1924 utiliza la palabra por negligencia, esto viene de una de las fuentes de nuestro código penal peruano de 1924 que era el código penal español publicado el 17 de junio de 1870 en su Libro II, Título VII De los delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus cargos, en el artículo 406 nos dice textualmente “El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables

diera ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos”¹³⁰ como se puede ver en dicho código normativo se utiliza la negligencia como verbo rector además que resalta claramente la participación de un tercero.

5.1. El bien jurídico

En relación al bien jurídico del delito de peculado culposo es el mismo que el peculado doloso, es decir que cumple una protección general y una protección específica, imponiéndose su doble fas, es decir, la concepción patrimonialista del peculado y la concepción del deber de protección y preservación de los caudales y efectos del Estado.

5.2. Tratamiento jurídico de la culpa

Este punto que trataremos sobre el tratamiento de la culpa o imprudencia, será como una introducción a los delitos de peculado culposo, pues si bien los delitos culposos como el homicidio culposo o lesiones culposas. La culpa no es igual a la realizada en los delitos de corrupción de funcionarios, Reategui Sanchez¹³¹ muestra dos modelos de tratamiento jurídico de la culpa:

a) *La imprudencia por autonomía del propio sujeto:* Esta es la imprudencia llamada “por el mismo sujeto”, es decir, que la imprudencia, negligencia o impericia, genera una afectación aun bien jurídica protegido, sin intervención de una tercera persona, en este modelo se encuentran ubicado la mayoría de delitos del Código penal como por ejemplo el Homicidio culposo o las lesiones culposas, tipificadas en los artículos 111 y 124 respectivamente.

En dichos comportamientos típicos, ninguna persona o tercero se aprovechará de dicha culpa y realizará una conducta dolosa en esas circunstancias, salvo los casos de instigación.

¹³⁰ Cita Web: http://sirio.ua.es/libros/BDerecho/codigo_penal/ima0108.htm[28/05/16]

¹³¹ REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 508-509.

b) *La imprudencia por aprovechamiento de un tercero:* En este punto la imprudencia del sujeto activo del delito es aprovechada por otros sujetos o terceros que al darse cuenta de dicha negligencia o imprudencia, aprovechan la situación y realizan un comportamiento doloso, como dice el autor puede ser este aprovechamiento de dos maneras implícita, como nos dice el segundo párrafo del artículo 304 que es la contaminación del ambiente por culpa, o el artículo 282 que es el atentado contra la seguridad común por culpa, como se puede observar, de forma tácita se entiende en los dos casos que se permite por culpa que un tercero realice contaminación ambiental o afecta la seguridad común.

Por otra parte, está la forma explícita como es el párrafo cuarto del artículo 387 que es el delito de peculado culposo en el que se expresa claramente, da ocasión a que se efectúe por otra persona, mostrándose la afectación a una pluralidad de bienes jurídicos, desde distintos sujetos intervinientes. Por un lado, la culpa del funcionario o servidor público que incumple con su deber e protección de los bienes el Estado y; por otro lado, el dolo del tercero que afecta al patrimonio estatal.

5.3. Tipicidad objetiva

5.3.1. La sustracción

En primer lugar tenemos en la tipicidad objetiva, tenemos el verbo rector de sustraer, esto es “Entiéndasela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero”¹³², de esta manera sustraer se refiere, a quitar, desfalcar, retirar o alejar el bien del lugar donde se debería encontrar, en el presente caso que se encuentre dentro de los caudales o efectos de la administración pública.

¹³²SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial GRIJLEY, 3ra Edición, Lima-Perú, año 2014, pág. 357.

Ahora bien la elección de la palabra sustraer no es un simple azar del legislador como lo dice Reategui Sanchez “Técnico-Legislativamente se ha preferido usar el verbo sustraer, que apropiarse o apoderarse, por ser más adecuado a la acción de un tercero que no participa en características inherentes a la posesión de bien, esto es a la vinculación funcional”¹³³. Como lo dice el autor el verbo sustraer permite que este tercero sea un *extraneus*; es decir, una persona extraña a la administración pública o mejor dicho un delincuente común.

5.3.2. Afectación patrimonial

Es de suma importancia observar como último elemento el resultado patrimonial del delito de peculado culposo, pues para que pueda realizarse el tipo penal de peculado culposo se exige una afectación patrimonial al Estado, como nos dice Reategui Sánchez “Para configurar el delito de peculado culposo no basta la infracción de deber del cuidado, si no que se exige un resultado típico previsto en el Código penal”¹³⁴. Este resultado típico es la sustracción de caudales o efectos, lo cual crea una afectación patrimonial al Estado, al realizarse el peculado culposo se exige un perjuicio económico, cabe mencionar que esto resultaría muy distinto a la prueba de la afectación de infracción de deber.

Cabe mencionar que el peculado culposo no muestra la exigencia de un perjuicio económico en el tipo penal, a simple lectura literal, pues solamente se señala la culpa y la sustracción, como elementos propios del delito. En el peculado culposo resultaría imposible reprimir la tentativa, además que el tipo penal no otorga montos mínimos, así que cualquiera sea el perjuicio patrimonial, ya estaría enmarcado en el delito, esto es relevante para poder iniciar un debate y un juicio crítico a dicho tipo penal pues dicho por “El sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario,

¹³³REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 508-509.

¹³⁴REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 528.

desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagoga por parte del legislado”¹³⁵, pues al no existir un mínimo legal de la afectación patrimonial se otorga la posibilidad que se ponga en funcionamiento el proceso penal y con ello toda la maquinaria Estatal, por grapas, hojas de papel o lapiceros. Esto se apega a lo dicho por Abanto Vásquez, “el tipo penal peruano no contempla la cuantía y podría llevar a una aplicación ciega para los casos realmente ridículos”¹³⁶. Es decir, que existe la necesidad de un monto mínimo para imponer como cuantía para realizar el tipo penal de peculado culposo.

5.4. La culpa del funcionario público

Como segundo punto en la tipicidad objetiva del delito de peculado culposo nos encontramos con el componente típico de la culpa del funcionario público o servidor público, la culpa es un término que se originó en Roma y siguió tratándose en el tiempo por los estudiosos del Derecho, como nos dice Plascencia Villanueva¹³⁷ existen dos tipos de teorías en relación a la culpa la primera que es, la culpa objetiva la cual destacan los aspectos externos respecto a la culpa

Por otro lado, están las teorías subjetivas que se basan en cuestiones de la previsibilidad, pro visibilidad, la violación de un deber o el error. Al hablar de culpa en este aspecto ingresamos a lo subjetivo, básicamente la culpa es un término jurídico que nos habla de ámbito subjetivo del delito, muy diferente al dolo, a la fuerza mayor o al caso fortuito.

Existen muchas formas en la que la culpa sucede en el delito penal, pero en los casos de los delitos contra la administración pública podemos incluir lo dicho por el acuerdo plenario 4-2005/CJ-116 que dice:

¹³⁵ ORE SOSA, Eduardo Arsenio; GACETA PENAL, Especial Recientes modificatorias a los delitos contra la administración pública N° 24, Junio del 2011, pág. 20

¹³⁶ IDEM.

¹³⁷ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl; Teoría del delito, Editorial UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO, 3ra Reimpresión, México - México DF, año 2004, pág. 123.

Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar la sustracción (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al termino impreciso de la perdidas), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional, que mantiene el patrimonio público¹³⁸.

Se puede dar cuentas que el comportamiento del sujeto activo sea funcionario o servidor del Estado solo implica una violación por inobservancia a sus deberes de ciudades que exige el cuidado de cada bien sea caudal o efecto del Estado.

5.5. Agravante

Los causales o efectos del Estado que se encuentran en protección o custodia del sujeto activo, para que constituya agravante estos bienes deben encontrarse destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, siempre bajo las circunstancias de la culpa, mediante la sustracción de un tercero, esta circunstancia aumenta la penalidad para el servidor o funcionario público. En efecto, esta agravante nace junto al agravante del peculado doloso que resulta ser igual, dicha agravante fue creado con la modificación hecha por la Ley del 10 de junio del 2011 Ley N° 29703, que textualmente agrega: constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

5.6. La penalidad

El funcionario o servidor público sujeto activo del delito de peculado culposo, luego del debido proceso correspondiente y sea sentenciado condenatoriamente su pena será de pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas en su tipo base, y en sus

¹³⁸acuerdo plenario 4-2005/CJ-116, el fundamento 8 y 9.

circunstancias agravantes son de la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

6. Peculado de uso

El peculado de uso conocido por muchas legislaciones extranjeras como peculado por distracción, es decir con la finalidad o destino distinto al que la función pública le designa a dicho bien, este nombre con la finalidad de no crear confusión entre los operadores del Derecho con el peculado por utilización tipo base muy diferente al peculado de uso. En nuestra legislación nacional el peculado de uso se encuentra amparado en el artículo 388 del Código penal vigente en la que menciona:

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

Se puede dar a notar de forma manifiesta que la norma protege cierto grupo restringido de bienes muebles como son los vehículos, maquinas o cualquier instrumento de trabajo, como elementos del tipo objetivo de carácter obligatorio para que pueda configurarse el tipo penal.

Es necesario mencionar que este tipo penal es una creación exclusiva del legislador del Código penal del año 1991, pues en el Código penales de 1863 y el Código penal de 1924 no se encontraba contemplada dicha conducta, diferentes autores tanto nacionales como internacionales, dicen que la referencia diferente del peculado de uso nace con el artículo 425 del Código portugués de 1932, y

reafirmado con el Código portugués vigente de 1995 que reitera la figura llamándolo *peculato* de uso en su artículo 376: “O funcionário que fizer uso ou permitir que outropessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares”, siendo este peculado dirigido específicamente a los vehículos o cosas muebles de valor apreciable en dinero de uso para la función pública, al igual que nuestra legislación, este tipo penal resulta exclusivamente para el uso de vehículos o bienes destinados al labor público.

El texto primigenio del Código penal del año 1991 fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29703 de fecha 10 de junio del 2011, que aumenta al tipo penal la frase independientemente del grado de la afectación de la obra, esto resulto ser de mucha controversia pues permitía que todo sujeto que al uso de cualquier bien cual sea su insignificancia en el sector público sea procesado por dicho tipo penal, es así que esto fue modificado a su estadio inicial por la Ley N° 29758 de fecha 21 de julio del 2011, llegando al texto vigente en la actualidad con la Ley N° 30111 publicada el 26 de noviembre del 2013, donde se incrementa a la pena los días multa.

Se debe hacer además hincapié en que existe una diferencia clara entre el peculado de uso y el llamado hurto de uso tipificado en el artículo 187 del Código penal que nos dice: “El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.”

Pues si bien en ambas conductas se afecta el patrimonio, en el hurto de uso se afecta el patrimonio (un bien mueble) de un particular es decir de un individuo o una persona jurídica, por el contrario, en el peculado de uso dicho patrimonio le pertenece al Estado y es por ello que su nivel punitivo es mayor siendo su pena no menor de dos ni mayor de cuatro años de pena privativa de libertad.

6.1. El bien jurídico

El bien jurídico protegido del peculado de uso como la mayor parte de delitos cuenta con un bien jurídico protegido general y otro bien jurídico protegido específico, siendo el bien jurídico general o genérico también llamado el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, por otro lado el bien jurídico específico sería la de proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios públicos, como menciona Reátegui Sánchez “Trata de evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”¹³⁹, todo ello basado a que el peculado de uso defiende el adecuado uso de los bienes muebles públicos que se encuentran en resguardo de un funcionario o servidor público.

6.2. Tipicidad objetiva

6.2.1. Usar o permitir usar

Un punto primigenio en el tipo penal nos otorga la frase usa o permite que otro use, esta acepción se debe interpretar en su sentido literal, es decir, se configura cuando el agente usa, utiliza, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de vehículos, maquinarias u otro instrumento de trabajo destinados al servicio oficial del Estado. Pero sin el propósito de apropiarse de ellos, en este tipo objetivo no debe existir el ánimo de adueñarse, para la RAE usar es “Hacer servir una cosa para algo, Dicho de una persona: Disfrutar algo.”¹⁴⁰ Básicamente usar es un comportamiento que realiza un sujeto en provecho o goce personal de un bien.

Otro comportamiento descrito en dicho tipo penal es que otro se aproveche del bien, esto supone un comportamiento omisivo imputable al sujeto activo que dolosamente permite que un tercero se apropie, cabe mencionar que

¹³⁹ REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 477.

¹⁴⁰ Cita Web: RAE <http://dle.rae.es/?id=bB9Blxa>

este comportamiento es un comportamiento doloso omisivo y no uno negligente o por culpa, por otra parte, el termino otro se refiere a una persona sea natural o jurídica, particular o funcionario o servidor público. Es decir, que este tipo penal de peculado de uso se hace presente el artículo 13 del Código penal, pues el sujeto activo en su posición de garante de los bienes públicos

Cabe resaltar que existe una diferencia entre el artículo 387 en relación al peculado por utilización y el artículo 388 en relación al peculado de uso a una simple vista parecerían idénticos; pero analizando el tipo penal resalta una diferencia muy clara, pues por una parte el artículo 387 en relación al peculado por utilización el objeto del delito son los caudales y efectos del Estado, mientras que el artículo 388 en relación al peculado de uso solo se refiere a los objetos especificados como son los vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública.

Como consecuencia a lo dicho anteriormente, se entiende que todos los bienes que no se encuentren inmersos en dicho listado que brinda el tipo penal de peculado de uso se susceptible a un proceso de peculado doloso por utilización previsto en el artículo 387 del Código penal.

6.2.2. Bienes muebles del estado

El tipo penal especifica los bienes materia de delito de peculado, su naturaleza es solo en relación a los bienes muebles, estos tienen que ser necesariamente propiedad del Estado-, es decir, que se encuentren inmersos en la administración pública, bienes como vehículos, computadoras, laptops, maquinarias, camiones, herramientas, entre otros de la misma índole, por otra parte Abanto Vásquez sostiene que “no pueden ser dinero, títulos valores, bienes consumibles como el papel, los alimentos, la mano de obra, los inmuebles, etc.”¹⁴¹ Otros bienes de otra índole diferentes a los expresados no serán susceptibles al delito de peculado de

¹⁴¹ ABANTO VASQUEZ, Manuel, Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Editorial PALESTRA, Segunda edición, Lima-Perú, año 2003, pág. 375

uso sino más bien a los delitos de peculado por utilización o en todo caso por apropiación. Ahora bien, debemos analizar punto por punto los bienes muebles que son susceptibles al tipo penal como son los vehículos, máquinas y cualquier otro instrumento:

- a) *Los vehículos:* Los vehículos son medios físicos que se usa para el transporte o desplazarse de un lugar a otro, no solo personas si no objetos, puede ser público o privado con motor o sin motor como una bicicleta, pueden ser terrestres como un auto o un camión, aéreos como un helicóptero, marinos como barcos o fluviales estos pueden ser cargueros fluviales a vapor como existen en la selva.
- b) *Las maquinarias:* las maquinas son aparatos mecánicos o eléctricos creados con una finalidad específica, que permiten concentrar fuerzas físicas para simplificar el vivir humano, las maquinas que se refiere el tipo penal se refiere de forma más cercana a maquinarias de dos tipos de construcción como son las sierras eléctricas, cortadores, pulidores, aplanadoras entre otros, mientras que las de oficina son fotocopiadoras, impresoras y otras.
- c) *Cualquier otro instrumento:* Este es el modo genérico que nos otorga el tipo penal un *numerus a pertus* a poder adecuar bienes no contemplados, que no sean uno de los anteriores, pueden ser Radios, Televisores, es decir que sea útil para cualquier otro tipo de labores.

6.2.3. Fines ajenos al servicio

Lo esencial para entender este acápite es saber que los bienes muebles del Estado tienen por finalidad que los funcionarios o servidores públicos realicen un correcto trabajo en sus funciones encomendadas, para poder lograr en conjunto los fines de la administración pública. En consecuencia, a lo dicho tiene el deber intrínseco de usar al interior de la administración pública y para lograr los fines de la administración pública.

Cualquier fin ajeno al servicio de la función pública, de los bienes explicados en el punto anterior se considera un delito, esto puede ser el uso de los bienes para familiares, amigos, empresas u otras personas, “Dicho uso en fines ajenos al servicio presupone ya la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos”¹⁴². Es decir, que el simple hecho de que alguien use los bienes de forma distinta ya tiene un beneficio de dicho bien, los funcionarios o servidores públicos que cometen el delito de peculado de uso faltan a la confianza pública depositada en ellos.

6.2.4. Vinculación funcional

De la tipicidad objetiva se encuentra dicho que se hallan en su cargo, esto es que los bienes muebles objeto del delito deben estar confiados o en posesión directa o indirecta del funcionario o servidor público. Es decir, que debe haber previamente un rol funcional en razón a su cargo del sujeto activo, pues si en los casos en concreto no se logra comprobar la vinculación funcional entre el funcionario o servidor público y el bien mueble estatal; este hecho no se configuraría imputable al sujeto activo.

La vinculación funcional en gran parte de los delitos contra la administración pública es un requisito sine qua non, la posesión no necesariamente tiene que ser inmediata, es decir que tenga un contacto directo con el bien, también puede ser mediata es decir que basta la posesión jurídica o disposición funcional.

6.2.5. Magnitud del perjuicio patrimonial

En este sentido el tipo penal no hace referencia a la magnitud del perjuicio patrimonial, pero esto se encuentra implícito en el tipo penal, pues el uso ilegal de todo bien mueble estatal genera un perjuicio por más mínimo que sea el perjuicio, esto resulta por el desgaste natural de los objetos, así como el hecho de

¹⁴² ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, editorial GRIJLEY, 4ta edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 540.

que este desgaste no fue a razón del servicio público, generándose automáticamente un perjuicio, Salinas Siccha señala “ No se exige que la afectación al servicio o función encomendada sea de gravedad basta que el perjuicio se verifique para configurarse el hecho punible.

En consecuencia, al no existir cuantía mínima, se entiende que así el perjuicio lo valoricen los peritos en una cantidad mínima, igual el delito se verifica”¹⁴³. Esto genera una cierta incertidumbre jurídica pues crea la posibilidad de procesar a los funcionarios o servidores públicos, por hechos paupérrimos, que más se asemejan a infracciones administrativas.

