

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**“La suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la
administración pública: vulneración de la autonomía del poder judicial y
la proporcionalidad penal”**

Área de Investigación:

Derecho Penal

Autor:

Br. Caballero Valdiviezo, Rogelio Alexander

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Aguirre De Infante Rocio Belu

Secretario: Rincón Martínez Angela

Vocal: Albornoz Verde Miguel

Asesor:

Cruz Vegas Guillermo Alexander

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

TRUJILLO – PERÚ 2023

Fecha de sustentación: 2023/09/15

La suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la administración pública: vulneración de la autonomía del poder judicial y la proporcionalidad penal

INFORME DE ORIGINALIDAD

14%

INDICE DE SIMILITUD

12%

FUENTES DE INTERNET

0%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.uprit.edu.pe Fuente de Internet	6%
2	Submitted to Universidad Autónoma de Ica Trabajo del estudiante	5%
3	perso.unifr.ch Fuente de Internet	2%
4	Submitted to Universidad Privada Antenor Orrego Trabajo del estudiante	1%
5	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	Submitted to Universidad Continental Trabajo del estudiante	1%

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Activo

Declaración de Originalidad

Yo, Cruz Vegas Guillermo Alexander, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada “La suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la administración pública: vulneración de la autonomía del poder judicial y la proporcionalidad penal”, autor Caballero Valdiviezo, Rogelio Alexander, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 14 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el (día, mes y año)
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Lugar y fecha: 28 de setiembre del 2023

Apellidos y nombres del asesor
Cruz Vegas Guillermo Alexander
DNI:43414679
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>
Firma

Apellidos y nombres del autor
Caballero Valdiviezo, Rogelio Alexander
DNI: 71932302
FIRMA:



Guillermo A. Cruz Vegas



DEDICATORIA

Quiero dedicar el presente trabajo de investigación en primer lugar a Dios, quien me ha forjado como persona, estudiante y trabajador, por escucharme en todo momento y guiarme en cada paso que doy.

A mi madre, Lorena Valdiviezo, por ser la persona quien me inculco los valores que hoy me representan y por ser mi fiel compañera.

A mi padre, Rogelio Caballero, por levantarme en cada tropiezo y alentarme a lograr nuestros objetivos como familia.

A mi hermano, Alonso Caballero, por querer seguir mis pasos y ayudarme a ser mejor persona.

A mi pareja, Priscila Arismendiz, por motivarme y estar a mi lado en cada paso que doy.

A mi padrino, Edgar Valdiviezo, por ser mi segundo padre, mi ejemplo a seguir y enseñarme que la familia es lo más valioso que Dios nos ha podido dar.

Por último, este trabajo de investigación representa no solo el esfuerzo que se ha realizado, sino, también un ejemplo de superación de mi persona para con todos.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, a esta gran Universidad, que gracias su reconocimiento nacional ha permitido generar grandes oportunidades laborales; en segundo lugar, a mi asesor, Dr. Guillermo Cruz Vegas, quien gracias a su persona y a sus enseñanzas impartidas en clase, me motivó a inclinarme a la rama del Derecho Penal y que hoy en día practicó. ¡Muchas gracias!

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

Conforme lo establece la reglamentación del área de Grados y Títulos; y con la finalidad de obtener mi titulación como profesional del derecho pongo a la vista de ustedes, para su evaluación y análisis la presente tesis bajo el título: **“La suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la administración pública: vulneración de la autonomía del poder judicial y la proporcionalidad penal”**.

Con la presente tesis académica jurídica se pretende presentar una temática que apunta a hacer un análisis de la regulación en materia de la pena suspendida para delitos de función bajo el ojo garantista de las normas constitucionales que gobiernan en un sistema democrático y un Estado Constitucional de derecho, se centra, en suma la investigación en determinar si la regulación relativamente reciente de prohibición de pena suspendida en el caso de los delitos antes anotadas contiene cuestionamientos de constitucionalidad, para lo cual, luego de someter la información recogida, a los métodos de investigación poder consolidar la idea que dichas reformas no resisten un análisis de constitucionalidad.

Por último, debo manifestar que quedo a la su opinión por el presente trabajo de investigación, a efectos que vosotros como concedores con amplitud del derecho, valoren el esfuerzo por adentrarme en un tema polémico del cual espero se puedan ver satisfechas sus expectativas como especialistas.

El autor

RESUMEN

A lo largo de la realización de la tesis de investigación se ha cuestionado las reformas sucesivas que ha experimentado el artículo 57 del Código Penal peruano que ha establecidos prohibiciones con respecto a los supuestos de procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en los casos de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, tales como: peculado, colusión agravada, entre otros, bajo la premisa argumentativa que es necesario que legislativamente se creen mecanismos que sirvan para evitar la corrupción de los funcionarios y los servidores; esa pretendida excusa jurídica que ha señalado el legislador, más parece una muestra más de un derecho penal simbólico que da un matiz de falsa tranquilidad a la población; sin embargo, a la largo de la investigación se ha sometido esta regulación a la revisión mediante la lupa del derecho constitucional, y se ha plasmado y comprobado la hipótesis que esta regulación lejos de prevenir y combatir los altos índices de delitos contra la administración pública, afecta el principio de autonomía del poder judicial por el cual quien debe determinar la pena a imponer y su forma de ejecución es el juez y no a partir de un constreñimiento legal, además de ello no es coherente con un sistema democrático que ante delitos más graves si se pueda suspender la pena, con lo cual se estableció, en la investigación que eso trastoca el principio de proporcionalidad penal.

En ese contexto se elaboró el enunciado del problema, luego los objetivos se señalaron en el sentido de determinar que la autonomía del poder judicial y también la proporcionalidad penal se afectan con la regulación de la prohibición de suspensión de la pena en los casos de algunos delitos contra la administración pública, con la metodología empleada se logró comprobar la hipótesis inicialmente planteada.