Existió un proyecto de ley N° 4187/2010-PJ que propuso modificar dicha norma legal, generando al tipo penal un perjuicio exigible, pues dicho tipo penal decía afectando GRAVEMENTE el servicio o la función encomendada, la expresión gravemente cambiaba completamente el tipo penal permitiendo adecuar la norma a casos concretos de un real interés público, la exposición de motivos de dicha norma decía:

No se puede distraer los limitados recursos del sistema, en casos de bagatela o en los que el uso privado del bien, no genere una grave afectación del servicio o la función encomendada. Otra vez el Derecho administrativo disciplinario es un instrumento primario para hacerse cargo de estos casos.¹⁴⁴

Como se sabe el Derecho Penal es de ultima ratio y más aún en un sistema con excesiva carga procesal en el Poder judicial y las fiscalías, resulta insólito procesales delitos de peculado de uso que afecte de forma mínima la administración pública, más aún, generando costos innecesarios al Estado, debiéndose tratar otros delitos de mayor gravedad. Sin embargo, dicho proyecto de

¹⁴³ SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos contra la administración pública, Editorial GRIJLEY, Tercera Edición, Lima-Perú, año 2014, pág. 377.

¹⁴⁴ IDEM

ley no fue aceptado por el Congreso de la República de ese entonces argumentando que: “Resulta sintomático que solo las afectaciones graves que se causen al servicio o función encomendadas, con la utilización de automotores, maquinas e instrumental de trabajo sean objeto de intervención penal.

Si bien el control administrativo tiene que jugar sus roles, cuando dichas utilizaciones de bienes públicos, impliquen comportamientos dolosos, se entiende que la injerencia punitiva mantiene su ámbito de aplicación”¹⁴⁵. Los contenidos citados anteriormente fueron de polémica y de posiciones muy divididas en la comunidad jurídica, pues si bien hubo más intentos de insistir la formula.

6.3. Causas de atipicidad y justificación

Entendemos por atipicidad a aquel fenómeno en la que una acción o conducta examinada no se subsume en ningún tipo penal, pese a ser muy semejante a algún tipo penal vigente, para ello se realiza un juicio de tipicidad, esto es verificar si todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal se adecuan al hecho realizado, para Rojas Vargas¹⁴⁶ existe atipicidad en casos de delitos de peculado de uso cuando:

- Cuando existe error de tipo invencible sobre el carácter público de los bienes, es decir que se desconocía completamente y era improbable conocer el carácter público de los bienes

Y las causas de justificación para el tipo penal de peculado de uso son:

- El consentimiento, La autorización o consentimiento del funcionario jerárquico, para el uso de bienes indicados en el tipo pueden justificar la antijurídica del delito.

¹⁴⁵ IBIDEM, pág. 378.

¹⁴⁶ ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, editorial GRIJLEY, 4ta edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 544.

- El estado de necesidad, los motivos de necesidad pública o de urgencias de salvaguarda de bienes jurídicos valiosos, (vida, salud, etc.) actúan como causas de justificación del ilícito penal.

6.4. Grados de desarrollo del delito

Se debe señalar en primer lugar que el delito de peculado de uso es un delito de resultado lesivo, es decir, que se requiere un resultado y no un peligro. El hecho de que el sujeto activo use bienes del Estado o permite que otro lo use para otras finalidades ya genera un resultado lesivo, por lo tanto, puede admitirse la posibilidad de una tentativa amparada en el artículo 16 un ejemplo claro resultaría que la fiscalía o la policía lo detiene en el justo instante que dicho agente se disponía a subir a un vehículo del Estado para llevar a sus hijos a la universidad.

6.5. cláusula de exoneración típica

En el tercer párrafo el artículo 388, nos otorga la cláusula de exoneración típica prevista en el último párrafo como ya se mencionó, el cual dice: “No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”. Este punto siempre estuvo presente en el tipo penal desde el año 1991, el legislador se está refiriendo aquí exclusivamente a la exclusión en relación al cargo, en relación al cargo específico que este funcionario cuente, como ejemplo tenemos a los presidentes de las Cortes Superiores, Presidentes de las juntas de fiscales, entre otros que por razón a su cargo se les otorga un vehículo del Estado las 24 horas del día.

Esta exoneración típica es exclusivamente para vehículos motorizados y no para instrumentos de trabajo o maquinas, la interpretación de esta cláusula de exoneración típica debe interpretarse de forma restringida; pues solo un cierto número de funcionarios tienen esta exclusión y esto es solo por motivo de ley previamente impuesta, todo ello se basa en el artículo 10 del Código penal, la cual

nos habla del principio de igualdad el cual expresa: “Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales”; permitiendo la cláusula de exoneración.

6.6. Penalidad

El funcionario o servidor público sujeto activo del delito de peculado culposo, luego del debido proceso correspondiente y sea sentenciado condenatoriamente su pena será de pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

7. Malversación de fondos

Para la entender el presente tipo penal de delito de malversación de fondos, debemos comprender que se encuentra en la ubicación de los tipos penales de peculado esto advierte que es una modalidad de peculado, pero de menor gravedad que el peculado doloso propiamente dicho, pues como se puede observar el artículo 389 del Código penal vigente textualmente sostiene:

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si uno es minucioso en observar los tipos penales de peculado y de malversación de fondos la diferencia es clara, pese a que en muchas legislaciones el peculado doloso es llamado malversación de fondos en nuestra legislación nacional son cosas completamente distintas pues mientras en el peculado los caudales o efectos son apartados del Estado con fines de apropiación o utilización. En la malversación de fondos en primer lugar no se usa la acepción de caudales o efectos sino más bien se usan las palabras dinero o bienes, además que en el tipo penal de malversación de fondos dicho dinero o bienes permanecen en la administración pública, conociéndose como un desvío de fondos, con lo que no sería una exigencia el perjuicio patrimonial, pues el dinero o bienes se mantiene en el Estado.

La Confusión de nombres entre el delito de peculado y malversación es solucionada por medio de la convención de naciones unidas contra la corrupción, el cual da la posibilidad de dar a cada estado las medidas legislativas necesarias para tipificar el delito.

Ahora bien como antecedente tenemos el Código penal peruano del año 1924 en su artículo 348 nos decía: “El funcionario o empleado público que teniendo a su cargo caudales efectos o bienes del Estado les diera una aplicación publica distinta de la señalada por las leyes, será reprimido con inhabilitación , conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de un año y multa de la renta de tres a treinta días , o con una de estas penas”, cabe mencionar que nuestro Código penal vigente se aparta de lo mostrado por muchas legislaciones como dinero o bienes.

Existen posturas en la doctrina nacional e internacional en relación a este delito pues ahí fundamentos por los cuales se considera al delito de malversación de fondos como un ilícito administrativo que debe pertenecer al Derecho Administrativo sancionador, dado a su escaso nivel de lesividad, como el profesor Abanto Vásquez quien propone la descriminalización de esta figura delictiva,

Etimológicamente malversar proviene del latinismo *male* y *versare*, que significa invertir mal, que es lo que básicamente resulta la malversación de fondos la mala inversión del dinero o bienes del Estado, por medio de deficientes administración y malos manejos por parte de los funcionarios con capacidad de dirección; pues dicho dinero ya se encuentra presupuestado específico, y este es destinado a otro. Cabe mencionar que no es lo mismo el dinero para crear un Hospital o una comisaria, que el dinero para realizar una ornamenta de flores o arreglar las calzadas de la ciudad, afectándose más allá del patrimonio la disposición de este.

Como la mayor parte de tipos penales inmersos en los delitos de corrupción de funcionarios estos han sido materia de modificatoria exhaustiva por el legislativo en diferentes ocasiones, tal vez la mayor modificatoria fue la de la Ley N° 27151 del 07 de julio de 1999, el cual aumenta el tercer párrafo “Constituye circunstancia agravante, si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.”, el cual fue modificado a como hoy se encuentra en la actualidad por la Ley N° 30111 publicada el 26 de noviembre del 2013.

7.1. El bien jurídico protegido

En relación al bien jurídico protegido en el delito de malversación de fondos como la mayor parte de delitos cuenta con un bien jurídico protegido general y otro bien jurídico protegido específico, siendo el bien jurídico general o genérico también llamado el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, por otro lado el bien jurídico específico como lo señala Rojas Vargas es “La necesidad de cautelar el principio de legalidad presupuestal, como criterio rector de las asignaciones y disposiciones de los dineros y bienes

públicos”¹⁴⁷, pero que es este llamado principio de legalidad presupuestal o como algunos lo llaman presupuestaria que defiende el delito de malversación de fondos, nomenclatura que cabe mencionar es diferente en los país Hispanohablantes.

No obstante, este principio nace y es reconocido en el Derecho en base al artículo 77 de la Constitución Política del Perú, el cual nos dice textualmente: “La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon”. Es decir que existe un fondo anual en relación al dinero del Estado para cada acción que realizara por el bien de la comunidad, de esta manera se defiende la correcta utilización de los dineros públicos.

Es así que recapitulando dicho principio es “El principio común de legalidad y el del gasto o presupuesto en particular, deben entenderse en sus justos términos; es decir, dentro del sistema o contexto al efecto consagrado por la Constitución”¹⁴⁸, como ya se mencionó este principio nace basándose en la Constitución Política y estos dineros se viabilizan con la Ley de presupuestos anuales, debiendo ser comprendida como un máximo legal después de la Constitución para los usos de los dineros del Estado.

7.2. Tipicidad objetiva

7.2.1. administración de dinero o bienes

¹⁴⁷ROJAS VARGAS, Fidel; Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial NOMOS Y THESIS, Primera Edición, Lima-Perú, año 2016, pág. 265.

¹⁴⁸CEA EGAÑA, José Luis; Sobre el principio de legalidad presupuestaria, Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 3, año 1992, pág. 429.

En la tipicidad objetiva en relación a la administración de dinero o bienes, a simple vista lo primero que se puede dar a notar son las palabras dinero o bienes en el tipo penal, diferente a las modalidades de peculado que hasta el momento se habían estudiado en los cuales se consignaba caudales o efectos como el bien objeto del delito, En cuanto a dinero no existiría ningún inconveniente en su comprensión, el problema como dice Salinas Siccha:¹⁴⁹ es la interpretación con respecto a la palabra bienes, pues existen dos tipos de bienes los que cuentan con valor económico y los que no cuentan con valor económico, el autor mencionado muestra su inclinación para la configuración del tipo penal a los bienes que tiene un valor económico, por más mínimo que resulte ser este, siendo bienes de valor económico adicional al dinero, los bienes muebles e inmuebles.

Como un punto dentro de este elemento del tipo objetivo tenemos la administración que se realiza en relación a este dinero o bienes. Es decir, el vínculo funcional, pues como primera premisa debemos comprender que los únicos que pueden malversar los dineros o bienes estatales son los funcionarios o servidores públicos destinados a dichos bienes. “Dicha vinculación es de carácter legal no exclusivamente en función al cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente”¹⁵⁰ teniendo esta vinculación funcional un rango más amplio a los comportamientos típicos, este requisito de la tipicidad objetiva es un requisito sine qua non que el bien público objeto del delito este en posesión directa o indirecta en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que desempeña el funcionario o servidor público en la función pública, sea establecida por ley o determinada por mandato de su autoridad inmediata o mediata con dicha embestidura.

Se debe hacer mención que la doctrina nacional ya estableció que no serán autores de malversación los funcionarios o servidores que solo cumplen una

¹⁴⁹SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial GRIJLEY, 3ra Edición, Lima-Perú, año 2014, pág. 390.

¹⁵⁰ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, editorial GRIJLEY, 4ta edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 551.

función de decepcionar o custodiar los bienes del Estado, toda vez que ellos no cuenta con la posición para disponer de los bienes, así en la realidad lo hagan, pues simplemente están encargados de cuidados o custodiarlos o decepcionarlos, pero no de aplicarlos.

Es así que solo administra el que tiene la facultad de aplicar los dineros o bienes públicos, que aprovechándose de tal situación en relación a su función le otorga un destino diferente al que se preestableció previamente sea por ley de presupuestos o por dinero emanado del canon o sobre canon.

7.2.2. La aplicación definitiva diferente de los bienes o dinero por parte del funcionario o servidor público

El artículo 399 del Código penal que tipifica la malversación de fondos donde se menciona como elemento del tipo objetivo la aplicación definitiva y diferente, como primer punto la palabra definitiva, se entiende por esto a algo que es decisorio, resuelto o concluyente, es decir que posea un carácter definitivo, esto se refiere a que el dinero o los bienes no deben salir del ámbito de la función pública, lo definitivo implica la irrecuperabilidad del dinero o los bienes estatales.

El carácter definitivo se da en razón a la imposibilidad del regreso o del reintegro de los mismos del destino asignado

Por otra parte está la aplicación diferente del dinero o bienes por parte del funcionario o servidor público, es decir la mala inversión o mal destino de los fondos públicos, pues al jurisprudencia de la corte suprema ya señalo que aun existiendo irregularidades en el manejo de fondos no se aprueba una asignación distinta a la fijada, “El ámbito de aplicación diferente, puede incluir tanto malversaciones producidas al interior de la repartición o unidad administrativa, como las producidas fuera de la repartición con la condición que siga dentro de la

esfera pública”¹⁵¹ Pues este requisito que pertenece a la esfera de la administración pública, pues si no fuera así se configuraría como alguna modalidad de peculado según sea el caso concreto.

Ahora bien existen diferentes formas o modalidades en las que se puede dar la malversación de fondos, presentándose distintas situaciones en casos concretos puede sintetizarse en 4 comportamientos como nos dice MOLINA ARRUBLA¹⁵²:

- a) Dar aplicación diferente de aquella destinada.
- b) Comprometer sumas superiores a las fijadas.
- c) Invertir en forma no prevista.
- d) Utilizar los fondos en forma no prevista.

Pudiendo existir otras formas de realizarse el delito de malversación de fondos, pero estas cuatro mencionadas son las más utilizadas en América Latina.

Por último Fidel Rojas, sostiene: “si no existe destino expreso de determinados fondos públicos el funcionario o servidor público administrador puede dar aplicación pública de los bienes a su libre albedrío, pues se entiende que se ha dejado a criterio del funcionario su aplicación siempre para fines públicos”¹⁵³. Estos hechos descritos son atípicos claramente pues el tipo objetivo exige un destino diferente al fijado previamente.

7.3. Consumación y tentativa

Lo primero que se debe mencionar es que el delito de malversación de fondos es un delito de resultado y no de peligro, es decir, que es susceptible a la tentativa, el delito se consuma cuando se verifico el empleo definitivo y diferente del dinero o bienes en los que se encuentra en su administración, “No es suficiente la orden, el

¹⁵¹ IBIDEM, pág. 552.

¹⁵² MOLINA ARRUBLA, Mario; Delitos contra la administración pública, Editorial DIKE. Bogotá-Colombia, año 1995, pág. 131.

¹⁵³ SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial GRIJLEY, 3ra Edición, Lima-Perú, año 2014, pág. 395.

giro de cheques o la provisión de bienes, mientras estos no se ejecuten o apliquen materialmente”¹⁵⁴. Es decir, que debe existir siempre el destino definitivo como elemento objetivo.

7.4. Agravante

El segundo párrafo del artículo 399 del tipo malversación de fondos se encuentra regulado su agravante que textualmente dice: “Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa”

- A. El agravante mencionado radica no en el valor matrimonial del bien, sino más bien en el resultado del delito por tratarse de no cualquier dinero o bien, si no que pertenezcan a programas de apoyo social o asistencia.
- B. La comisión de este delito al igual que el tipo base se debe realizar de manera dolosa, el sujeto activo debe previamente y el conocimiento efectivo del dolo y de cada uno de los elementos objetivos del tipo penal.

7.5. Penalidad

El funcionario o servidor público sujeto activo del delito de malversación de fondos tipificado en el artículo 399 del Código penal, luego del debido proceso correspondiente y sea sentenciado condenatoriamente su pena será para el tipo base de pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa; Y en el agravante la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa.

¹⁵⁴ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, editorial GRIJLEY, 4ta edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 556.

8. Retardo injustificado de pago

El tipo penal de retardo injustificado de pago o llamado también demora injustificada de pago, que se encuentra amparado en el artículo 390 de nuestro código penal, no tiene antecedentes legales en nuestro sistema penal ni en Código Penal de 1924, menos aún contiene antecedentes legales el Código Penal de 1863, solo se encuentra amparado en el código penal vigente el cual refiere, textualmente: “El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”, cabe mencionar que este tipo penal a diferencia de los otros delitos contra la administración pública, no ha sufrido modificación alguna desde que entró en vigencia con el código penal de 1991.

En el presente acápite nos encontramos ante un tipo penal muy discutido ante la comunidad jurídica, pues una gran parte del Derecho comparado no contempla este tipo y si lo contemplan sus penas son mínimas como lo es en nuestro código penal, uno de los países que contempla este tipo penal es el argentino el cual también es una fuente directa para que el tipo penal de retardo injustificado de pago se encuentre en nuestro sistema penal, el artículo 264 del Código Penal argentino de 1984 textualmente en su primer párrafo nos dice “Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.” Como se puede observar este tipo penal argentino es muy semejante al tipo penal peruano, siendo este último una fotografía del argentino solo que el tipo penal argentino nos otorga un segundo párrafo no amparado en nuestra legislación.

8.1. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido como gran parte de los delitos que se han mencionado en la presente tesis tiene una doble vertiente un bien jurídico general que resultaría ser el correcto funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos, ahora bien en relación al bien jurídico protegido específico en la doctrina peruana Rojas Vargas nos dice que es “La correcta administración pública en el ejercicio de las funciones, garantizando el principio de la no lesividad a los deberes especiales inherentes al cargo o al estatus funcional, evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público”¹⁵⁵.

Por otra parte, el argentino Villada menciona: “Se trata de asegurar una fluidez absoluta en la circulación, de los bienes públicos”¹⁵⁶, es así que en el delito de retardo injustificado de pago nos encontramos ante un claro ejemplo de la infracción de deber, buscando asegurar el correcto destino de los bienes públicos, además de este bien jurídico se podría estar defendiendo la buena imagen institucional, al realizarse la demora arbitraria de un pago en concreto.

8.2. Tipicidad objetiva

8.2.1. Demora injustificada

La demora es el verbo central del tipo penal, la cual hace alusión claramente a una omisión, es decir una omisión de un mandato legal o de autoridad superior, al hablar de demora se debe entender por ello que en la administración pública existe un plazo pre establecido en el pago, pudiéndose observar una ley penal en blanco, pues dichos plazos se encontrarán en las normativas generales o de cada institución según sea el caso concreto, por tanto el pago debe estar sometido a un plazo establecido, cuya inobservancia u omisión podría desencadenar una conducta típica.

¹⁵⁵ REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 568.

¹⁵⁶ VILLADA, Jorge Luis; Delitos contra la función pública, Editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires-Argentina, año 1999, pág. 448

Cabe mencionar que, si dicha demora se da por motivos de un cambio del destino de forma ilegal o la apropiación de caudales o efectos ya no nos encontraremos ante el tipo penal de retardo injustificado de pago, sino más bien de una malversación de fondos o un peculado por apropiación, según sean los hechos materia de investigación.

Ahora bien, al decirse injustificadamente nos hace una clara alusión al artículo 20 de la parte general de nuestro código penal donde se encuentra la causal de justificación penal.

8.2.2. Fondos expeditos

Al hablar de fondos expeditos, estamos hablando de fondos ya listos, es decir que los caudales ya se encuentren disponibles de forma inmediata, para el pago que se requiera.

Pues si no existen dichos fondos o en todo caso si existen fondos, pero están destinados a otros pagos o destinos, claramente no habrá tipicidad en el hecho por no poderse consolidar el tipo objetivo de fondos expeditos.

8.2.3. Pago ordinario o decretado por la autoridad competente

Un tercer elemento son en primer lugar un pago ordinario, esto es aquel pago que se realiza normalmente en la administración pública, por meras actividades comunes en la institución, un ejemplo sería la demora injustificada de los haberes mensuales de algún trabajador, u otra obligación periódica que se realice comúnmente.

Por otro lado, están los pagos decretados, por ello se entiende a los emitidos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas, es decir pagos por obligaciones judiciales, proveedores, para que se pueda configurar este elemento se requiere una resolución administrativa o una jurisdiccional.

8.3. Consumación y tentativa

En primer lugar, el delito de retardo injustificado de pago es un delito permanente y solo cesa esto con el pago correspondiente, no se admite por ello la tentativa, la consumación se da al sobrepasar los límites de los plazos establecidos para el pago.

8.4. Penalidad

El funcionario o servidor público sujeto activo del delito de malversación de fondos tipificado en el artículo 399 del Código penal, luego del debido proceso correspondiente y sea sentenciado condenatoriamente su pena será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

9. Rehusamiento de entrega de bienes

Al igual que el tipo penal anterior de retardo injustificado de pagos, el delito de Rehusamiento de entrega de bienes no cuenta con antecedentes en la legislación nacional ni en Código Penal de 1924, menos aún contiene antecedentes legales el Código Penal de 1863, solo se encuentra amparado en el código penal vigente en su artículo 391 el cual nos dice textualmente nos dice “El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”. Además, cabe mencionar que este tipo penal a diferencia de los otros delitos contra la administración pública, no ha sufrido modificación alguna desde que entró en vigencia con el código penal de 1991.

Este tipo penal es otro tipo penal al igual que el anterior muy discutido uno de los países que contempla este tipo penal es el argentino el cual también es una fuente directa para que el tipo penal de retardo injustificado de pago se encuentre en nuestro sistema penal, el artículo 264 del Código Penal argentino de 1984

textualmente en su segundo párrafo nos dice “En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.” Siendo este muy semejante al tipo penal peruano.

Uno de los debates relacionados a este tipo penal es la ubicación de este delito en Nuestro código penal, pues este se encuentra como una forma de peculado, como menciona Soler :“Posee mayores acercamientos con una forma de desobediencia a la autoridad pública”¹⁵⁷ pues este tipo penal se aproxima a una desobediencia.

9.1. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido como gran parte de los delitos que se han mencionado en la presente tesis tiene una doble vertiente un bien jurídico general que resultaría ser el correcto funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos, ahora bien en relación al bien jurídico protegido específico es como dice Rojas Vargas “Es evitar las distracciones arbitrarias del patrimonio público afirmando el principio de autoridad”¹⁵⁸. Esto se ve quebrantado con el funcionario que se rehúsa a entregar, bienes, efectos, dinero u otros.

9.2. Tipicidad objetiva

9.2.1. Rehúsa a entregar

El verbo rector del delito del tipo penal de Rehusamiento de entrega de bienes es como lo dice su textualmente el artículo 391 del Código Penal rehusar, esta acción consiste en negarse a entregar manifiesta o tácitamente un objeto que se encuentra a su disposición, es necesario citar la jurisprudencia vinculante sobre la naturaleza típica del delito que nos dice “En el Delito de Rehusamiento de entrega de bienes a

¹⁵⁷REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015, pág. 582.

¹⁵⁸ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, editorial GRIJLEY, 4ta edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 572.

la autoridad, tipificado en el artículo 391 del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por la autoridad competente.

Por tanto en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad no hay en el agente un *animus rem sibehabendi*, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no configura con tal conducta un delito de peculado¹⁵⁹ Es decir que la conducta es netamente dolosa para no entregar los bienes que custodia la administración pública, pero no existe el ánimo de quedarse con la cosa toda vez que ello se configuraría como peculado por apropiación.

9.2.2. Objetos del delito dinero, cosas o efectos

Los objetos materia del delito se encuentran de forma expresa en el tipo penal los cuales son dinero, cosas o efectos, ahora bien se entiende por dinero como ya se expresó en los puntos anteriores como el delito de malversación de fondos, pues es el medio físico de cambio de valor económico, siendo todo activo aceptado como medio de pago, pudiendo ser monedas o billetes.

Por otra parte, tenemos los efectos son todo tipo de documentos de créditos negociables, estos son los llamados títulos valores, sellos, estampillas, bonos, si bien estos conceptos ya los conocíamos, el tipo penal también señala la palabra cosas, como sabemos la palabra cosa corresponde en derecho a un objeto con una relación jurídica, en el tipo penal indica los muebles o inmuebles con valor patrimonial pertenecientes a la administración pública, siendo un concepto restringido y no un concepto amplio abarca a todo objeto que ocupe un espacio físico tenga o no tenga valor patrimonial.

¹⁵⁹ SAN MARTIN CASTRO, Cesar; Jurisprudencia y precedente penal vinculante, selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Editorial PALESTRA, Lima-Perú, año 2006, pág. 109.

9.2.3. Relación funcional, deposito, custodia o administración

Un elemento de la tipicidad objetiva en muchos de los delitos contra la administración pública por ser delitos especiales es la relación funcional que debe existir entre el agente sea funcionario público o servidor público y el objeto materia del delito que en el presente tipo penal son los mencionados anteriormente dinero, cosas o efectos, siendo una exigencia sine qua non esta exigencia se refiere a una posesión del agente en virtud a sus deberes o atribuciones del cargo dentro de la administración pública, pues si no existe la forma legal de que el agente disponga del dinero, cosas o efectos requeridos por la autoridad competente, es imposible la configuración del tipo penal.

Esta posesión ya mencionada en el tipo penal se refiere a tres puntos exclusivos, estos son, el depósito el cual es un acto jurídico por el cual se entregan bienes, dinero o efectos a una persona sea natural o jurídica de forma temporal, con una obligación de retorno, luego tenemos la custodia es la vigilancia y cuidado del dinero, cosas o efectos, y por último la administración la cual se refiere básicamente al conductor de los bienes puestos en administración al funcionario o servidor, vinculándolo a los bienes, teniendo responsabilidad administrativa, civil y penal

9.2.4. Requerimiento

El tipo penal exige textualmente un requerimiento, es decir una orden que es un mandato para el cumplimiento de una obligación, este requerimiento debe ser realizado por una autoridad competente, que tenga el cargo, función o jerarquía, pues si no se realiza dicho requerimiento de forma expresa el hecho resultaría ser atípico.

9.3. Consumación y tentativa

Este tipo penal es un delito de comisión por omisión, el cual se perfecciona cuando el agente hace caso omiso al requerimiento realizado por la autoridad competente, basta simplemente la negativa sea expresa o tácita de la devolución del bien. Cabe mencionar que en este delito no existe la posibilidad de la tentativa.

9.4. Penalidad

El funcionario o servidor público sujeto activo del delito de malversación de fondos tipificado en el artículo 399 del Código penal, luego del debido proceso correspondiente y sea sentenciado condenatoriamente su pena será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

10. Cohecho pasivo específico

El tipo penal de Cohecho Pasivo Especifico artículo 395 del Código Penal se encuentra en la sección IV Corrupción de Funcionarios de los Delitos Contra la Administración pública, este tipo penal textualmente nos dice: “El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no

menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa."

Esta forma de mostrarse el cohecho su diferencia más clara es la delimitación en el ámbito del autor, siendo exclusivamente para jueces, árbitros, fiscales, todo tipo de peritos, miembros de un tribunal administrativo o cualquier otro análogo, que tome ciertas decisiones o influyan directamente en un proceso judicial o administrativo, existiendo una forma agravada igual que los anteriores tipos penales "El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa." Siendo la diferencia sustancial el SOLICITAR.

10.1. El bien jurídico protegido

Como nos dice el Doctor FIDEL ROJAS el bien jurídico protegido específicamente que tutela el presente tipo penal es "Preservar la regularidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público"¹⁶⁰

10.2. Sujetos activos

¹⁶⁰ ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, editorial GRIJLEY, 4ta edición, Lima-Perú, año 2011, pág. 715.

Si bien en los delitos contra la administración pública los sujetos activos del delito son los funcionarios o servidores públicos según sea el caso, como ya se ha venido estudiando en la presente tesis.

En el presente tipo penal existe una exclusividad en los magistrados, árbitros, fiscales, peritos, miembros del tribunal administrativos u otros análogos, siendo claro todos excepto el sujeto final que se hace llamar el sujeto análogo, está hecha para incluir a otros semejantes con poder de decisión en el sistema jurisdiccional o administrativo, estos pueden ser los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, existiendo mucho debate entre ellos, por ejemplo nacería la duda si a estos análogos pertenecen los jefes de las comunidades campesinas.

10.3. Tipicidad objetiva

10.3.1. Comportamientos delictivos

a) Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

Este es el primer supuesto de comportamiento típico para el delito de cohecho pasivo específico, existiendo el verbo rector de ACEPTAR, esto se entiende como permitir, consentir, adoptar algo, configurándose de esta manera el delito en el momento en que cualquiera de los sujetos activos antes mencionados, admite, permite, consiente, es decir acepta alguna promesa o ventaja o beneficio, a sabiendas que este está siendo efectuado con el fin de decidir un asunto sometido a su competencia, no existiendo la necesidad de recibir el donativo o que se cumpla la promesa, toda vez que lo que se busca es la influencia que esta donación o promesa pueda causar sobre él, transgrediéndose los deberes y obligaciones correspondientes a sus funciones.

Es decir que la conducta se cumple con el hecho de aceptar es decir permitir esta promesa o donativo, por parte de agente corruptor, existiendo independencia frente al cumplimiento de que esta promesa se haga realidad en el

mundo físico, bastando simplemente la acreditación de que el agente acepto o permitió el donativo o la promesa.

b) Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

Una segunda modalidad por parte del tipo penal de cohecho pasivo específico se configura cuando el sujeto activo en las calidades antes mencionadas, RECIBE el donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, con la finalidad de influir en su decisión, sea un asunto judicial o administrativo, siempre y cuando esté sometido a su competencia, bajo esta perspectiva el verbo rector de recibir se entiende por percibir, tomar o acoger algo a su esfera de poder, en ese sentido el tipo penal se perfecciona siempre que tenga sus funciones de decisión especificadas.

No es necesario que el sujeto activo que recibió el donativo o la promesa tome su decisión judicial o administrativa a favor del sujeto corruptor, o su decisión gire en torno a las pretensiones expresadas por el sujeto que entrega dicho donativo o promesa.

c) Cuando el agente solicita directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

Esta modalidad, es la que se nos muestra en el segundo párrafo del artículo materia de estudio en este momento, desde esta premisa el verbo rector es SOLICITAR, ello se puede entender como pedir, gestionar o requerir algo, el delito se configuraría cuando el sujeto activo del delito de forma directa (el mismo) o de forma indirecta (por intermediarios), pide, gestiona o solicita, donativos o promesas con la finalidad de favorecer en su decisión al sujeto corruptor, de esta manera el agente pierde o es mejor decir quebrando los principios rectores de su función como el principio de imparcialidad que dirige a los funcionarios con poder de decisión en asuntos judiciales o administrativos.

De esta manera la conducta pro parte del verbo rector se configura al momento de solicitarse este donativo o promesa o cualquier otro tipo de ventaja, con la finalidad de hacerse influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. El delito se configuraría independientemente de que lo solicitado o requerido no se haga realidad pese a que el sujeto activo del delito recibió lo solicitado.

10.3.2. Objetos corruptores

a) Donativo

El donativo se ciñe a los sinónimos de obsequio o regalo, este donativo debe tener una presencia material, es decir tener un valor económico, estos pueden ser: bienes muebles, inmuebles, obras de arte, medios de transporte, entre otros que cuenten con algún tipo de valor.

b) Promesa

Al contrario del objeto corruptor anterior este se entiende como un ofrecimiento que hace el agente corruptor al sujeto activo del delito, para la obtención futura de forma mediata o inmediata de algún tipo de donativo o ventaja, existe una exigencia penal por parte de este objeto corruptor el cual es que sea seria es decir que tenga una posibilidad jurídica y físicamente posible, el cumplimiento o incumplimiento de esta promesa resulta irrelevante para el Derecho Penal configurándose de plano el tipo penal.

c) Cualquier otra ventaja o beneficio

Al momento de hablar de cualquier otra ventaja o beneficio se está dando una *clausula numerus apertus* para este delito, considerándose este como un medio subsidiario para evitar la impunidad en este tipo de delitos, no confundiéndose con una norma penal en blanco claro está, este se debe entender como cualquier otro privilegio no contemplado en los anteriores objetos, estos pueden ser viajes, becas,

favores sexuales, premios, cátedras universitarias, ascensos u otros que pueda existir de este género.

11. Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

Esta es otra forma en la cual se muestra hechos de corrupción en el código penal, el cual se dirige de igual manera que el tipo penal anteriormente estudiado un límite de sujetos activos del sistema jurisdiccional, este artículo se muestra de forma novedosa, en razón a ser un artículo implementado en el año 2004 con la Ley 28355, en la actualidad esta norma modificada por la Ley 30111 nos dice “Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

11.1. El bien jurídico

De igual manera que anterior tipo penal expresado resultaría ser preservar la regularidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativa, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público

11.2. Sujeto activo

Los sujetos activos en esta norma resultan ser exclusivamente sujetos relacionados al ámbito judicial tales como secretarios judiciales, relatores, especialistas, auxiliares judiciales, o quien desempeñe un cargo análogo, siendo de igual manera una posición aperturada para evitar hechos de impunidad por principio de legalidad.

11.3. Tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva se muestra de la misma forma del artículo anteriormente mencionado del delito de cohecho pasivo específico, pues solo resultaría la diferencia en la concurrencia del sujeto activo que resulta ser los secretarios judiciales, relatores, especialistas, entre otros, sobre todo por su cercanía con los magistrados encargados de la toma de decisiones.

12. Negociación incompatible

El delito de negociación incompatible se encuentra amparado en el artículo 399 de nuestro Código Penal en los Delitos contra la Administración Pública cometido por funcionarios, en el presente acápite desarrollaremos lo concerniente al tipo penal de negociación incompatible dentro de nuestro ordenamiento penal actual.

12.1. El bien jurídico protegido

Si bien como ya se ha observado en anteriores delitos contra la administración pública, existe un bien jurídico general intrínseco en cada delito de este tipo también debemos tener en cuenta el bien jurídico específico, para Rojas Vargas “El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes”¹⁶¹, es decir, el fiel y debido desempeño de cada funcionario y servidor público que represente a la institución, tenemos a su vez lo expresado por la jurisprudencia nacional, específicamente la Sala Penal de Apelaciones de Lima “El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionarios o servidor público) que antepone sus intereses a la de ella, en rigor lo que se trata de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en su actuación funcional frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios

¹⁶¹ ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Editorial GRIJLEY, Tercera edición, Lima-Perú, año 2002, pág. 818.

estatales”¹⁶² Existiendo un consenso en que esta protección de es una protección a los bienes públicos, sino la esencia de estos en sus comportamientos de los sujetos dentro de las contrataciones Estatales, se debe hacer un hincapié en que actualmente existe un debate en el delito de negociación incompatible, en si es un delito de daño o un delito de peligro, en esta oportunidad no ingresaremos a debatir sobre esas perspectivas doctrinarias pero si valdrá la pena rescatar lo dicho por el doctor Cesar Nakazaki “Entendemos que, según nuestra regulación actual, no es posible considerar el delito de negociación incompatible como un delito de resultado, ya que incluso es posible que el delito se haya configurado cuando exista algún beneficio para la administración pública”¹⁶³.

12.2. Tipicidad objetiva

12.2.1. Ámbito de aplicación (contratos u operaciones)

En el delito de negociación incompatible, en base al tipo penal este recae sobre contratos u operaciones, ahora bien en relación a los contratos tenemos bien entendido que son los acuerdos de voluntades formalizados donde interviene el Estado, para la provisión de bienes, prestación de servicios, los actos irregulares deben encontrarse dentro del marco de las contrataciones públicas, estos pueden ser por ejemplo contrato de suministro, contrato de locación de servicios profesionales, contratos de adquisición, contratos de servicios.

Por otra parte, entendemos como operaciones a los actos dispuestos por el Estado que no requieren características formales a diferencia del contrato, es así que la norma busca abarcar la mayor parte de intervenciones Estatales, siendo estas operaciones actos unilaterales de la administración pública.

12.2.2. Comportamiento típico, el interés

¹⁶² Exp N° 036-2012, Sala Penal de Apelaciones de Lima

¹⁶³ NAKAZAKI SERVIGON, Cesar; Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial GACETA JURIDICA, Lima-Perú, año 2016, pág. 429.

Por último, un elemento necesario para la configuración del delito de negociación incompatible es el llamado interés, a diferencia del delito de colusión en el cual existe el concierto de partes, pero este interés en particular puede ser de distintas formas, forma directa, indirecta, por medio de actos simulados, como nos lo muestra el tipo penal, en sus modalidades.

- a) Interesarse de forma directa: Ello implica que el sujeto funcionario público activo del delito, pone de manifiesto su interés particular en algún momento de la contratación u operación.
- b) Interesarse de forma indirecta: Este es a través de terceros, o el uso de otros funcionarios, quienes tienen cierto nivel de injerencia sobre la negociación.
- c) Interesarse mediante acto simulado: Es realizar el contrato u operación, aparentando que se trata de interés de la administración pública y no del sujeto activo, un ejemplo claro de ello son los contratos con empresas donde la representatividad recae sobre una persona, pero en la esfera real pertenecen al funcionario o servidor público.

13. Enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra estipulado en el artículo 401 del Código Penal vigente en la actualidad: “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación,

según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”

13.1. El bien jurídico protegido

En el delito de enriquecimiento ilícito a diferencia de otros delitos como el delito de cohecho o colusión, no se puede alegar criterios de imparcialidad a la función pública o a sus funciones o roles específicos dentro de ella, pues enriquecerse ilícitamente no quiebra ello para Rojas Vargas “El artículo 401 busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez y servicio a la nación”¹⁶⁴.