Palabras clave: Penas, pena suspendida, autonomía y proporcionalidad.

ABSTRACT

Throughout the completion of the research thesis, the successive reforms that article 57 of the Peruvian Penal Code has undergone have been questioned, which has established prohibitions with respect to the assumptions of origin of the suspension of the execution of the custodial sentence. freedom, in cases of crimes against the public administration committed by public officials, such as: embezzlement, aggravated collusion, among others, under the argumentative premise that it is necessary that legislative mechanisms be created that serve to prevent corruption of officials and servers; that alleged legal excuse that the legislator has pointed out, seems more like another example of a symbolic criminal law that gives a nuance of false tranquility to the population; However, throughout the investigation, this regulation has been subjected to review through the magnifying glass of constitutional law, and the hypothesis that this regulation, far from preventing and combating the high rates of crimes against the public administration, has been established and verified. it affects the principle of autonomy of the judiciary by which the person who must determine the sentence to be imposed and its form of execution is the judge and not based on legal constraint, in addition to this it is not consistent with a democratic system that in the case of more serious crimes if the sentence can be suspended, with which it was established, in the investigation, that this upsets the principle of penal proportionality.

In this context, the statement of the problem was elaborated, then the objectives were pointed out in the sense of determining that the autonomy of the judiciary and also penal proportionality are affected by the regulation of the prohibition of suspension of the sentence in the cases of some crimes. against the public administration, with the methodology used it was possible to verify the hypothesis initially proposed.

Keywords: Sentence, suspended sentence, autonomy y proportionality.

CONTENIDO

DEDICATORIA.....	4
AGRADECIMIENTO	5
PRESENTACIÓN	6
RESUMEN.....	7
ABSTRACT	8
CAPÍTULO I.....	¡Error! Marcador no definido.
EL PROBLEMA.....	9
EL PROBLEMA.....	9
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:	9
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:.....	14
1.3 HIPÓTESIS:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.4 JUSTIFICACIÓN:	¡Error! Marcador no definido.
1.5. OBJETIVOS:	¡Error! Marcador no definido.
1.5.1 OBJETIVO GENERAL:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.6 VARIABLES:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.6.1 VARIABLE INDEPENDIENTE:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.6.2 VARIABLE DEPENDIENTE:.....	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO II.....	¡Error! Marcador no definido.
MARCO TEÓRICO	¡Error! Marcador no definido.
SUB CAPÍTULO I.....	¡Error! Marcador no definido.
SUB CAPÍTULO II	55
SUB CAPÍTULO III	90
CAPÍTULO IV.....	106
RESULTADOS: PROPUESTA DEL AUTOR.....	106
CAPÍTULO III.....	111
MARCO METODOLÓGICO	111
1. MATERIALES:.....	111
2.MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:	111
2.1 Métodos Lógicos:.....	111
2.2. Métodos Jurídicos:.....	111

3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:	112
CAPÍTULO IV	113
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	115

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1. EL PROBLEMA:

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El Código Penal peruano realiza una clasificación las penas de forma enumerativa (artículo 28): privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y la multa; a las que podemos adicionar la vigilancia electrónica personal del artículo 29-A del mismo catálogo penal sustantivo. La pena privativa de la libertad, cuando se impone con carácter de efectiva, constituye una imposición al sentenciado de mantenerse encerrado en un penal o centro penitenciario. El penado, en ese caso, resigna su libertad ambulatoria por un tiempo determinado (que no puede ser menor a dos días mayor de treinta y cinco años) o de manera indefinida si se tratara de una cadena perpetua (con posibilidad de revisión a los 35 años). La permanencia en un establecimiento penitenciario, no se da cuando la pena privativa de la libertad se impone, pero con carácter de suspendida; en ese caso, el sujeto condenado, es sometido al cumplimiento de reglas de conducta.

La denominada suspensión de la ejecución de la pena, nace con el código penal de 1924. En el mencionado cuerpo normativo, como señala el profesor Prado Saldarriaga “se suspendía la pena cuando era no mayor de seis meses de prisión y a la persona que no hubiere sido objeto por razón de delito intencional, de ninguna condena anterior nacional o Extranjera” (exposición de motivos de 1924); con el código de 1991, en cambio, uno de los requisitos para que proceda la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad consiste en que la sanción impuesta no debe ser mayor de

4 años”. La pena privativa de libertad, en suma, puede ejecutarse con internamiento en el penal (pena efectiva) o dejando en libertad al condenado, pero bajo la sujeción al cumplimiento de ciertas reglas de conducta que, de incumplirse, tendrán como consecuencia la amonestación, prórroga del plazo de las reglas o, inclusive, su revocatoria por la efectividad de la pena (internamiento en un penal).

Esta distinción que es básica y parece irrelevante cobra importancia en el contexto de la modificación del artículo 57 en su último párrafo. Para explicarlo diremos que, mediante ley 30304, se publicó en el diario oficial el peruano el 28 de febrero del año 2015 reformó la parte final del el artículo 57 del código penal referido a la suspensión de la ejecución de la pena, únicamente para los delitos de colusión (artículo 384 del Código Penal) y peculado doloso (387 del Código Penal), esto significó, que a partir del día siguiente de publicada la ley en mención, si un funcionario o servidor público comete los delitos previstos en la norma aludida, luego de ser sometido a un proceso debido, y de encontrársele responsable penalmente se le tenía que imponer la pena privativa de libertad que indica el código penal pero nunca suspendida en su ejecución, sino por el contrario esta pena siempre iba ser efectiva, es por ello que esta ley fue denominada en su momento como “ley de cárcel si o si”.

Adentrándonos en la propuesta inicial para esta modificación legal del artículo 57 del código penal, podemos decir que fue la Contraloría General de la Republica la que presento la propuesta para que los funcionarios y servidores que cometan delitos contra la administración pública sean condenados a penas efectivas, o, lo que es lo mismo, se prohíba la suspensión de la ejecución de la pena (Proyecto de Ley N° 2529/2013), el sustento conforme la exposición de motivos del citado proyecto de ley fue que en los últimos años (de 2009 hasta el 2013) fueron muy pocas las

sanciones a funcionarios con penas efectivas, sino que la mayoría fueron penas suspendidas, conforme se expuso, entonces, esta situación de muy pocas penas efectiva tenía un mensaje a la sociedad de impunidad e indefensión.

Esa primera propuesta legal, solo incluía a los funcionarios públicos y no a los servidores, y se extendía a los delitos comprendidos en las secciones II, III y IV del capítulo II del título XVIII, esto es abarcaba a casi la totalidad de los delitos contra la administración pública, sin embargo, se decidió reducir la propuesta a los delitos de colusión y peculado doloso, y al mismo tiempo extender la prohibición de pena suspendida no solo a los funcionarios sino también a los servidores públicos. Esta ley ya desde su entrada en vigencia tuvo serios cuestionamientos por parte de la doctrina nacional, así pues por ejemplo el profesor Salinas Siccha, sostenía que esta norma era desproporcional porque habían delitos que eran más graves y no estaban comprendidos dentro de esa prohibición de suspensión de la pena (Salinas, 2019), del mismo modo el profesor Peña Cabrera sostenía que la prohibición de la suspensión de la pena para esos delitos es más una imposición del legislador contra la autonomía del poder judicial.(Peña Cabrera, 2017).

Luego de esta reforma y a pesar de las críticas que se le hizo a esta norma, en el año 2017, específicamente el 07 de enero se publicó el decreto Legislativo 1351, el cual extendió el catálogo de delitos comprendidos en la prohibición de la suspensión de la pena señalando que no se aplica la suspensión de la pena a delitos como malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible, enriquecimiento ilícito. De esta manera la fórmula legal del último párrafo del artículo 57 quedó de la siguiente manera:

Artículo 57.- Requisitos

[...]

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 exposición de motivos del referido decreto legislativo apunta a señalar que la corrupción es uno de los tres principales problemas del país debido a ello, es necesario “el ajuste estratégico de los mecanismos de censura frente a la corrupción”, en ese orden de ideas, señala que “antes que promover la predecible sanción de la pena en los tipos penales sobre corrupción de funcionarios, se considera más oportuna una advertencia drástica que garantice certeramente la privación de la libertad...”, en suma, esta propuesta de que sin importar la cuantía o quantum de la pena esta siempre se impondrá con internamiento en el penal (efectiva), estriba en la necesidad de hacer frente y derrotar a la corrupción, no con aumento de penas sino con penas efectivas.

Habiendo comprendido la reforma del artículo 57 del código penal que señala que no es posible suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad en los casos antes señalados, en la investigación se apunta a reseñar las objeciones que se presentan a esta regulación:

Una primera cuestión se fundamenta en que, si bien es cierto, es necesario una política criminal tendiente a la reducción de la corrupción en el país, el imponer una pena efectiva en los casos de los delitos anotados, vulnera como la ha dicho la Corte Suprema en un reciente pronunciamiento el derecho a la libertad y con ello la dignidad de la persona, ya que implica privar de la libertad sin mayor análisis de las circunstancias que rodea el caso. Así La sala Constitucional y social de la Corte Suprema ha señalado que

“...los efectos de una pena privativa de libertad de corta duración podrían resultar más dañinas al condenado que una pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, siendo necesario precisar que esta se encuentra sujeta al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, establecidas en el artículo 58 del Código Penal; por lo que, esta situación nos permite advertir que dicha norma colisiona con los derechos fundamentales citados (refiriéndose a la libertad y la dignidad)” (Exp. 10541-2019, Puno Consulta). Habría que agregar aquí que la Corte Suprema hace es el test de proporcionalidad y logra establecer que la privación de la libertad efectiva debe apuntar hacia un fin Constitucional legítimo, esto es la resocialización, sin embargo, ello no se consigue con la efectividad de las penas privativas de la libertad, sino apuntando a medidas que puedan lograr esa finalidad, lo cual se puede lograr también con una pena suspendida,

Ahora bien un segundo cuestionamiento que no se ha tomado en cuenta y que lo podemos advertir sin mayor apuro, es que la norma referida lesiona flagrantemente el principio de autonomía del poder judicial, pues en un sistema democrático de división de poderes, no se puede admitir intromisiones de un órgano en otro, eso es lo que justamente sucede con la normativa aludida, así pues, es al poder judicial, en la persona del juez, a quien le corresponde la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, así como la forma en que esta, si es privativa de la libertad, debe ejecutarse (suspendida o efectiva). El legislador solo debe limitar su tarea a brindar el marco legal donde debe desenvolverse la tarea del Juez cómo único determinador de la pena concreta.

Por último, esta norma no solo atenta contra la autonomía del poder judicial, y no solo afecta la libertad de locomoción de las personas, ya que no se consigue el fin de resocializar con la efectividad sobre todo teniendo en cuenta la situación carcelaria actualmente; sino que esta norma vulnera el principio de proporcionalidad, pues,

existen delitos dentro de los delitos contra la administración pública e inclusive delitos comunes aún más graves que los delitos mencionados en la parte final del artículo 57 del código penal, a los que perfectamente se les puede suspender la ejecución de la pena, ello no es proporcional, pues en delitos con menores penas tendríamos penas efectivas de corta duración y en el caso de penas muy graves podríamos obtener sentencias con penas suspendidas. Debe quedar claro, aquí, que la prohibición de suspender la pena, sea para cualquier delito, no puede ser imposición, sino que debe quedar en manos del juez, si decide por suspenderla o imponer la pena efectiva.