Es decir el deber de los funcionarios o servidores a la fidelidad y honestidad a los funcionarios públicos, por otro lado en palabras de Galvez Villegas “debe considerarse como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública”¹⁶⁵ Existiendo de esta manera una forma de bien jurídico protegido más apegado a los valores de la administración y función pública, los cuales se materializan en el funcionario o servidor público en el desarrollo de sus funciones que realice en el organismo o entidad, pudiéndose afirmar que dicho ejercicio es determinante para mantener el prestigio de la institución.

¹⁶⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Estudios críticos del derecho penal peruano, Editorial Gaceta Penal, pag.466

¹⁶⁵ IDEM.

13.2. Tipicidad objetiva

13.2.1. Incremento patrimonial

Se entiende que este tipo penal no sanciona cualquier tipo de enriquecimiento, sino más bien el incremento patrimonial ilegal que se le atribuye al funcionario o servidor público, Molina Arrubla nos dice “Lo que sanciona la norma no es el hecho de que los servidores públicos obtengan incrementos patrimoniales, sino que estos sean injustificados”¹⁶⁶ teniendo desde estas palabras una visión de justificación obligatoria del patrimonio enriquecido.

Pues si bien un funcionario o servidor público puede aumentar su patrimonio de forma legal, compatibles con algún cargo u otro tipo de gestión, herencia, lotería, docencia, libros, patrimonio familiar, entre otros.

Por otro lado otra forma de existencia de incremento de patrimonio es de la forma ilegal o ilícita, que se rige de manera contraria a la ley, esto se puede demostrar cuando el funcionario o servidor público no consigna ciertos bienes, rentas, ingresos o activos, este incremento patrimonial como nos dice Molina Arrubla puede mostrarse de dos formas “Mayor cuantificación de su activos o una disminución de sus pasivos”¹⁶⁷ Desde otras palabras esto cubre el pago de deudas por parte de terceros.

13.2.2. Nexos funcional

En relación a este punto anteriormente estudiado, debe existir un vínculo funcional para imputar este tipo penal, es decir el agente debió usar su cargo público que ostenta u ostento, para generarse fuentes de ingreso ilícito, que lógicamente generaran un incremento patrimonial, esto se representa cuando el funcionario

¹⁶⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario; Delitos Contra la Administración Pública: Conforme el Nuevo Código Penal, Editorial LEYER, Bogotá – Colombia, año 2000, pág. 376.

¹⁶⁷ IBIDEM, pág. 369.

público tuerce los fines por los que está establecido la función pública, para servirse de ella y hacerla un negocio ilícito.

Entonces se debe concluir que este enriquecimiento debe ser obra o consecuencia de actos ilícitos que hayan sido efectuados por el agente en el marco de sus actividades funcionales, es decir de sus roles ya establecidos y no en otros ámbitos de su vida personal generadora de ganancias o aumento patrimonial.

13.2.3. Momento temporal del enriquecimiento

Un requisito de este incremento patrimonial, es que debe haberse realizado durante el ejercicio de sus funciones. El enriquecimiento debe exteriorizarse generalmente en el ejercicio de su cargo es decir antes del cese y después del nombramiento, es decir que el incremento debe mostrarse cuando el sujeto aun sea servidor o funcionario ostentando el cargo, recordemos que, si el sujeto activo del delito experimenta un notable incremento patrimonial sin justificar antes de la asunción del cargo, podrá ser responsable de otros delitos como el de lavado de activos.

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO

1. HIPOTESIS

1.1. HIPOTESIS GENERAL

La prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos de colusión y peculado doloso afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena por cuanto el último párrafo del artículo 57 del Código Penal obliga a los jueces penales a imponer penas efectivas.

1.2. HIPOTESIS ESPECIFICAS

1.2.1. PRIMERA HIPOTESIS ESPECIFICA

Al obligarse por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos de peculado doloso y colusión, se afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, debido a que no pueden hacer uso de su discrecionalidad al imponerse una pena.

1.2.2. SEGUNDA HIPOTESIS ESPECIFICA

La aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrediría significativamente el principio proporcionalidad y razonabilidad de la pena, pues no se están considerando este principio rector fundamental de la pena.

2. VARIABLES

2.1.VARIABLE INDEPENDIENTE

PROHIBICION DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCION DE LA PENA

2.2.VARIABLE DEPENDIENTE

AFECTACION A LA INDEPENDENCIA DE CRITERIO DEL JUEZ, TRASGREDIENDOSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA PENA.

3. TIPO DE INVESTIGACION

El tipo de investigación por la finalidad o propósito de la presente investigación es Básica -Pura, porque tiene por finalidad el desarrollo y comprensión de los principios constitucionales como es el principio de independencia de criterio del juzgador y el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas; De esta manera la investigación se orientara de una manera dogmática, planteando soluciones a un problema de la vida cotidiana del que hacer jurídico como es la pena y los delitos contra la administración pública, teniendo en cuenta que las sentencias usando la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351 aún no se emiten en la ciudad de Tacna.

Asimismo por la fuente o el origen de la investigación, esta investigación puede clasificarse como Documental o bibliográfico, puesto que la fuente de investigación, resultaran ser en la mayor parte Doctrina nacional e internacional y jurisprudencia; Además tendrá tonalidades empíricas o de campo pues supletoriamente se buscara datos de la realidad como encuestas y entrevistas, a los Jueces Penales, Fiscales Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a los abogados de la Procuraduría Publica Anticorrupción y los imputados del delito materia de Investigación.

Finalmente por el ámbito en el que se desarrollará, la presente es una investigación Teórica – Práctica, pues se va a trabajar combinando los elementos dogmáticos y empíricos en el análisis del problema ya descrito.

4. DISEÑO DE INVESTIGACION

La presente investigación es explicativa, con carácter exploratorio, puesto que se pretende determinar la existencia de un fenómeno, además de especificar las causas y determinar por qué ocurre el fenómeno, buscando soluciones, en razón a la prohibición de la suspensión de la pena en los casos de los delitos contra la administración pública; tema que será abordado de forma provisional para futuras investigaciones, debido al poco análisis que ha tenido en la doctrina y la inexistencia de investigaciones previas al tema en concreto.

5. AMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de estudio en el que se desarrollara, la presente es una investigación Teórica – Práctica, pues se va a trabajar combinando los elementos Dogmáticos y empíricos en el análisis, estos datos se emitirán a los jueces penales de Tacna, toda vez que hasta la actualidad no existen expedientes judiciales en el departamento de Tacna en la cual apliquen las leyes 30304 o el decreto Legislativo 1351, recordemos que ella es para hechos posteriores a las fechas de publicada la norma y aun no se materializan en realidad por medio de sentencias penales.

6. POBLACION Y MUESTRA

6.1. UNIDAD DE ESTUDIO

En el presente gráfico se muestra las unidades de estudio materia de investigación, de la que segregamos la población y muestra, como se puede observar el ámbito de estudio serán los magistrados del departamento de Tacna.

JUZGADO	TOTAL DE JUECES	JUECES ENCUESTADOS
1ro Investigación preparatoria	01	01
2do Investigación preparatoria	01	01
3ro Investigación preparatoria	01	01
4to Investigación preparatoria	01	01
5to Investigación preparatoria	01	01
6to Investigación preparatoria	01	01
1ro Unipersonal	01	01
2do Unipersonal	01	01
3ro Unipersonal	01	00
Investigación preparatoria Alto alianza	01	01
Investigación preparatoria Gregorio A.	01	01
Juzgado Mixto Tarata	01	01
Investigación preparatoria Tarata	01	01
Juzgado Mixto Jorge Basadre	01	01
Juzgado Mixto Candarave	01	01
Juzgado Colegiado	03	03
Sala Apelaciones	03	00
Total	21	17

6.2. POBLACION

La población se determinó en relación al total de magistrados penales en el departamento de Tacna estos corresponden jueces de investigación preparatoria, jueces mixtos, jueces unipersonales, jueces colegiados, jueces superiores; En la presente investigación se determinó que total es 21 magistrados que actualmente se encuentran

ejerciendo como jueces en lo penal en el departamento de Tacna, de ellos se tomara un muestra relevante.

6.3. MUESTRA

Ahora bien una vez determinada la población la cual son 21 Magistrados que laboran en causas penales en el departamento de Tacna equivaliendo a ello al 100.00% de la población, se ha logrado extraer una muestra de 17 magistrados equivalente ello al 80.95% de toda la población, siendo una muestra relevante para la presente investigación, debemos tener en cuenta que al ser sujetos de estudio especializados la muestra resulta ser mucho más confiables al tenor de los resultados que se logren.

7. TECNICAS E INSTRUMENTOS

7.1. TECNICAS

La técnica utilizada en la presente investigación fue la encuesta, la cual es la más viable en la presente investigación por no existir actualmente sentencias condenatorias que utilicen la ley 30304 o el Decreto Legislativo 1351, debemos tener en cuenta que al ser una investigación exploratoria la recopilación de datos resulta ser muy complicada, motivo que en la presente técnica se encuentra dirigida exclusivamente a sujetos especializados en el Derecho Penal como son los Jueces Penales del departamento de Tacna.

Debemos tener en cuenta que una de las variables dependientes, son la independencia de criterio de los jueces, resultado ser los únicos sujetos capaces de resolver el cuestionario los magistrados, pues resulta ser los mas cercanos a la independencia de criterio de los jueces, además de su conocimiento en especializada en un tema tan debatible como es la pena y sus principios rectores, al momento de determinar la pena, disgregándose esta como el quantum de la pena y el carácter de la pena.

7.2. INSTRUMENTOS

El instrumento que corresponde a la presente investigación resulta ser el cuestionario, se debe mencionar que el presente cuestionario materia de investigación se encuentra validada por 02 Magister y 01 Doctor en Derecho, además de contar con 14 preguntas puntuales que desarrollan eficazmente las variables para poder así comprobar la hipótesis específica y general.

Estos cuestionarios fueron determinados por medio de afirmaciones, en las cuales el encuestado debía tomar la decisión entre 5 opciones, las cuales era:

- a) Totalmente de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni en desacuerdo, ni de acuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Totalmente en desacuerdo

Resultando ser estas opciones las más accesibles para el logro de resultados fiables dentro de la presente investigación.

CAPITULO IV

LOS RESULTADOS

1. DESCRIPCION DEL TRABAJO DE CAMPO

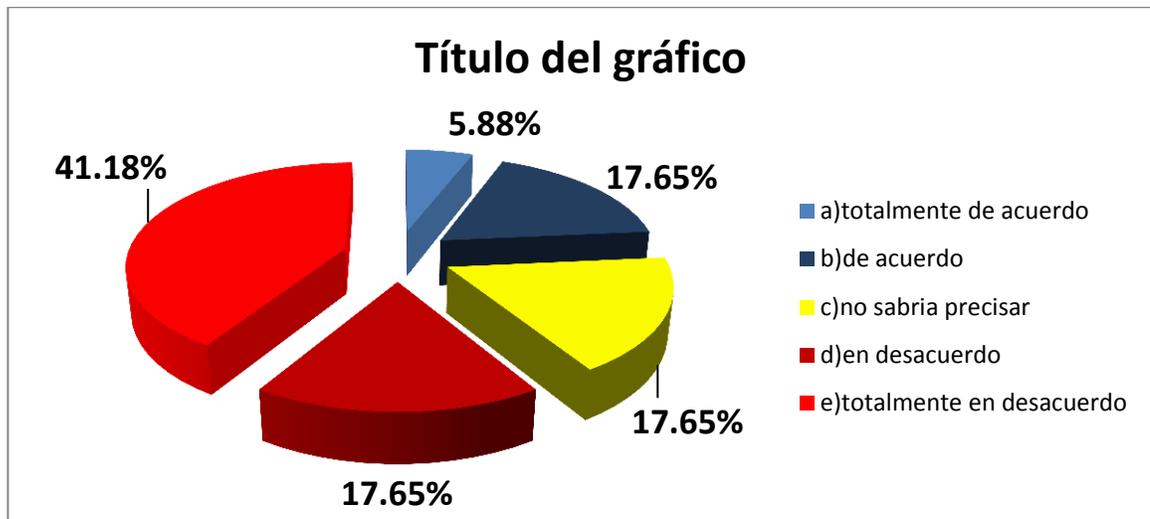
En el trabajo de campo, fue necesario solicitar un permiso de la Corte Superior de Tacna para poder encuestar a los magistrados de la ciudad de Tacna, por su recargada agenda de audiencias de cada uno, volviéndose en una ardua tarea, debemos recalcar que la tesis fue desarrollada a nivel departamental, motivos por los cuales se encesto a las provincias de Tacna como son Tarata, Candarave y Jorge Basadre.

En suma, cuenta se logró encuestar a 17 magistrados de 21, resultando 04 magistrados los no encuestados por motivos de imposibilidad en relaciona su delicada agenda de los jueces superiores y de un juzgado Unipersonal.

2. DISEÑO DE LA PRESENTACION DE LOS RESULTADOS

Los resultados logrados por medio del trabajo son plasmados por medio de datos porcentuales, estos se prismatizarán en gráficos estadísticos.

EJM:



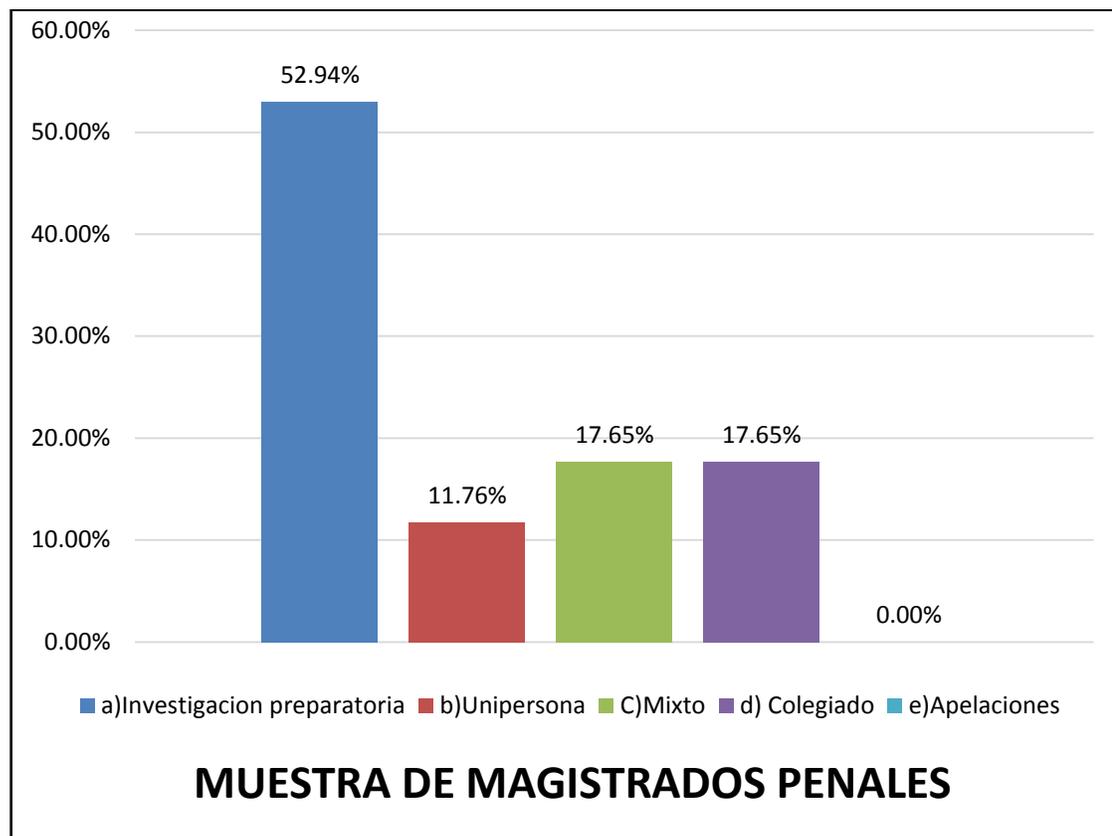
Siendo las tonalidades azules las opciones que dirección al sujeto materia de encuesta a de acuerdo, el amarillo a no sabría precisar, y las tonalidades rojas, al desacuerdo.

3. PRESENTACION DE LOS RESULTADOS

Los resultados adquiridos tras haberse realizado una exhaustiva investigación de campo a 17 Magistrados penales del departamento de Tacna, son 15 cuadros estadísticos, que se refieren a la independencia de criterio de los jueces y a los principios rectores de la pea, el primer cuadro es un cuadro de la pregunta filtro, para poder así dilucidar a que magistrados se encuestaron específicamente, entre ellos tenemos jueces de juzgamiento, jueces mixtos y jueces de investigación preparatoria, donde sus respuestas de cada uno tienen el mismo valor.