En base a lo que se ha mencionado en la presenta realidad problemática, considero que estamos asistiendo a una manifestación más de un derecho penal elaborado sobre la base de una política criminal represiva y reaccionaria. Estas reformas constituyen una muestra más de un derecho penal del enemigo, o un derecho penal popular que cada vez cala más y más en nuestra sociedad, donde prima la sanción y no la prevención. La corrupción no se va a terminar con penas drásticas o con leyes de cárcel si o si, esta fenecerá con una política criminal preventiva que sienta las bases de una sociedad liberada de actos de corrupción. Así las cosas, se propone que, se inaplique esta norma, como ya se ha hecho y lo ha aprobado la Corte Suprema, y, de ser el caso, se modifique este artículo 57, si es que no se inicie un proceso de inconstitucionalidad parcial sobre la prohibición de suspender la pena en el caso de los delitos contra la administración pública en los delitos señalados

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿Qué principios jurídicos se afectan con la prohibición legal de imposición de condena suspendida para los delitos contra la

administración pública comprendidos en la parte final del artículo 57 del Código Penal peruano?

1.3. HIPÓTESIS:

Los principios jurídicos se afectan con la prohibición legal de imposición de condena suspendida para los delitos contra la administración pública comprendidos en la parte final del artículo 57 del Código Penal peruano son:

- El principio de autonomía judicial
- El principio de proporcionalidad de la pena.

1.4. JUSTIFICACIÓN:

Esta investigación se justifica básicamente en la necesidad de que las reformas penales que se hagan en el Perú, no solo pretendan endurecer sanciones o ser más represivos mediante la eliminación de algunas formas de ejecución de las penas de manera distinta a la efectiva, bajo la carencia errónea e inconstitucional de que las penas efectivas tendrán un efecto disuasivo contra el actuar de los funcionarios en la realización de los ilícitos que afecten el correcto funcionamiento de la administración pública; sino que legisle penalmente en función de los principios y garantías constitucionales básicos, no solo en el derecho penal sino en todo el ordenamiento jurídicos. En suma, se pretende cuestionar la constitucionalidad de las reformas apresuradas que ha sufrido el artículo 57, para generar la convección de que los delitos contra la administración pública se reducirán con una política criminal seria y preventiva y no con mecanismos que generan solamente una falsa sensación de tranquilidad en la población.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo General:

- Determinar qué principios jurídicos se afectan con la prohibición legal de imposición de condena suspendida para los delitos contra la administración pública comprendidos en la parte final del artículo 57 del Código Penal peruano.

1.5.2. Objetivos Específicos:

- Establecer los alcances de las penas en el Perú además de la suspensión de la ejecución de las penas en el Perú.
- Analizar el alcance de los delitos contra la administración pública en los que se ha prohibido la suspensión de la ejecución de la pena.
- Explicar por qué la prohibición de suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la administración pública vulnera los principios de autonomía judicial y proporcionalidad de la pena.

1.6. VARIABLES:

1.6.1. Variable Independiente:

Principios jurídicos se afectan con la prohibición legal de imposición de condena suspendida.

1.6.2. Variable dependiente:

Delitos contra la administración pública comprendidos en la parte final del artículo 57 del Código Penal peruano

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUB-CAPÍTULO I

LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL

1. El Derecho Penal como Instrumento de control social

EL control social comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, a fin de asegurar su estabilidad y supervivencia (Villavicencio, 2014, p. 7). El control social busca garantizar que las personas se sometan a las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización (García Pablos, 2000, p.2). En nuestra sociedad podemos diferenciar dos formas de control social, el control social informal y el control social formal. El primero, también denominado control social secundario, comprende la disciplina social, la familia, la educación las normas sociales, religión medios masivos de comunicación, la actividad policía, la actividad artística, investigación, etc., en esta forma de control social, el sistema normativo está conformado por los usos, costumbres, tradiciones y, con frecuencia, apelaciones a un código moral no escrito y también a la reciprocidad (Bustos, 2004, pp. 492-493). El control formal es el sistema penal (Villavicencio, 2014, p. 7), esto es, el sistema penal, es el control social punitivo institucionalizado o formalizado (Zaffaroni, 1984, p, 7).

El Derecho penal es un medio de control de la conducta de la sociedad, aunque no es el único. Existen otros, que deben actuar preliminarmente, dejando al Derecho Penal como la última instancia; esto es, el fenómeno delictivo no se va a erradicar con el Derecho Penal, así nos enseña el Profesor Villa Stein, al sostener que pretender que la criminalidad, como ocurrencia disfuncional social, pueda ser controlada con la sola adopción

de determinado sistema punitivo, y sus correspondiente sistema de contingencia aversiva con fines de prevención general, es caer en un pretencioso, abusivo y autoritario reduccionismo jurídico que pasa por alto la decidida importancia de los otros sistemas e instituciones de control: la familia, la educación y la economía, la organización político democrática, entre otras.(Villa, 2010, p. 551).

De allí que, el Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia" (Mir Puig, 2003, p 24), es así, que este surge como un medio de control social, comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Con ellos, se trata de superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o de individuos (Hurtado, 2005, p. 33).

En palabras de Bramot- Arias, el Derecho Penal como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común (Bramont Arias, 2000, p. 227), explicando la idea diremos, siguiendo a Hurtado Pozo que el derecho penal como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común. Mediante él, se determinan y definen ciertos comportamientos, los cuales no deben ser realizados (art. 150 C.P.) o, queridos o no, deben ser ejecutados (art. 183 C.P.). A fin de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según el caso, tales actos, se recurre a la amenaza de una sanción. El Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos a realizarlos de cierta manera, para así lograr la aplicación de "ciertos esquemas de vida social". Sólo cuando fracasa su tarea de evitar la realización de los actos no deseados, interviene el funcionario judicial para hacer efectiva la sanción penal (Hurtado, 1987, p. 36).

Continúa Hurtado Pozo desarrollando la idea del Derecho Penal como medio de control social formal, señalando que la actividad punitiva

constituye uno de los dominios en que el Estado ejerce su poder, con el fin de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria. (Hurtado, 1987, p. 36). La orientación que dé a su actividad penal, está determinada por las opciones sociopolíticas que haya adoptado en relación a la organización de la comunidad, en general.

Por ello, la política criminal del Estado se haya encuadrada y condicionada por su política social general. El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado, comporta una grave afectación de derechos fundamentales de la persona. En relación con la pena, el art. 1 C.P., se refiere a la "privación y restricción de derechos". Debido a la naturaleza de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación de establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado a la búsqueda de la justificación de la pena, y a la determinación de un criterio suficientemente claro que permita discernir las acciones que deben ser prohibidas, para la fijación de las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción; y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva. (Hurtado, 1987, p. 38).

Como se puede ver el Derecho penal actúa a través de las sanciones que regula su normatividad en cuanto y en tanto se respeten los derechos fundamentales o principios básicos del mismo Derecho Penal, entonces se utiliza la pena para poder adecuar la vida en sociedad; sin embargo las penas han ido evolucionando con el tiempo, en ese sentido, siguiendo a Villa Stein, nos comenta que el Derecho penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas inhumanas como la de la picota (el rollo) del sentenciado, y reemplazando este tipo de penas, por la de «privación de la libertad personal», para, delitos graves y fórmulas alternativas de punición a las de privación de libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para los delitos menores o faltas (Villa, 2010, p. 549).

Debemos concluir siguiendo la doctrina extranjera que la cuestión del tratamiento que por el estado y la sociedad se dé a la persona que delinque es frecuentemente decisiva para su suerte futura (Jescheck, 1993, p, 667).

2. Función del Derecho Penal

2.1. Definición de Derecho Penal:

Partir este acápite de la investigación sobre la concepción que se tiene de Derecho Penal, es de suma importancia porque nos brinda el marco general para luego desarrollar las sanciones penales, posteriormente a la imposición de estas y la forma de ejecución de las condenas impuesta; así pues, la idea de un Derecho Penal, como aquella rama del Derecho que estudia los delitos y las penas ha sido de general recojo por la doctrina nacional e internacional, así tenemos:

Muñoz Conde, lo conceptúa como aquel conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica (Muñoz, 1996, p. 11)

Jiménez de Azua define el Derecho Penal, como un “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (Jiménez De Azua, 2005, p. 18).

Desde el ángulo jurídico, Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medias de seguridad a los infractores. (Villavicencio, 2014, p. 9).

2.2. El Derecho Penal y la Protección de bienes Jurídicos:

En la actualidad, es mayoritario el criterio que sostiene que el Derecho penal se encarga de la protección de bienes jurídicos (Jakobs, 2001, pp. 28-29), dicho de otro modo, es fundamental considerar que la función del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos (Villavicencio, 2014, p. 9). La norma penal intenta cumplir, en definitiva, una función protectora, más concretamente, protectora de esas condiciones elementales de la convivencia social. Esto es, lo que se denomina función de protección de bienes jurídicos. (Muñoz, 2000, p. 61).

En sentido amplio, un bien es una situación material o ideal a la cual se atribuye un valor. Tal valoración tiene como base el hecho que la existencia de un bien en la realidad social posibilita la satisfacción de una necesidad humana (Cobo Del Rosal y Vives Antón, 1999, p. 788), es decir, son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social (Villavicencio, 2014, p. 11).

Cobo y Vives al referirse al tema, precisan “la función del Derecho Penal, no es la realización de la justicia por medio del castigo. El orden jurídico ha de adaptarse, desde luego, a determinadas exigencias de justicia, pero no puede ni debe pretender realizar la justicia en la tierra, la función primordial es la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el derecho en virtud de su propia naturaleza de orden de la coexistencia” (Cobo Del Rosal y Vives Antón, 1999, p.p. 800, 801).

En sentido amplio, un bien es una situación material o ideal a la cual se atribuye un valor. Tal valoración tiene como base el hecho que la existencia de un bien en la realidad social posibilita la satisfacción de una necesidad humana

Así las cosas, en un Estado social y Democrático, sólo deberá ampararse como bienes jurídicos aquellas condiciones que afecten las posibilidades de participación de individuos en el sistema social, lo cual implica sine qua non, que están revestidos de una importancia fundamental. En un estado social y democrático, sólo deberá ampararse como bienes jurídicos aquellas condiciones que afecten las posibilidades de participación de individuos en el sistema social, lo cual implica sine qua non, que están revestidos de una importancia fundamental (Mir Puig, 2008, p. 88).

La Corte Constitucional de Colombia resume, en unas líneas la importancia del bien Jurídico como la función que tiene el Derecho penal y además destaca su importancia como un límite al poder punitivo estatal, así la citada Corte enseña que: “El bien jurídico establece parámetros para la política-criminal, es decir, limita la acción del legislador cuando define conductas como delitos, materializándose de esta forma, un Derecho Penal garantista que ofrece barreras al uso desmedido del ius puniendi, en cuanto no sometido al *ius poenale*, limite que no posibilita la creación legislativa de delitos carentes de bien jurídico, en cuanto no pueden elevarse a la categoría de delito conductas que solamente atenten contra intereses políticos o ideológicos” (Corte Constitucional de Colombia, Caso N° - 365 del año 2012, J. Pretelt).

En suma, los bienes jurídicos son intereses o derechos que se expresan normativamente como valores o principios en nuestra Carta Magna y normatividad penal, sirven como elemento limitador a la potestad punitiva del Estado colombiano o ius puniendi, propendiendo por un derecho penal mínimo, donde la expedición de las normas esté precedida de especial cuidado en la protección de los principios de proporcionalidad, necesidad, adecuación, idoneidad, donde se encarguen de castigar lo estrictamente

necesario y se dé preferencia a la concepción restringida de bien jurídico con lo cual se quiere que la expedición de leyes tenga una carga argumentativa que dé legitimidad a la norma y garantías fundamentales que permitan el efectivo desarrollo de un debido proceso. (Mir Puig, 2008, p. 103).