TABLA 1***EN QUE JUZGADO EJERCE ACTUALMENTE SUS FUNCIONES***

ALTERTERNATIVA	N°	%
INVESTIGACION PREPARATORIA	9	52.94%
UNIPERSONAL	2	11.76%
MIXTO	3	17.65%
COLEGIADO	3	17.65%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 1

FUENTE: TABLA N° 1

COMENTARIO:

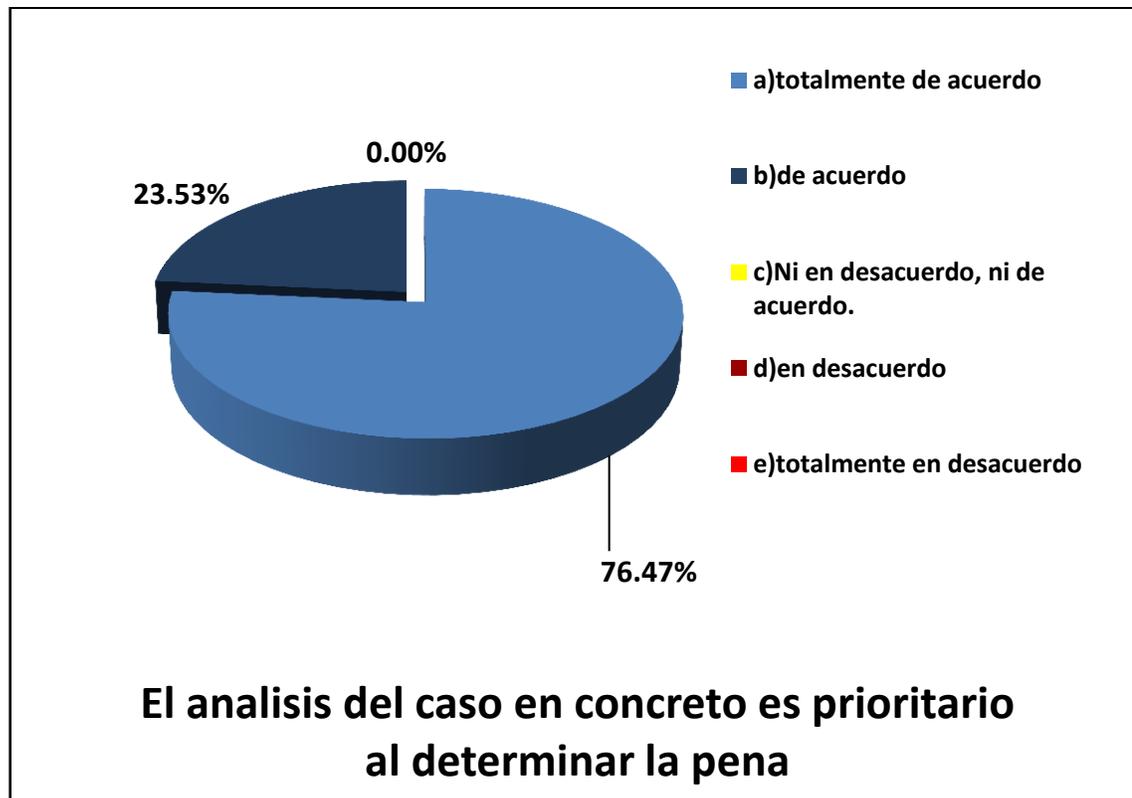
Se ha tomado la muestra de 17 jueces penales que ejercen sus funciones en el departamento de Tacna, se ha buscado la especialización en los jueces penales, específicamente, logrando encuestarse 8 jueces que participan en juicio oral, y 9 de investigación preparatoria, dichos jueces si bien no participan en juicio oral, todos conocían sobre la temática de la presente norma y conocen sobre la independencia de criterio de jueces al tener la calidad a magistrados.

TABLA 2

**PRIORIDAD DEL ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO PARA DETERMINAR
LA PENA**

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	13	76.47%
DE ACUERDO	4	23.53%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 2



FUENTE: TABLA N° 2

COMENTARIO:

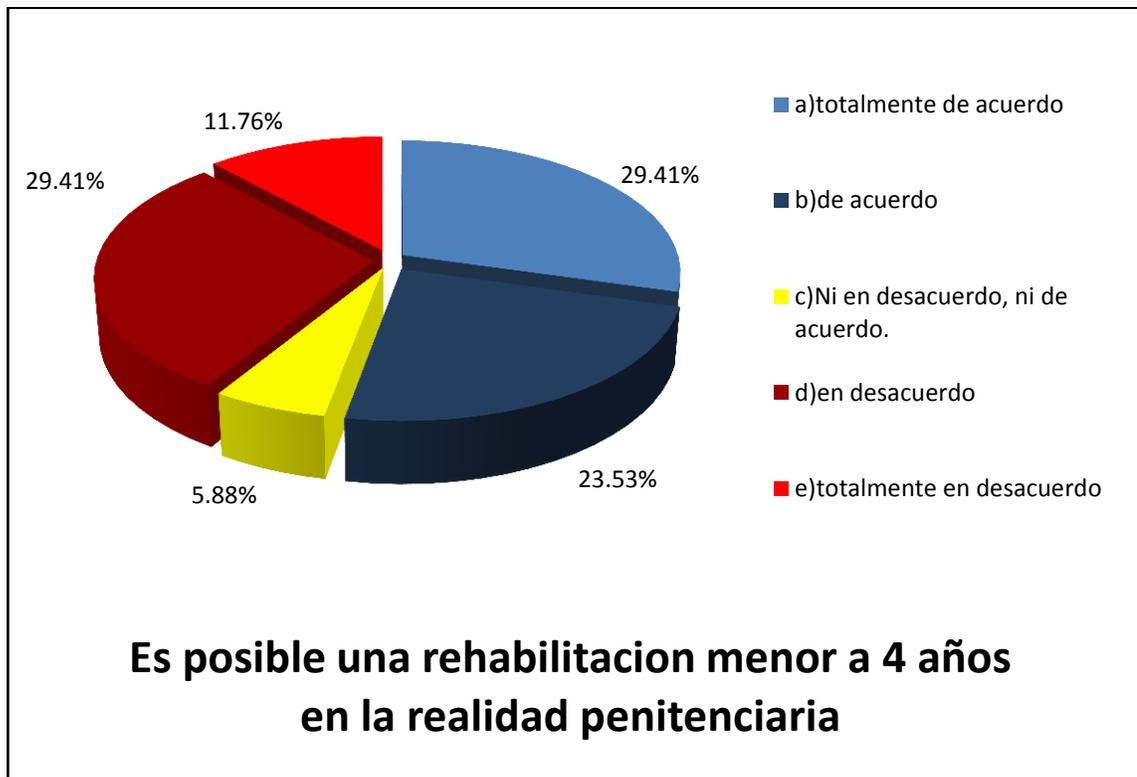
Como se puede observar en el presente gráfico, existe un consenso al 100% de los magistrados entre las opciones del totalmente de acuerdo y el de acuerdo, sobre si el análisis del caso en concreto es un elemento prioritario al momento de determinar la pena, debemos tener en cuenta que la determinación de la pena no solo equivale al quantum de la pena, sino también al carácter de la pena, este cuadro revela que cada caso en singular es único al momento de determinarse la pena, existiendo de plano una imposibilidad jurídica que generalizase esta determinación.

TABLA 3

***ES POSIBLE LA REHABILITACION EN LA REALIDAD PENITENCIARIA
PERUANA, CON UNA PENA EFECTIVA MENOR A 4 AÑOS.***

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5	29.41%
DE ACUERDO	4	23.53%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	1	5.88%
EN DESACUERDO	5	29.41%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	2	11.76%
TOTAL	17	100%

FIGURA 3



FUENTE: TABLA N° 3

COMENTARIO:

En el presente grafico la visión sobre si es posible una rehabilitación penitenciaria en menos de cuatro años en nuestra realidad penitenciaria, debemos recordar que la rehabilitación en las penas efectivas resulta ser difícil en un corto plazo, si hubo un amplio grupo de magistrados que se encontraban de acuerdo como es el 53%, hubo un grupo de magistrados que consideran muy difícil o imposible una real rehabilitación del sentenciado.

TABLA 4

**LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CON CARÁCTER DE SUSPENDIDA ES
UNA MEDIDA NECESARIA EN NUESTRO SISTEMA PENAL**

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	9	52.94%
DE ACUERDO	6	35.29%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	2	11.76%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 4



FUENTE: TABLA N° 4

COMENTARIO:

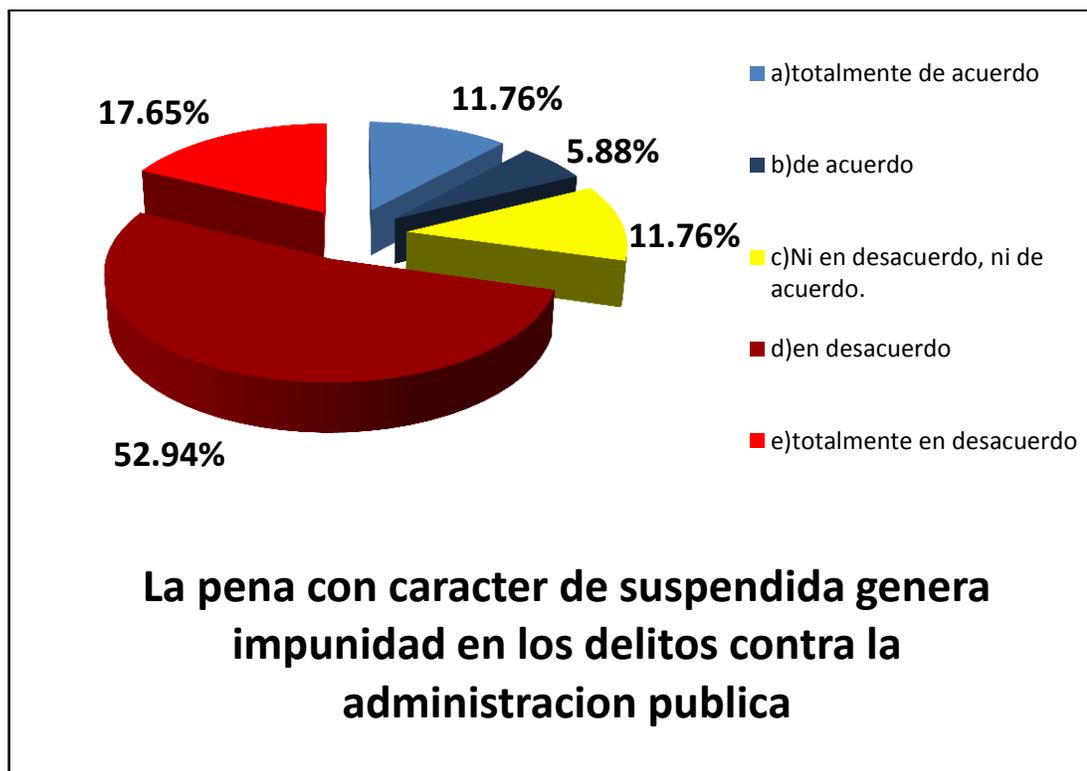
Aquí una gran mayoría considero que la pena suspendida, amparada en nuestro Código Penal parte general es una medida penal necesaria, en nuestro sistema penitenciario, en este punto debemos considerar una reflexión de nuestro sistema penitenciario, si es capaz o no de soportar el peso de todos los sentenciados sin la existencia de una pena con carácter de suspendida, se debe mencionar que no existe otros parámetros similares en nuestro sistema penal, sobre la obligación de la pena con carácter de efectiva.

TABLA 5

**LA PENA CON CARÁCTER DE SUSPENDIDA GENERA IMPUNIDAD EN LOS
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	2	11.76%
DE ACUERDO	1	5.88%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	2	11.76%
EN DESACUERDO	9	52.94%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	3	17.65%
TOTAL	17	100%

FIGURA 5



FUENTE: TABLA N° 5

COMENTARIO:

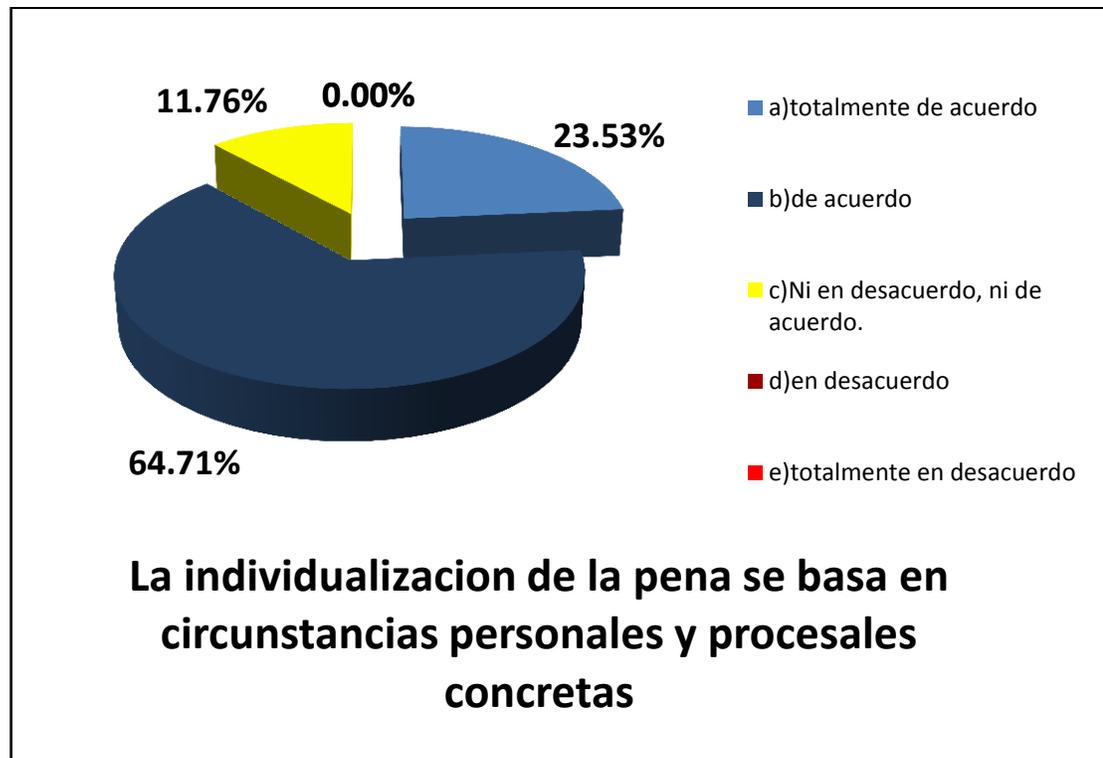
Este debate fue una de las causales para la creación de la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, pues se menciona que la pena con carácter de suspendida en los delitos contra la administración pública generan impunidad, razón por la cual los magistrados al resolver el cuestionario, gran parte está en desacuerdo que genera impunidad, existiendo un 70% que opina en ese sentido, debemos hacer mención que un 18% de jueces opina que si se genera impunidad en los delitos contra la administración pública, al emitirse sentencias con carácter de suspendida, el presente autor considera que no se genera impunidad, por ser una pena privativa de libertas, pues si bien no tiene el carácter de efectivo, es una pena valida en nuestro sistema penal.

TABLA 6

**LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA SE BASA EN CIRCUNSTANCIAS
PERSONALES Y PROCESALES CONCRETAS**

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	9	52.94%
DE ACUERDO	6	35.29%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	2	11.76%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 6



FUENTE: TABLA N° 6

COMENTARIO:

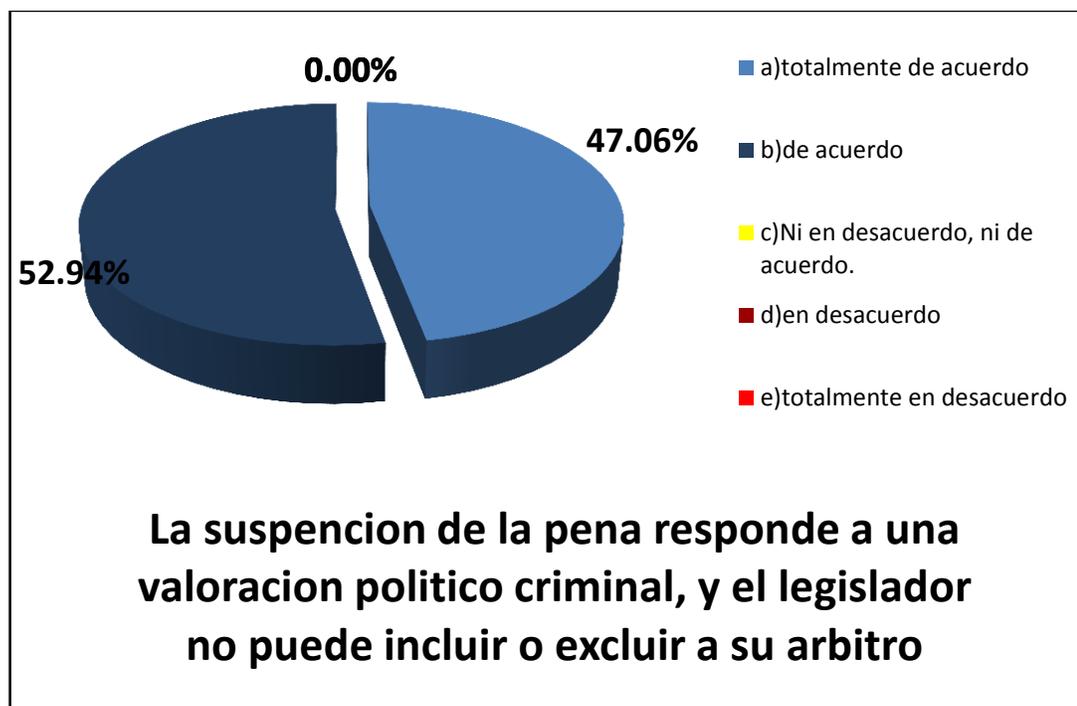
De igual forma en el presente grafico se busca dar luces si la individualización de la pena, no se basa en parámetros objetivos y generales, sino más bien en circunstancias personales y procesales concretas, en donde la gran mayoría de magistrados se encontraban de acuerdo en que la individualización de la pena debe basarse en circunstancias concretas, es decir en el caso específico, tomando en cuenta agravantes y atenuantes.

TABLA 7

LA SUSPENSIÓN DE LA PENA RESPONDE A UNA VALORACION POLITICA CRIMINAL, Y NO ES ALGO QUE EL LEGISLADOR PUEDE EXLUIR O INCLUIR A SU ARBITRO.

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	8	47.06%
DE ACUERDO	9	58.82%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 7



FUENTE: TABLA N° 7

COMENTARIO:

En el grafico N° 7 se busca dar respuesta a si la suspensión de la ejecución de la pena, responde a una valoración político criminal que sostiene criterios materiales de los fines de la pena, y no es algo que se pueda incluir o excluir a la arbitrariedad del legislador, donde existió un consenso del 100% de magistrados que se encontraron de acuerdo con esa afirmación.