3. Las Penas:

3.1. Definición

Prado Saldarriaga, califica el concepto sobre la pena “como concepto operativo”, afirma “que la pena es una consecuencia jurídica del delito que se materializa en la privación o restricción de bienes jurídicos del delincuente, y que se aplica en las formas y dimensiones que establece la ley y que decide en una sentencia condenatoria la Autoridad Judicial (Prado, 2000, p.17). Por su parte, Hurtado Pozo, conceptúa la pena como: “La sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o privación de derechos fundamentales” (Hurtado Pozo, 1991, p.15)

El profesor Muñoz Conde, dice “pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo. (Muñoz, 2000, p. 61). Jescheck conceptúa la pena como la compensación de una violación del Derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la afirmación del derecho” (Jescheck, 1981, p.18).

Jakobs al definir la pena nos explica que “es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada” (Jakobs, 1999, p.9).

Por otro lado Cobo Del Rosales y Vives Antón, señalan que “la pena debe ser entendida como la consecuencia y la consecuencia jurídica más precisamente del delito, y son infinitas las definiciones que, en su dimensión material, se han formulado acogiendo el concepto de pena, no solo por el Derecho Penal, sino incluso en un ámbito mucho más generalizado” y agregan “podemos definir la pena como el castigo consistente en privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinado quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción” (Cobo y Vives, 1999, p.395).

3.2. Fines de la Pena:

En doctrina, al estudiarse las funciones de la pena (o del sistema penal), se contraponen, tradicionalmente, dos corrientes: una, designada como teoría absoluta de la pena, y cuyos defensores sostienen que la pena no tiene un fin específico, sino que es impuesta como retribución o expiación del mal causado (se señala como sus más altos representantes a Kant y a Hegel); la otra es la denominada teoría relativa de la pena. Sus propugnadores afirman que el fin de la pena es evitar la comisión de futuros delitos, mediante la intimidación de terceros (prevención especial). Como representantes principales y clásico de esta corriente se señala a Feuerbach y Franz von Liszt. La oposición de estos dos grandes grupos ha tratado de ser superada por los propugnadores de la denominada teoría unitaria, quienes afirman que la pena es retribución y que sus fines deben ser alcanzados dentro de los límites que ésta establece. Se puede sostener que esta posición es la dominante, hoy en día, entre los penalistas (Hurtado Pozo, 1987, p. 122).

No debemos perder de vista como Bacigalupo indica “toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal” (Bacigalupo, 1996, p. 29)

3.2.1. Teorías Absolutas

El surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre –como tal y en sí mismo– y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración (García Cavero, 2008, p. 38)

Como se sabe, estas teorías se fundamentaban ya sea en las exigencias de Justicia (Kant) o en la necesidad de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico (Hegel). Kant rechazaba cualquier intento de justificar la pena en razones de utilidad social ya que si el hombre es un “fin en sí mismo” no era lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad. De ahí que la pena debiera ser impuesta aun cuando no fuese útil o necesaria para la sociedad. La pena se imponía entonces sólo por el hecho de haber delinquido, con independencia de cualquier otra consideración. Hegel, a su vez, desarrolla una fundamentación dialéctica bien conocida: si el delito cometido es la negación del Derecho, la pena vendría a representar la negación del delito y, por tanto —como negación de la negación—, la afirmación del Derecho. Como señala Mir Puig, esta construcción se concibe sólo como reacción que mira al pasado y no como instrumento de fines utilitarios posteriores (Mir Puig, 2004, p. 88). Es por ello, que se concibe a la pena como aquella que atiende o mira al pasado, al hecho que se cometió (Villavicencio, 2104, p. 47)

Las teorías absolutas sostienen, según García Caveró, que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor justicia, por lo que no se encontrarían informadas por criterios de utilidad social. Dentro de estas teorías destacan especialmente las llamadas teorías retributivas de la pena, las cuales definen la sanción penal como retribución por una lesión culpable (García Caveró, 2008, p. 42).

Con esta teoría se concibe a la pena como acto de retribución o castigo por el mal delictivo que se ha producido, no encontrándose el sentido de la pena en la persecución de algún fin socialmente útil (Alcácer, 2014. p. 19).

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha rechazado completamente una teoría absoluta de la pena, señalando no solamente que carece de sustento científico, sino que llega a constituir una negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana reconocido en la Constitución (STC recaída en el expediente N° 0019-2005-PI/TC).

No obstante, el Tribunal Constitucional reconoce que esta afirmación no conlleva que desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo, negando solamente que la función de la pena se agote en generar un mal en el penado. Con independencia de que esta afirmación del máximo Tribunal nacional denota una discutible comprensión de las teorías retributivas de la pena, lo más llamativo es que en su STC N° 0014-2006-PI/TC señala que el análisis de la constitucionalidad de las leyes no se puede apoyar en doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho, sino en mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente. Lo que no queda claro es cuando se está ante una postura doctrinal supuestamente

consagrada y cuando ante un mandato o principio previsto en la Constitución. Al final, parece que se sigue una fórmula que lo único que garantiza es que el Tribunal Constitucional pueda tener amplios márgenes de discrecionalidad en su labor de interpretación (García Caverro, 2008, p. 45).

Estas teorías no pueden ser acogidas en la actualidad ya que la consideración de un orden social “racional” que puede ser restaurado con la pena, o la idea de Justicia fundada en razones morales o religiosas, no se concilian con una realidad histórica que ha superado las bases del liberalismo decimonónico y con una concepción de Estado que marca las distancias entre la moral y el Derecho (Quintero, 2002, p. 121-122)

La pena, cuando se la entiende como forma de expiación de las culpas, no puede encontrar terreno en el plano jurídico. Como señala Roxin (1976, p. 14): “la idea misma de la retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”

Con Jescheck (1993, p. 3), se puede decir que a pesar de que la imposición de la pena “mira hacia el pasado” —en el sentido de que tiene como presupuesto “una infracción jurídica ya producida”—, el Derecho penal “sirve a la finalidad de prevenir infracciones jurídicas en el futuro”, con lo cual, sus fundamentos no pueden encontrarse en las ideas retributivas de mal por mal.

3.2.2. Teorías Relativas

Según las tesis preventivistas, la pena tiene por función evitar nuevos delitos. Puesto que la pena adquiere sentido por relación a los efectos de prevención, se habla de tesis relativas; podría también hablarse en muchos casos de posiciones

«utilitaristas», por cuanto son estos efectos perceptibles y evaluables socialmente los que darían razón de la pena de (Jescheck, 1993). Estas teorías están fundamentadas en razones ideológicas de índole humanitaria, utilitaria, racional y social debido a que apuestan por el hombre que ha delinquido, en la búsqueda de su capacitación y educación por medio de una apropiada actuación pedagógica-social, hacia él. (Villavicencio, 2014, p. 55).

3.2.2.1 Prevención general

Debemos reconocer que, a la pena, por ser un mal, no la podremos despojar de ese carácter intimidatorio. La pena intimida, y lo hará siempre, a unos más, a otros menos. (Silva Sánchez, 1992, p. 219). No obstante, una cosa es decir que la pena intimide y otra, bien distinta, que necesariamente disuada. García-Pablos rechaza una imagen intelectualizada del infractor, un equivocado estereotipo del delincuente previsor, en quien la opción criminal es entendida como el producto de un balance de costes y beneficios. En su lugar, señala que el efecto disuasivo no sólo depende de la gravedad y duración de la pena, sino también de la naturaleza del delito, del tipo de infractor, de la prontitud de la respuesta, del modo en que la sociedad y el delincuente perciben el castigo, etc. (García Pablos, 1992, pp. 90-91)

Para Luzón Peña (1991, p. 266), la prevención general intimidatoria —que en lo posible debe ser conciliada con exigencias de prevención especial— no tiene por qué desembocar necesariamente en la aplicación de penas ilimitadas en atención a los fines preventivos, ya que la finalidad preventiva general debe vincularse con las exigencias de eficacia e idoneidad, las mismas que se conectan con exigencias de proporcionalidad y necesidad de la pena.

La prevención general presenta dos variantes: la negativa y la positiva. En su vertiente negativa, encabezada por FEUERBACH, se presentaba a la pena como una amenaza (intimidación) dirigida a todos los ciudadanos. Se buscó que la conminación legal del delito ejerza inhibitorio dirigido a la generalidad a fin de evitar la criminalidad. En otras palabras, la pena, según esta teoría, sirve para intimidar a todos los individuos con la finalidad de que no cometan delitos, de acuerdo a ello, la prevención actúa frente a la colectividad amenazando a sus integrantes (Alcocer, 2014. p. 24).

Se afirma que el fin preventivo general negativo intimidatorio, basado en la coacción psicológica y dirigido al delincuente como sujeto racional es criticable pues supondría aceptar la teoría del Derecho Penal asentada en la utilidad subjetiva que cada delito reporta al que lo comete y no sobre la magnitud objetiva del daño que dicho delito causa, abriendo el camino hacia el incremento desmedido de la pena a fin de aminorar la expectativa del beneficio que pudiera tener el delincuente con la conducta criminal (Villavicencio, 2014, p. 55).

En su variante de positiva la pena, sostiene Roxin, la prevención general positiva, cumple una misión ético social, afirmando la moral en la comunidad para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad. Ya que, por medio de la pena, se logra la internalización y fortalecimiento de los valores concretados en normas jurídicas penales, en la conciencia de cada uno de los ciudadanos. Esto se logra gracias al significado pedagógico atribuible a la pena, pues su poder configurador de costumbres confirma el juicio moral de la sociedad (Roxin, 1997, p. 92).

3.2.2.2. Prevención especial:

Como es fácil de apreciar, las consideraciones preventivas especiales, llevadas hasta el extremo, podían suponer el abandono de un Derecho penal de hecho para enarbolar un Derecho penal de autor, es decir, uno que atienda exclusivamente a la peligrosidad del autor. Lo que es advertido por Luzón (1991, p. 305), al evocar el Derecho penal del nacional socialismo: “lo fundamental es la peligrosidad por su modo de conducta o de vida en general, lo que se llamó culpabilidad por la conducción de vida, o por el modo de comportarse el sujeto a lo largo de su vida, y no tanto por lo que hace”.

De otro lado, Roxin (1976, p. 17), señala que la idea de corrección como un fin de la pena no contiene en sí misma la justificación de dicho fin, preguntándose por ello cuáles son las razones que justifican la sanción y corrección de quienes no se adaptan a la forma de vivir de la mayoría, de los que viven al margen de la sociedad, de los que resultan molestos o incómodos; en fin, donde se puede perseguir y sancionar lo distinto o discrepante.

Sin embargo, no se puede prescindir de los criterios preventivos especiales, pues la propia Constitución reconoce, en el artículo 139 inc. 22, que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. De esto, seguimos a Carbonell Mateu —para quien la reinserción social del individuo no constituye un fin de la pena, sino una tendencia a la que debe dirigirse la ejecución de ésta— cuando considera que con la readaptación se trata de conseguir que el ciudadano se mantenga en el respeto al deber ser ideal, no a que lo asuma como propio. (Carbonell, 1995, p. 67), según esta teoría, afirma Silva Sánchez (1992, p. 230), la

pena, contribuye a formar la conciencia ética y valorativa de la sociedad, derivándose su gran connotación educativa.