TABLA 8

EXISTEN MEJORES VIAS PENITENCIARIAS QUE LA PENA EFECTIVA EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	6	35.29%
DE ACUERDO	9	52.92%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	1	5.88%
EN DESACUERDO	1	5.88%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 8



FUENTE: TABLA N° 8

COMENTARIO:

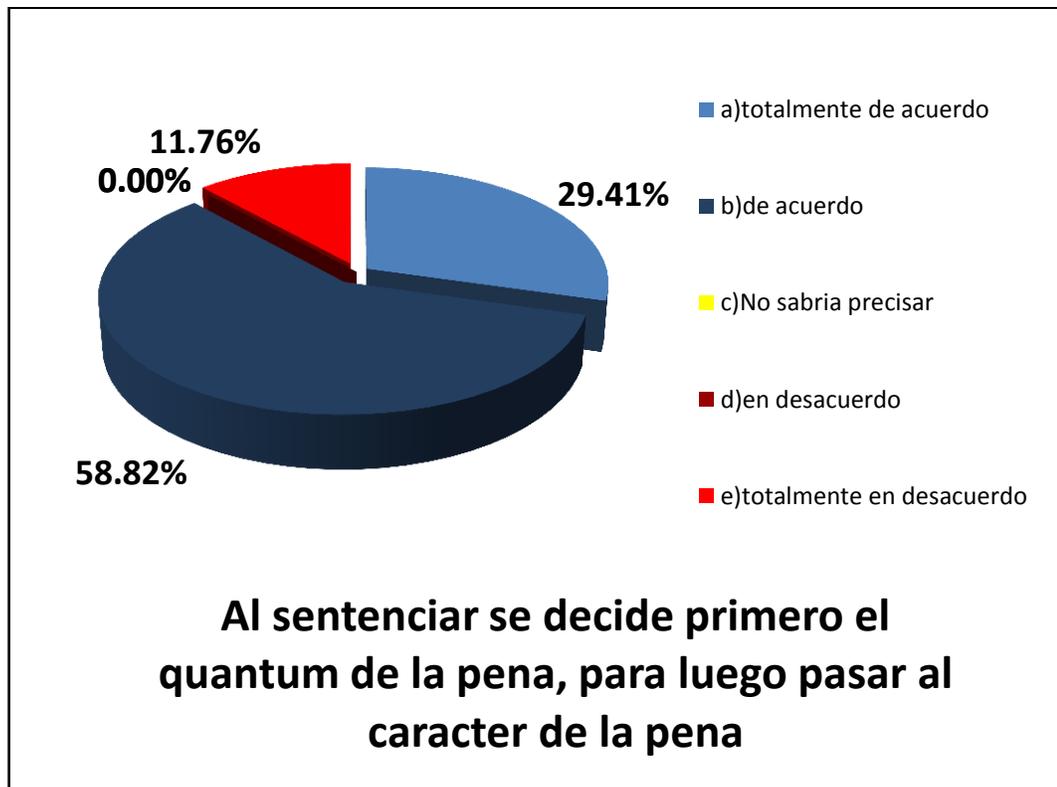
En el grafico N° 8 en el cuestionario se preguntó si existen mejores vías penitenciarias, que la pena con carácter de efectiva en los delitos de corrupción, inhabilitación, servicio comunitario, etc; Un alto porcentaje como es el 87% de magistrados consideran que existen mejores vías penales para solucionar la aplacante corrupción en el Estado, entre ella un fuerte aliado serian la inhabilitación, la reparación civil, la multa, se debe comprende que la pena efectiva no es el único remedio existente que nos brinda el Código Penal como pena o consecuencia accesoria para demostrar el ius punendi del Estado.

TABLA 9

AL SENTENCIAR SE DECIDE PRIMERO EL QUANTUM DE LA PENA, PARA LUEGO PASAR AL CARÁCTER DE LA PENA

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	5	29.41%
DE ACUERDO	10	58.82%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	0	0%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	2	11.76%
TOTAL	17	100%

FIGURA 9



FUENTE: TABLA N° 9

COMENTARIO:

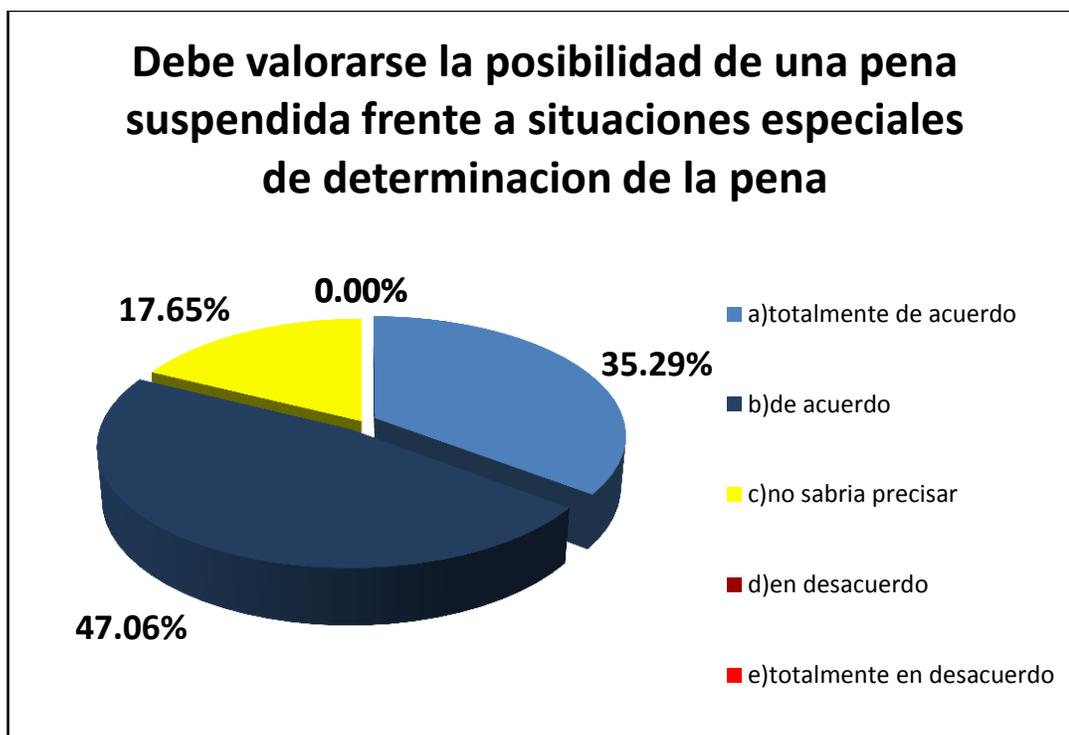
De igual manera en el presente grafico una amplia mayoría de magistrados al momento de sentenciar decide primero el quantum de la pena para luego pasar al carácter de la pena, ahora bien la ley 30304 y el decreto legislativo 1351, al obligar a los jueces a declarar efectiva en todos los casos, impide la decisión del carácter de la pena, dejando al magistrado solo la posibilidad de manifestarse válidamente sobre el quantum de la pena lo que afecta claramente la independencia de criterio de los jueces.

TABLA 10

FRENTE A SITUACIONES ESPECIALES AL MOMENTO DE DETERMINAR LA PENA DEBE VALORARSE LA POSIBILIDAD DE UNA PENA CON CARÁCTER DE SUSPENDIDA

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	6	35.29%
DE ACUERDO	8	47.06%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	3	17.65%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 10



FUENTE: TABLA N° 10

COMENTARIO:

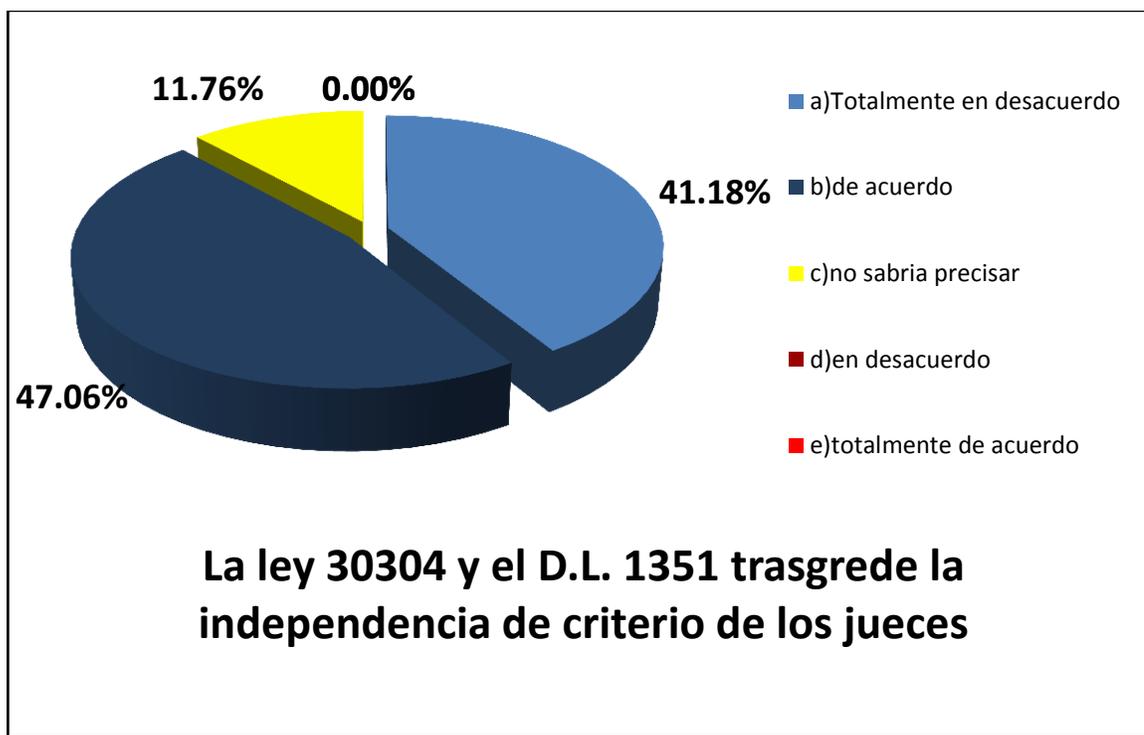
Existen ciertas situaciones especiales como atenuantes o recursos procesales como la conclusión anticipada, terminación anticipada o confesión sincera, la cuales disminuyen de manera proporcional la pena, ahora bien de igual manera una mayoría considerable de magistrados considera que frente a situaciones especiales de individualización de la pena (Confesión, Terminación Anticipada, criterios de atenuación de la pena, etc) Debe valorarse la posibilidad de una pena con carácter de suspendida.

TABLA 11

***LA RESTRICCIÓN DE LA VALORACIÓN DEL CARÁCTER DE LA PENA EN LOS
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, TRASGREDE LA
INDEPENDENCIA DE CRITERIO DE LOS JUECES***

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	7	41.18%
DE ACUERDO	8	47.06%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	2	11.76%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 11



FUENTE: TABLA N° 11

COMENTARIO:

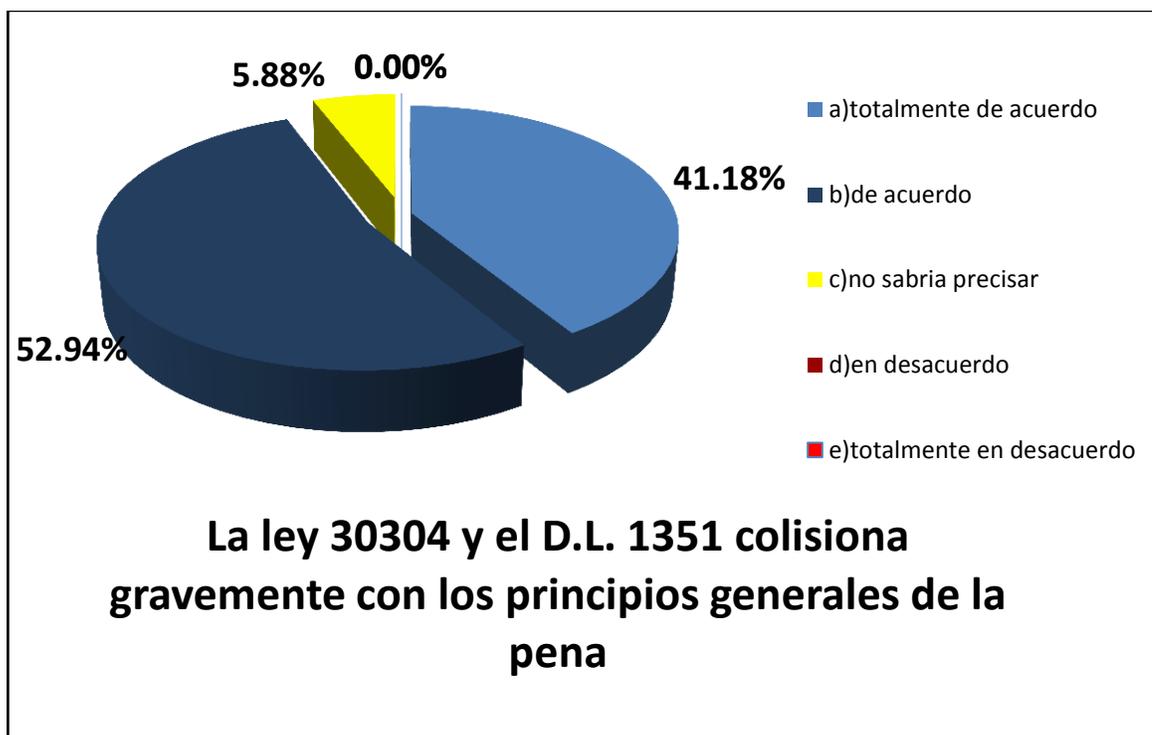
El grafico N° 11 de igual manera existe un evidente consenso en que la restricción de la valoración del carácter de la pena en los delitos de corrupción de funcionarios, trasgrede la independencia de criterio de los jueces, se debe mencionar que ningún magistrado se encontró en desacuerdo con dicha afirmación, encontrándose de acuerdo en que se afecta evidentemente que la ley 30304 y el decreto legislativo 1351 afecta la independencia de criterio de los jueces.

TABLA 12

**LA LEY 30304 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1351 COLISIONA GRAVEMENTE
CON LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA
PENA**

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	7	41.18%
DE ACUERDO	9	52.94%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	1	5.88%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	0	0%
TOTAL	17	100%

FIGURA 12



FUENTE: TABLA N° 12

COMENTARIO:

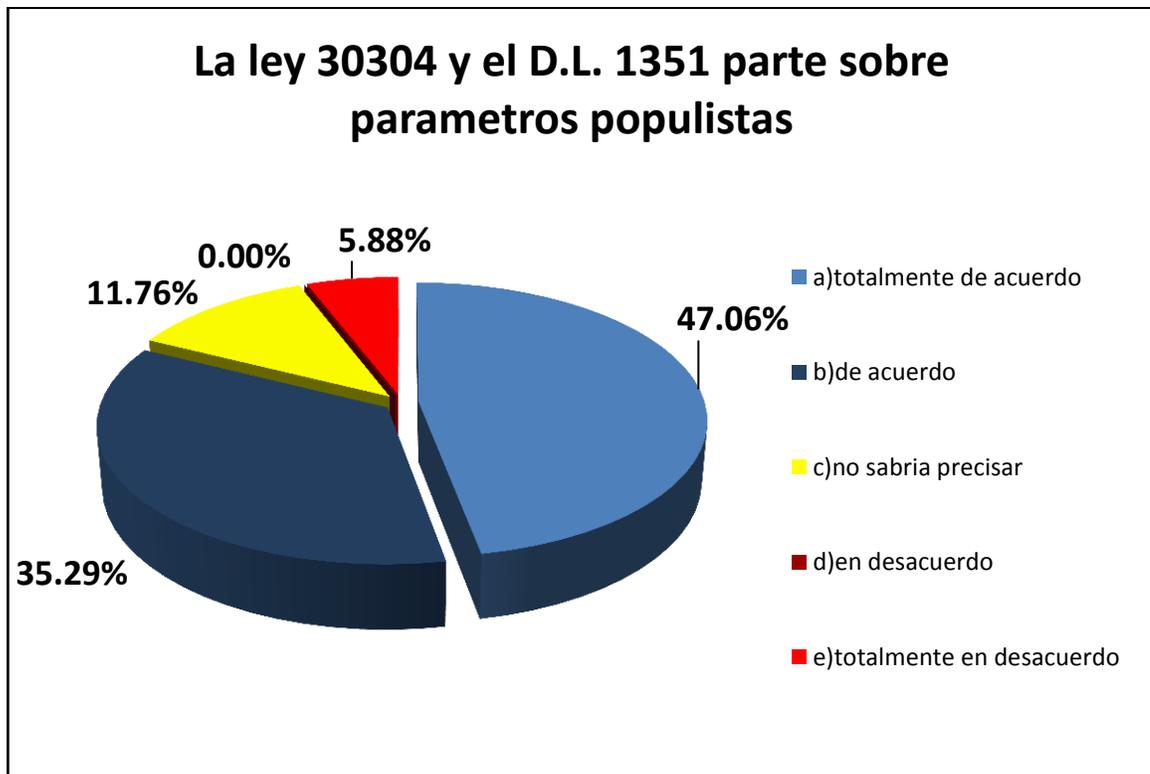
El Grafico N° 12 explica la opinión casi completa de que la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, leyes que obligan a los jueces a imponer penas efectivas en los delitos de corrupción de funcionarios, colisiona gravemente con los principios generales de la pena como el de proporcionalidad y razonabilidad, se debe hacer hincapié en que no existe ninguna opinión en desacuerdo a dicha afirmación siendo claro que existe una grave afectación a dos principios tan trascendentes como son el de proporcionalidad y razonabilidad de las penas.

TABLA 13

**LA LEY 30304 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1351 PARTE SOBRE
PARAMETROS POPULISTAS**

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	8	47.06%
DE ACUERDO	6	35.29%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	2	11.76%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	1	5.88%
TOTAL	17	100%

FIGURA 13



FUENTE: TABLA N° 13

COMENTARIO:

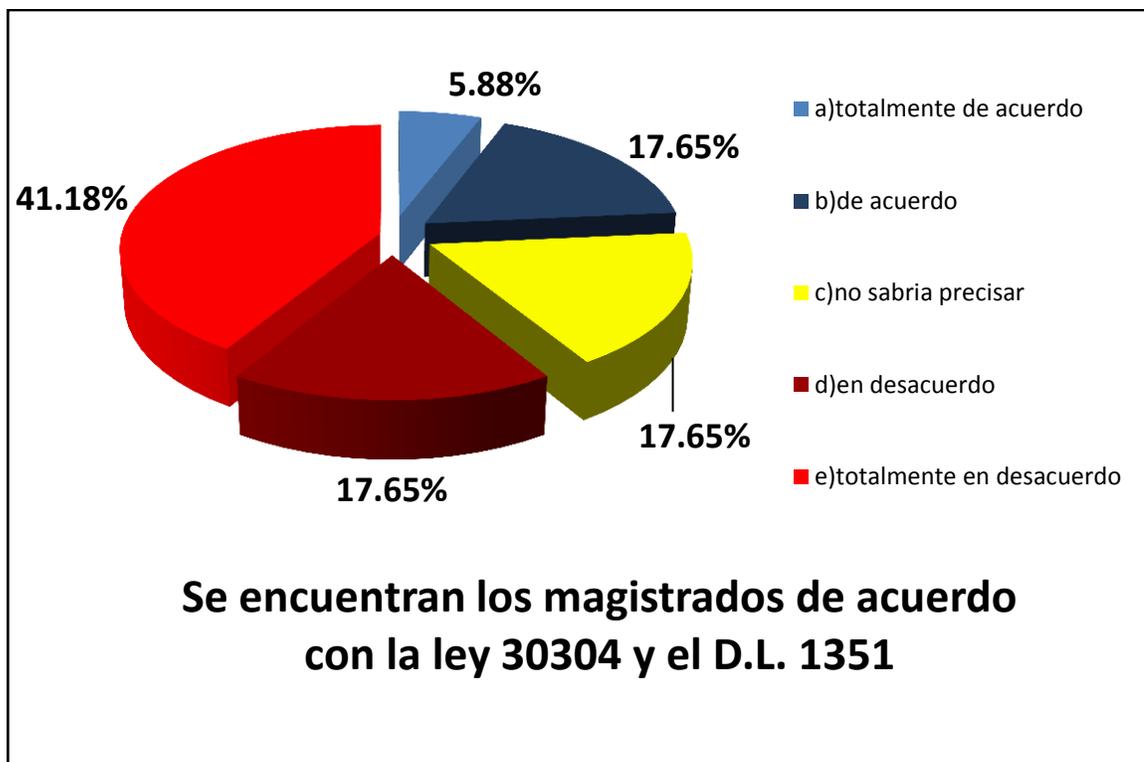
La ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, al obligarse a imponer pena con carácter de efectivo en los delitos de corrupción, parte más de parámetros populistas penales, que criterios político criminal, esta afirmación de igual manera resulta ser muy notoria en las mencionadas leyes, existiendo solo 1 magistrado en contra, y dos magistrados que no opinaron, pudiendo comprobar adicionalmente que el populismo punitivo es una realidad latente en nuestro sistema normativo.