En suma, sostiene el maestro Bustos Ramírez, a la prevención general positiva, se le puede atribuir la finalidad de integración social. Según esta concepción, con la pena se logra estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restableciendo de este modo el clima emocional, el equilibrio afectivo alterado por el delito y el ansia de venganza generado en la colectividad, por la ejecución del mismo (Bustos, 1997, p. 92).

3.2.3. Teorías Mixtas

Conforme lo explica el jurista Miguel Polaino Navarrete, un punto intermedio entre las teorías absolutas y relativas se sitúan las teorías mixtas, de la unión o de la unidad: se trata de un conjunto de doctrinas eclécticas, que conjugan varios aspectos o componentes diversos para la legitimación del Derecho penal. Pueden destacarse varias formulaciones de estas teorías. Una primera teoría mixta es la retributivo-preventiva, que defiende que la pena cumple al mismo tiempo la función de castigar y de prevenir, esto es, de retribuir el delito y de evitar la comisión de futuros delitos. Esta teoría, sostenida por varios autores, ejerció gran influjo en la jurisprudencia penal de diversos países, y todavía hoy continúa siendo punto de referencia de determinadas concepciones en cuanto a la justificación material de la pena (Polaino, 2008, P.79).

En las teorías mixtas, Mir Puig (2004, p. 89), afirma que es común rescatar de la teoría retributiva el criterio de proporcionalidad, según la cual la pena debe ser adecuada a la gravedad del delito cometido. No obstante, debe quedar claro que la proporcionalidad sirve como límite, mas no como fundamento de la pena.

El Derecho penal se configura y legitima por constituir un límite a la potestad punitiva del Estado. De esto, la pena se justifica en atención a los fines del Derecho penal a los que sirve y siempre que se encuadre dentro del más estricto respeto a los principios y garantías propios de un Estado social y democrático de Derecho. Fuera de aquellos límites, como señala Mir Puig, la prevención penal perderá su legitimación (ibidem)

3.3. Clases de Penas en el Perú:

3.3.1. En el Código Penal de 1924

El Código de 1924 adoptó un sistema dualista de penas y medidas de seguridad Como todos los Códigos de ideología liberal de la época, el Código Maúrtua privilegió a la pena privativa de libertad con cuatro modalidades: internamiento, penitenciaria, (p. 78) prisión y relegación (Peña Cbrera, 1986, p. 379), pero también el legislador incorporó otras sanciones que por aquel entonces eran bastante novedosas. Este fue el caso de la pena de multa, la cual se asimiló al sistema sueco de la dagsbot (días-multa), dejando de lado la multa tasada del Código de 1863. Por último, el Código del 24 mantuvo la pena de inhabilitación con las mismas características hispánicas del código derogado (Peña Cabrera, 1986, p. 379 y ss.).

Ahora bien, en un artículo interesante denominado “penas de la reforma Penal, el profesor Víctor Prado Saldarriaga (p. 9), indica que la distribución poco equitativa de las penas de multa e inhabilitación en la Parte Especial del Código, unida a la constante actitud criminalizadora del Estado, determinaron que ambas sanciones perdieran con el tiempo autonomía aplicativa y quedaran relegadas a un mero papel accesorio o secundario. Es más, con posterioridad a 1924 el sistema innovador de los días-multa fue desplazado por opciones porcentuales o de "sueldos mininos vitales"

3.3.2. En el Código Penal de 1991

Siguiendo a Villa Stein, (2010, p. 553) diremos que el Código penal peruano en su artículo 28 clasifica las penas de la siguiente manera:

a) Penas privativas de libertad

El origen de la pena privativa de libertad, nos enseña el maestro Juan Bustos Ramírez (2004, p. 679), es relativamente moderno. Aparece con el Estado liberal especialmente sobre la base de una idea humanitaria, utilitaria y re socializadora. Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general, las de carácter corporal. Su utilitarismo en aprovechar para el Estado y para regular el mercado de trabajo, la mano de obra ociosa y marginal. Su resocialización consistía en disciplinar al campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica.

La pena privativa de libertad, indica Bramont-Arias Torres, consiste en privar de la libertad a una persona, entendiendo libertad al carácter ambulatorio, a la movilidad con que normalmente se desenvuelve la persona, siendo que esta medida se materializa cuando la persona ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave.(Bramont Arias, 2008, 446), eso quiere decir que, la pena privativa de la libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento, la más de las veces carcelario. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración variable (Bustos, 1984, p.438).

En nuestro país, el artículo 29º del Código Penal establece que la pena privativa de libertad tiene una duración mínima de 02 días y una máxima de 35 años, aunque su variante temporal se erige por medio de la pena de cadena perpetua.

Tanto el Título Preliminar del Código Penal (artículo IX), como la Carta Política (artículo 139º inciso 22) así como el Título Preliminar del Código de Ejecución Penal (artículo II), se cohesionan sobre una sólida base programática encaminada teleológicamente a una función preventiva, protectora y re socializadora. Es decir, el constitucionalismo social impregna nuestro derecho positivo bajo la panacea de la ideología re socializadora y aquella tarea es en concreto la que supuestamente asume la pena privativa de libertad en la persona del condenado, de modo que la filosofía punitiva de los Estados sociales aparece guiada por un fin de prevención especial positiva, cual es el de la resocialización.

b) Penas restrictivas de libertad

Son aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento, le imponen algunas limitaciones. Se encuentran reguladas por el artículo 30º del Código Penal. Son penas que restringen los derechos de libre tránsito y permanencia en el territorio nacional de los condenados (Bramont Arias, 2008, 448).

c) Penas limitativas de derechos

Consideradas en los artículos 31º al 40º del Código Penal. Estas sanciones punitivas limitan el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles, así como el disfrute total del tiempo