TABLA 14

**LOS MAGISTRADOS SE ENCUENTRAN DE ACUERDO CON LA VIGENCIA DE
LA LEY 30304 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1351**

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	1	5.88%
DE ACUERDO	3	17.65%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	3	17.65%
EN DESACUERDO	3	17.65%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	7	41.18%
TOTAL	17	100%

FIGURA 14



FUENTE: TABLA N° 14

COMENTARIO:

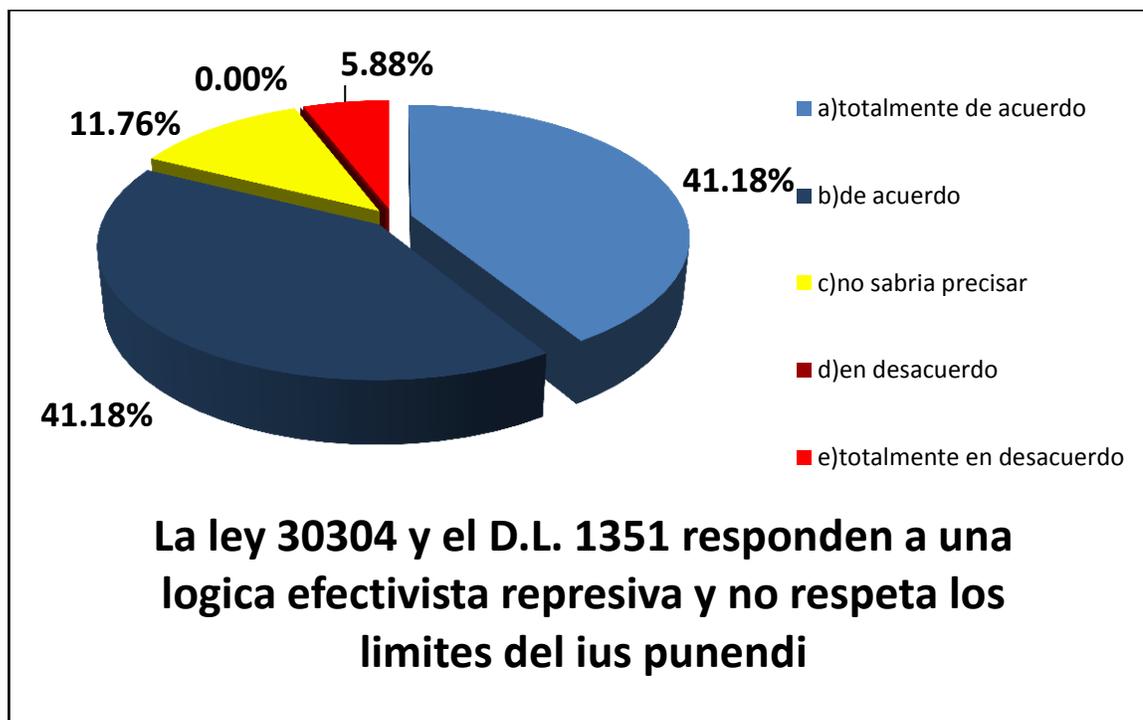
El grafico N° 14 nos otorga luces claras de la opinión de los magistrados de forma directa con la ley 30304 y el decreto legislativo 1351 , en el cual se cuestionó si se encuentra de acuerdo con la vigencia de la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, que obliga a los magistrados a imponer la pena con carácter de efectiva en los delitos de corrupción de funcionarios, en el que un 48% se encontraban totalmente en desacuerdo, 17% de acuerdo, un 17% no opinaron, por otra parte un pequeño grupo se encontraba a favor de la norma, pero no totalmente.

TABLA 15

LA LEY 30304 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1351, RESPONDEN A UNA LÓGICA EFECTIVISTA REPRESIVA Y NO RESPETA LOS LÍMITES DEL IUS PUNENDI DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO.

ALTERTERNATIVA	N°	%
TOTALMENTE DE ACUERDO	7	41.18%
DE ACUERDO	7	41.18%
NI EN DESACUERDO, NI DEACUERDO	2	11.76%
EN DESACUERDO	0	0%
TOTALMENTE EN DESACUERDO	1	5.88%
TOTAL	17	100%

FIGURA 15



FUENTE: TABLA N° 15

COMENTARIO:

Para concluir en un primer plano debemos tener en cuenta que la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, responden a una lógica efectivista represiva y no respeta los límites del ius punendi de un Estado social y democrático, existiendo un 83% de magistrados que se encuentran de acuerdo con dicha afirmación, siendo datos relevantes para la comprobación futura de las hipótesis, pues al no respetarse los límites del ius punendi la afectación no solo a la independencia de criterio de jueces sino también a principios rectores del derecho como es la proporcionalidad y razonabilidad se ven vulnerados

4. COMPROBACION DE HIPOTESIS

Para la comprobación de nuestras hipótesis se ha tenido en cuenta que se está investigando casos no ordinarios en los que inciden los efectos de la variable independiente, por lo que no se pretende demostrar que la mayoría absoluta de los casos han corrido la suerte de las hipótesis planteadas, sino solamente la existencia de índices y proporciones significativas, para ello realizaremos la comprobación a través del Análisis Cualitativo en función de estadística descriptiva utilizando los porcentajes obtenidos para inferir de la información tabulada nuestra confirmación o rechazo de las hipótesis.

4.1. HIPOTESIS ESPECIFICA 1

“Al obligarse por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios se afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, debido a que no pueden hacer uso de su discrecionalidad al imponerse una pena.”

El grafico N° 11 respecto a la independencia de criterio de los jueces se puede observar que un 88% de la muestra encuestada de magistrados de Tacna, señala que la Ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351 trasgrede significativamente la independencia de criterio de los jueces, mientras que un 12% no puede precisar esta afirmación, lo cual demuestra una irrefutable sensación de afectación significativa a la independencia de criterio de los jueces, se debe tener en cuenta que ni un solo magistrado opinaba lo contrario, existiendo un quórum en relación a esta afirmación; Por otra parte el grafico N° 13 y el grafico N° 15 nos brinda más luces sobre esta afectación, pues de igual manera que la anterior, pues en los dos casos existen un 82% que considera que la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, al obligarse a imponer pena con carácter de efectivo en los delitos de corrupción, parte más de parámetros populistas penales, que criterios político criminal, además que la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, responden a una lógica efectivista represiva y no respeta los límites del ius punendi de

un Estado social y democrático, demostrando estas afirmaciones un evidente descontento en la población de magistrados con las presentes normas, debemos además tener en claro que las normas populistas, es decir normas penales que son emitidas fuera de los límites dogmáticos penales y solo buscan satisfacer a las masas en su clamor popular diario de una supuesta justicia responden normalmente a una lógica efectivista represiva, siendo esto un retroceso notorio en la lucha contra la corrupción, pues existen normas de mejores parámetros en la lucha contra la corrupción que requieren mayores impulsos y dedicación, Ahora bien para corroborar aún más la hipótesis es necesario saber si los magistrados se encuentran de acuerdo con la vigencia de la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, que obliga a los magistrados a imponer la pena con carácter de efectiva en los delitos de corrupción de funcionarios, en el cual se generó un pequeño debate, pues si bien no existen un consenso por parte de los magistrados una mayoría de 59% no se encuentran de acuerdo con esta norma, muchos de ellos expresaron que era por la restricción de pensamiento del propio juez además de ser una norma claramente populista que no respeta los parámetros de la dogmática penal, por otra parte hubo un 23% que si se encontraba de acuerdo, por lo expresado en un grupo de ellos, consideraron que si bien afectaba ciertos derechos era una medida necesaria para poder disminuir de alguna forma la corrupción.

Se debe tener en cuenta que esta norma resultara ser caótica cuando las sentencias empiecen a emitirse, toda vez que los magistrados en muchos casos preferirán la absolución que la pena efectiva en casos en concreto donde si bien se prueba la culpabilidad la afectación al rol determinado del sujeto activo no amerita una pena efectiva, generándose ahí, realmente una impunidad, la única salida para los magistrados a esta norma sería un control difuso, pero en una reflexión de un magistrado encuestado nos preguntamos, cuantos jueces realizan control difuso y más aún cada cuanto tiempo realizan este control difuso.

Por lo tanto se procede **CONFIRMAR LA HIPOTESIS** en el sentido que al obligarse por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos de

peculado doloso y colusión, se afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, debido a que no pueden hacer uso de su discrecionalidad al imponerse una pena, además que los datos logran dar luces sobre el descontento de los magistrados con las normas materia de investigación.

5. HIPOTESIS ESPECIFICA 2

“La aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrediría significativamente el principio proporcionalidad y razonabilidad de la pena, pues no se están considerando este principio rector fundamental de la pena.”

Como punto primigenio en la presente Hipótesis tenemos los resultados expresados en el grafico N° 12 donde se presenta una afirmación directamente relacionada a la presente hipótesis, la cual es si la ley 30304 y el Decreto Legislativo 1351, leyes que obligan a los jueces a imponer penas efectivas en los delitos de corrupción de funcionarios, colisiona gravemente con los principios generales de la pena como el de proporcionalidad y razonabilidad, en la cual un abrazante 94% considera que si se afectan estos principios rectores al momento de determinar la pena, con solo un 6% que no sabría precisar ello, y 0% que se encontraban en contra.

Esta Hipótesis está estrechamente relacionada a la determinación de la pena en la que se debe mencionar el grafico N° 2 en el que un 100% de magistrados coinciden que el análisis del caso en concreto es prioritario al momento de determinar la pena, además el Grafico N° 4 con un 88% de magistrados que se encuentran de acuerdo que la pena suspendida es una medida necesario en nuestro sistema penal, en el cuadro de la realidad penitenciaria peruana claro está, con un solo 12% que no sabría precisar; Por otro lado en el grafico N° 5 se puede observar que un 70% no se encuentra de acuerdo en que la pena con carácter de suspendida genera impunidad en los delitos contra la administración pública, cabe resaltar que este fueron uno de los puntos fuertes de la norma en su exposición de motivos.

Sobre la importancia de la individualización de la pena, tenemos el grafico N° 6 y N° 10 en las que se afirma que la individualización de la pena, no se basa en parámetros objetivos y generales, sino más bien en circunstancias personales y procesales concretas, en la que un 88% se encontraba de acuerdo con ello, además de tener que Frente a situaciones especiales de individualización de la pena (Confesión, Terminación Anticipada, criterios de atenuación de la pena, etc) Debe valorarse la posibilidad de una pena con carácter de suspendida, en la que los magistrados con un 82% consideran que obligatoriamente debe valorarse las posibilidades de una pena con carácter de suspendida

Por ultimo según el grafico N° 8 el 88% considera que existen mejores vías penitenciarias que la pena efectiva en los delitos contra la administración pública cometida por funcionarios o servidores públicos, estas pueden ser un real cobro y correcta ejecución de la Reparación civil, una inhabilitación considerable en los delitos dolosos, la pena de multa o los servicios comunitarios, teniendo en cuenta en conjunto la posibilidad de la pena suspendida, para que frente a incumplimientos se pueda revocar esta prisión suspendida y volverse en pena privativa de libertad con carácter de efectiva.

Por lo tanto se procede a **CONFIRMA LA HIPOTESIS** en el sentido que la aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrediría de significativamente el principio proporcionalidad y razonabilidad de la pena, pues no se están considerando este principio rector fundamental de la pena.

4.3. HIPOTESIS GENERAL

“La prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena por

cuanto el último párrafo del artículo 57 del Código Penal obliga a los jueces penales a imponer penas efectivas.”

Los resultados presentados en la primera hipótesis específica confirma que al obligarse por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos de peculado doloso y colusión, se afecta significativamente la independencia de criterio del juez, debido a que no pueden hacer uso de su discrecionalidad al imponerse una pena.

Asimismo los resultados presentados en la segunda hipótesis específica confirma que la aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrede significativamente el principio proporcionalidad y razonabilidad de la pena, pues no se están considerando este principio rector fundamental de la pena.

Por lo tanto se procede a **CONFIRMAR LA HIPOTESIS GENERAL** en el sentido de que la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena por cuanto el último párrafo del artículo 57 del Código Penal obliga a los jueces penales a imponer penas efectivas.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSION

PRIMERA.-

La ley 30304 y el Decreto legislativo 1351 al obligar a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos de peculado doloso y colusión, se afecta significativamente la independencia de criterio del juez, evidenciándose una clara disconformidad con la mencionada norma, al restringirse a los magistrados su discrecionalidad al momento de decidir la pena esto equivale también al carácter de la pena, pues el Código Penal parte general permitía la pena suspendida en otros delitos excepto en los delitos contra la administración pública, sin una fundamentación clara que cumpla con los parámetros de la dogmática penal actual, siendo una norma arbitraria que lo único que hace es generar una incertidumbre jurídica al momento de resolver la determinación de la pena de un condenado, además de ser una norma que parte más de criterios populistas que criterios políticos criminales.

SEGUNDA.-

La aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrede significativamente el principio proporcionalidad y razonabilidad de la pena, pues no se están considerando este principio rector fundamental de la pena, existiendo mejores vías penitenciarias que la pena efectiva en los delitos contra la administración pública cometida por funcionarios o servidores públicos, estas pueden ser un real cobro y correcta ejecución de la Reparación civil, una inhabilitación considerable en los delitos dolosos, la pena de multa o los servicios comunitarios, teniendo en cuenta en conjunto la posibilidad de la pena suspendida, para que frente a incumplimientos se pueda revocar esta prisión suspendida y volverse en pena privativa de libertad con carácter de efectiva, además de ser la pena con carácter de suspendida una medida necesaria en nuestro sistema penitenciario actual, pues no se debe tener en claro que no se genera impunidad en la imposición de una pena con carácter de suspendida.

TERCERA.-

Existe evidentes afectaciones que genera la vigencia de la modificación del último párrafo del artículo 57 del Código Penal, se debe hacer mención que a la fecha de culminar la presente investigación se emitió la Ley 30710, que extiende este artículo para los delitos de agresiones contra las mujeres y el delito de lesiones leves en ciertos numerales, afectándose en todos los casos la independencia de criterio de los jueces y los colisionando con los principios rectores de la pena, es por ello que esta norma requiere una derogación de suma urgencia pues estas normas responden a una lógica efectivista represiva y no respeta los límites del ius punendi de un Estado social y democrático, como se ha podido demostrar en la presente investigación.

2. RECOMENDACIÓN

Para la presente tesis se otorgara una recomendación única en base a lo ya investigado y concluido, dicha recomendación será una modificatoria legislativa que consta en lo siguiente:

1. PROPUESTA

1.1. NORMA QUE DEBE CORREGIRSE

La norma a modificarse es la contenida en el CÓDIGO PENAL VIGENTE EL LIBRO DE PARTE GENERAL, TITULO III DE LAS PENAS, CAPITULO IV SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, específicamente en el artículo 57 el cual nos dice:

“Artículo 57.- Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código.”

1.2. NUEVA NORMA

A continuación como solución a la problemática estudiada presentaremos el siguiente proyecto:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE DEROGA EL ULTIMO PÁRRAFO DEL ARTICULO 57 DEL CODIGO PENAL, REFERIDO A LA PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS DOLOSOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 384, 387, SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 389, 395, 396, 399, Y 401 DEL CÓDIGO

LEY QUE DEROGA EL ULTIMO PÁRRAFO DEL ARTICULO 57 DEL CODIGO PENAL

FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA:

HA DADO LA SIGUIENTE LEY

ARTICULO 1.–“Derogar el último párrafo artículo 57 último párrafo del Código penal, referido a la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código”

• LA CUAL ESTABLECE:

“Artículo 57.- Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un

nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código.”

- **LA CUAL ESTABLECERÁ UNA VEZ DEROGADA:**

“ARTÍCULO 57.- REQUISITOS

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.”

ARTÍCULO 2.- VIGENCIA DE LA NORMA

La presente Ley tendrá la vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial el peruano.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Existen evidentes afectaciones que genera la vigencia de las modificaciones del último párrafo del artículo 57 del Código Penal, por la ley 30304 y el decreto legislativo 1351, claros ejemplos serian obligar a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos de peculado doloso y colusión, se afecta significativamente la independencia de criterio del juez, evidenciándose una clara disconformidad con la mencionada norma, al restringirse a los magistrados su discrecionalidad al momento de decidir la pena esto equivale también al carácter de dicha pena, pues el Código Penal parte general permitía la pena suspendida en otros delitos, generándose singularidades semejantes a un derecho penal no garantista, siendo una norma arbitraria que lo único que hace es generar una incertidumbre jurídica al momento de resolver la determinación de la pena de un condenado, además de ser una norma que parte más de criterios populistas que criterios políticos criminales.

Además esta aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgrede significativamente el principio proporcionalidad y razonabilidad de la pena, pues no se están considerando este principio rector fundamental de la pena, existiendo mejores vías penitenciarias que la pena efectiva en los delitos contra la administración pública cometida por funcionarios o servidores públicos, estas pueden ser un real cobro y correcta ejecución de la Reparación civil, una inhabilitación considerable en los delitos dolosos, la pena de multa o los servicios comunitarios, teniendo en cuenta en conjunto la posibilidad de la pena suspendida, para que frente a incumplimientos se pueda revocar esta prisión suspendida y volverse en pena privativa de libertad con carácter de efectiva, además de ser la pena con carácter de suspendida una medida necesaria en nuestro sistema penitenciario actual, pues no se debe tener en claro que no se genera impunidad en la imposición de una pena con carácter de suspendida.

Estas afectaciones nos llevan a un estado de incertidumbre jurídica, pues la obligación de declarar penas efectivas obligatorias en los casos de los delitos contra la

administración pública, generara dos evidentes formas de resolver, la primera es que si bien los magistrados al condenar con pena efectiva, existen posibilidades que un sujeto que genere una mínima lesividad siendo su primer proceso purgue su condena en un establecimiento penitenciario o peor aun siendo tal vez inocente, pues recordemos que en muchos de estos delitos como la colusión o la negociación incompatible la prueba indiciaria es fundamental y sobre todo los roles de los funcionarios, la no diferenciación entre cada funcionario o servidor u otros elementos que puedan permitir la individualización de la pena convierte una decisión mecánica al carácter de la pena, otra opción de los magistrados que si crearía impunidad, seria las absoluciones en los delitos mínimos, siendo preferente a una sentencia condenatoria efectiva, en un caso que el juez considere que este no la merece, siendo un retraso a la lucha contra la corrupción, que el Estado inicio hace ya muchos años.

ANALISIS DEL COSTO BENEFICIO

El presente proyecto de ley no generara un gasto adicional para el erario público.

BIBLIOGRAFIA

ABANTO VASQUEZ, Manuel, Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, Editorial PALESTRA, Lima-Perú, año 2003.

ALFONSO DE BARRETO, INOCENCIA, Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy, Revista de Asunción - Paraguay, Septiembre 2013: [<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Inocencia-Alfonso-Teor%C3%ADa-de-la-pena.pdf>].

BAEZ MARTINEZ, Roberto; Manual de Derecho Administrativo, Editorial TRILLAS, Mexico DF-Mexico, año 1990.

BASADRE GRHOMAN, Jorge; La promesa de la vida peruana y otros ensayos, Lima-Perú, Editorial JUAN MEJIA BACA, año 1958.

BECARIA CESARE, De los Delitos y de las Penas, Editores Importadores S.A. Primera Edición, Lima- Perú 2013.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo; Delitos de Corrupción de funcionarios, Editorial GACETA JURIDICA S.A., Primera edición, Lima-Perú, año 2012.

BERNALDO DE QUIROS, Constancio; Derecho Penal, Vol. II, Editorial CAJICA, Puebla-México, año 1957.

CARDENAS RUIZ, MARIO, Las Teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal, Ver Online: [<http://www.derechocambiosocial.com/revista002/pena.htm>]

CARO CORIA, DINO CARLOS- Nota sobre la Individualización Judicial de la Pena en el Código Penal Peruano ver online:

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/131999/Tjrra1de2.pdf;jsessionid=E5E4DEAA5443A403B1A13BA9D0A8F119?sequence=6>

CARO JOHN, José Antonio, Problemas fundamentales de la parte General del Código Penal, Editorial PUCP, Lima-Perú, año 2009.

CARRARA Francisco; “Programa de Derecho Criminal”, Parte General, Volumen I, Editorial Temis, Colombia – Bogotá, año 1971

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; Corrupción y delitos contra la administración pública, Editorial UNIEVRSIDAD DEL ROSARIO, Primera Edición, Bogotá-Colombia.

CEA EGAÑA, José Luis; Sobre el principio de legalidad presupuestaria, Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 3, año 1992.

CUERVO PONTON, Luis Enrique; Política criminal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia, año 1988.

CHAPARRO GUERRA, Ayar; Fundamentos de la Teoría del Delito, Editorial GRIJLEY, Lima-Perú, año 2011.

DROMI, José Roberto; Derecho Administrativo, Editorial CIUDAD ARGENTINA, tercera edición, Buenos Aires-Argentina, año 1994.

DURÁN MIGLIARDI MARIO, Teorías Absolutas de la Pena: origen y fundamentos, Año 2011, Volumen 67, [<http://www.revistafilosofia.uchile.cl/index.php/RDF/article/viewFile/18131/18949>].

FRISANCHO APARICIO; Manuel, Código Penal Tomo VII, Editorial JURIDICA, Lima-Perú, año 1998.

GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis; El delito de colusión, Editorial GRIJLEY, Lima-Perú, año 2008.

GONZÁLEZ HARKER Luis Jorge, Situación Penitenciaria y Pena Privativa de la Libertad, Pontificia Universidad Javeriana, Año 200, Santa Fe – Bogotá, ver Online: [<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis30.pdf>].

HEINRICH JESCHECK, Hans, WEIGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal Parte General Vol. 1 Editorial Instituto Pacifico Octubre 2014.

IVAN MEINI; Lecciones de derecho penal- parte general, Editorial PUCP, Lima-Perú.

JESCHECK, Hans-Heinrich; Tratado de Derecho Penal. Parte General, Editorial BOSCH, año 1981, Barcelona-España.

JIMENEZ DE ASUA, Luis; Teoría del Delito, Editorial JURIDICA UNIVERSITARIA, México DF-México, año 2009.

JULIAN GOMEZ DE MAYA, Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación Española, Universidad de Murcia España, ver online : <https://es.scribd.com/doc/316676683/Penas-Restrictivas-de-Libertad>

LANGLE, Emilio; La Teoría de la Política Criminal, Editorial REUS, Madrid-España, año 1927

LAURENCE CHUNGA, Hidalgo; La Posición del Particular en el Delito de abuso de autoridad, Revista Internauta de Práctica jurídica, Numero 24, año 2009; Cita virtual: http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num24/4abusoautoridad.pdf

MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal – Parte Especial, Vol. III, Editorial TEMIS, Bogotá-Colombia, año 1989.

MALEM SEÑA, Jorge F.; La corrupción Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Editorial GEDISA, Barcelona-España, año 2002.

MANZINI, Vincenzo; Tratado de Derecho Penal, Tomo VIII, Editorial EDIAR, Buenos Aires- Argentina, año 1961.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario; Delitos Contra la Administración Pública: Conforme el Nuevo Código Penal, Editorial LEYER, Bogotá – Colombia, año 2000

MUÑOZ CONDE, Francisco; Derecho Penal Parte General, España –Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 6 Edición, año 2004.

MUÑOZ CONDE; Francisco; Derecho Penal-Parte Especial; Editorial TIRANT LO BLANCH, 13ra Edición, Valencia-España, año 2001.

MUÑOZ CONDE F; Introducción al Derecho Penal, Editorial BOSCH, Barcelona-España, año 1975.

NAKAZAKI SERVIGON, Cesar; Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial GACETA JURIDICA, Lima-Perú, año 2016

NIÑO, Luis Fernando; El bien jurídico como referencia garantista, Editorial DEL PUERTO, Buenos Aires-Argentina, año 2008.

OLIVERA TORO, Jorge; Manual de Derecho administrativo, Editorial PORRUA, México DF-México, año 1967.

ORE SOSA, Eduardo Arsenio; GACETA PENAL, Especial Recientes modificatorias a los delitos contra la administración pública N° 24, Junio del 2011.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Individualización de la Pena de Prisión, Online:
[<http://cleuadistancia.cleu.edu.mx/cleu/flash/PAG/lecturas/tratamiento/Individualizacion%20de%20la%20pena.pdf>]

PALACIOS ARCE,JAVIER, Penas Limitativas de Derechos Prestación de Servicios a la Comunidad, Universidad San Martín de Porres ver online:
<http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/PENAS%20LIMITATIVAS%20DE%20DERECHOS%20PRESTACION%20DE%20SERVICIOS%20A>

%20LA%20COMUNIDAD/PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS PRES
TACION DE SERVICIOS A LA C.pdf.

PARIONA ARANA, Raúl; La teoría de los delitos de infracción de deber, Editorial GACETA PENAL, Tomo 19, Lima-Perú, año 2011.

PARIONA ARANA, Raúl B.; El delito de peculado como delito de infracción de deber, año 2011, Cita Web:
http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/14_El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber.pdf

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo V, Lima-Perú, año 2010.

PINA VARA, RAFAEL; Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México 2004.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl; Teoría del delito, Editorial UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO, 3ra Reimpresión, México - México DF, año 2004.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial PORTOCARRERO, Segunda Edición, Lima-Perú, año 1997.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima – Perú, Agosto 2010.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua española, Editorial ESPASA CALPE S.A., Decimonovena Edición, Madrid-España, año 1970.

REATEGUI SANCHEZ, JAMES, Manual De Derecho Penal Parte General Tomo II Editorial Instituto Pacifico S.A.C. Edición 2014.

REATEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la administración pública en el Código Penal, Editorial JURISTA EDITORES, Lima-Perú, año 2015.

- REGIS PRADO, Luiz; Bien Jurídico-Penal y Constitución; Editorial ARA, Primera Edición, Lima-Perú, año 2003.
- REYES ECHANDIA; Alfonso, Criminología. Editorial UEC, Bogotá-Colombia, año 1984.
- REYNOSO DAVILA, Teoría General del Delito, Editorial PORRUA, México DF-México, año 2003.
- ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la Administración Pública, Editorial GRJLEY, Segunda edición, Lima – Perú, año 1999.
- ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Editorial GRJLEY, Tercera edición, Lima-Perú, año 2002.
- ROJAS VARGAS, Fidel; Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial NOMOS Y THESIS, Primera Edición, Lima-Perú, año 2016.
- RUBIO ANGULO, Campo Edmundo; El Peculado, Editorial PONTIFICA UNIVERSIDAD JAVERIANA, Bogotá-Colombia, año 1985
- SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos Contra la Administración Pública, Editorial GRJLEY, 3ra Edición, Lima-Perú, año 2014
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar; Jurisprudencia y precedente penal vinculante, selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Editorial PALESTRA, Lima-Perú, año 2006
- VITTORIO MANES; Bien Jurídico y Reforma de los delitos contra la administración pública, Revista Electrónica de ciencia penal y criminología, año 2000; Cita virtual: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html.

VON HIRSCH, Andrew; La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial MARCIAL PONS, Madrid-España, año 2007.

VON LISZT, Franz; Tratado de Derecho Penal Tomo II, Editorial REUS, Madrid-España.

ZAFFARONI, E; Tratado de Derecho Penal, Vol 1, Editorial EDIAR, Buenos Aires-Argentina, año 1982.

ZIPF, Heinz; Introducción a la Política Criminal. Editorial. Graficas Novoa, año 1979.

ANEXOS

**ANEXO 01
MATRIZ DE CONSISTENCIA**

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO PRINCIPAL	HIPOTESIS PRINCIPAL	IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE VARIABLES E INDICADORES	TIPO DE INVESTIGACION
<p>¿La prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena en Tacna del año 2015 al año 2017?</p>	<p>Determinar si la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena en Tacna del año 2015 al año 2017</p>	<p>La prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos contra la administración pública afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, vulnerándose los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena por cuanto el último párrafo del artículo 57 del Código Penal obliga a los jueces penales a imponer penas efectivas.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE (X)</p> <p>1. PROHIBICION DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE (Y)</p> <p>1. AFECTACION A LA INDEPENDENCIA DE CRITERIO DEL JUEZ, TRASGREDIENDOSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA PENA.</p>	<p>El tipo de investigación por la finalidad o propósito de la presente investigación es Basica-Pura, También llamada tesis dogmatica, pues sus alcances y sus fines son teóricos, que permiten el desarrollo de comprensión de los principios y las leyes en el campo del Derecho Penal.</p> <p>Asimismo por la fuentes o el origen de la investigación, esta investigación puede clasificarse como Documental o bibliográfico, puesto que la fuente de investigación, resultarían ser en la mayor parte libros y jurisprudencia; Además tendrá tonalidades empíricas o de campo pues supletoriamente la investigación se apoya en la encuesta de 17 magistrados penales de la corte superior de Tacna.</p> <p>Finalmente por el ámbito en el que se desarrollara, la presente es una investigación Teórica – Practica, pues se va a trabajar combinando los elementos Dogmáticos y empíricos en el análisis del problema ya descrito, con elementos dogmáticos, pues trabaja la dogmática jurídica en el marco de los principios fundamentales.</p>

<u>PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO</u>	<u>PRIMER OBJETIVO SECUNDARIO</u>	<u>PRIMERA HIPOTESIS SECUNDARIA</u>	<u>IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE VARIABLES</u>	<u>NIVEL DE INVESTIGACION</u>
<p>¿Al obligarse por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos contra la administración pública, se afectaría significativamente la independencia de criterio del juez?</p>	<p>Establecer si la obligación por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos contra la administración pública, se afectaría significativamente la independencia de criterio del juez.</p>	<p>Al obligarse por la ley a los jueces a dictar pena efectiva en los casos de los delitos contra la administración pública, se afectaría significativamente la independencia de criterio del juez, debido a que no pueden hacer uso de su discrecionalidad al imponerse una pena.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE (X)</p> <p>PROHIBICION DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE (Y)</p> <p>AFECTACION A LA INDEPENDENCIA DE CRITERIO DEL JUEZ.</p>	<p>La presente investigación es descriptiva, con carácter exploratorio, puesto que se pretende describir la existencia de un fenómeno, además de especificar las características y determinar los efectos de dicho fenómeno, buscando soluciones, en razón a la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos de colusión y peculado doloso; tema que será abordado de forma provisional para futuras investigaciones, debido al poco análisis que ha tenido en la doctrina y la inexistencia de investigaciones previas.</p>

<u>SEGUNDO PROBLEMA SECUNDARIO</u>	<u>SEGUNDO OBJETIVO SECUNDARIO</u>	<u>SEGUNDA HIPOTESIS SECUNDARIA</u>	<u>IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE VARIABLES</u>	<u>METODO DE INVESTIGACION</u>
<p>¿La aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgredirá significativamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena?</p>	<p>Precisar La aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgredirá significativamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena</p>	<p>La aplicación de forma mecánica de una pena con carácter efectiva, obviando el caso en concreto, transgredirá significativamente el principio proporcionalidad y razonabilidad de la pena, pues no se están considerando este principio rector fundamental de la pena.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE (X)</p> <p>PROHIBICION DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE (Y)</p> <p>VULNERACION AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA PENA</p>	<p>El método de investigación será principalmente documental, dado que se hará el estudio especialmente a través del examen y análisis de fuentes documentales, Por lo tanto la fuente principal de la información de la presente investigación es el análisis y estudio de documentos, tales como leyes y otras normas judiciales, doctrina, jurisprudencia, artículos, disposiciones fiscales y otros.</p>

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN No - 001	Versión 00	Vigencia 2018	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): JORGE ALBERTO DE AMAL PERALTA
 1.2. Grado Académico: DOCTOR
 1.3. Profesión: ABOGADO
 1.4. Institución donde labora: PODER JUDICIAL
 1.5. Cargo que desempeña: PRESIDENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE TACNA
 1.6. Denominación del Instrumento:
ENCUESTA
 1.7. Autor del instrumento: OMAR PEZO SIMENES
 1.8. Programa de postgrado: MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS	Muy Malo	Malo	Regular	Buena	Muy Buena
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión				X	
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable				X	
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL					12	15
SUMATORIA TOTAL		27				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN I/e - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Página 02

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

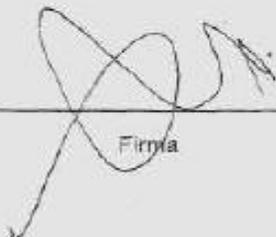
3.1. Valoración total cuantitativa: 2.7

3.2. Opinión: FAVORABLE Y DEBE MEJORAR _____
NO FAVORABLE _____

3.3. Observaciones: _____

2

Tacna,


Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN fvc - 001	Versión 00	Vigencia 2018	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Reynosa Carpio, Elvira
- 1.2. Grado Académico: Magister
- 1.3. Profesión: Abogado
- 1.4. Institución donde labora: UPT
- 1.5. Cargo que desempeña: Docente
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Encuesta
- 1.7. Autor del instrumento: Omar Pezo Jimenez
- 1.8. Programa de postgrado: Ciencias Penales

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL						30
SUMATORIA TOTAL				30		

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN IVE - 001	Versión 00	Vigencia 2018	Páginas 02

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

3.1. Valoración total cuantitativa: 30

3.2. Opinión: FAVORABLE X DEBE MEJORAR _____
NO FAVORABLE _____

3.3. Observaciones: _____

2

Tacna, 04 de Febrero 2018



Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Postgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN IVE - 001	Versión 00	Vigencia 2018	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Tapia Liendo, Gina Pamela
 1.2. Grado Académico: Magister
 1.3. Profesión: Magistrado
 1.4. Institución donde labora: Pod. Judicial
 1.5. Cargo que desempeña: Dir. de Investigación P. Per. Tacna
 1.6. Denominación del Instrumento:
Encuesta
 1.7. Autor del Instrumento: Diego Pezo Jimenez
 1.8. Programa de postgrado: Es. Penales

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS	Muy Malo	Mal	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión				X	
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				X	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría				X	
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento				X	
SUMATORIA PARCIAL					20	5
SUMATORIA TOTAL		25				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Postgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN Fvo - 001	Versión 00	Vigencia 2013	Páginas 02

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 2.5
- 3.2. Opinión: FAVORABLE 91 DEBE MEJORAR _____
NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: Se admitió, tener en el pto 4 la
"Muy bueno"
- _____
- _____

2

Tacna, 23 de Enero 2018


Firma



PERU

Ministerio de Justicia

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Tacna

Tacna, 01 de febrero del 2018.

Señor:

OMAR PEZO JIMENEZ

Ciudad.-

Estimado Señor,

Es grato dirigirme a usted, para saludarlo atentamente y a la vez expresarle en respuesta a su solicitud de fecha 26 de enero del 2018, que efectuada la búsqueda integral en el Sistema de Gestión Documental de esta Procuraduría Pública, a la fecha no se cuenta con ninguna sentencia condenatoria por delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación de la Ley 30304 y Decreto Legislativo 1351.

Atentamente:



Angelita L. Coronado
Abog. Angelita L. Coronado Magallanes
COORDINADORA ASISTENTE DE LA PROCURADURIA
PUBLICA ANTICORUPCIÓN DESCENTRALIZADA
DE TACNA

CONSTANCIA

El Administrador del Módulo Penal de Tacna que suscribe, hace constar que:

El Sr. Omar Pezo Jiménez, identificado con DNI N° 469711153, egresado de la Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales, ha solicitado ante la oficina de Presidencia de la CSJ Tacna, una entrevista con cada uno de los jueces penales, la cual ha sido aceptada, por lo que se solicita a los Magistrados penales que se le otorguen las facilidades correspondientes.

Se expide la presente a solicitud del interesado para los fines que estime conveniente.

Tacna, 23 de enero del 2018.



ROBERTO MORALES
Administrador del Módulo Penal
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA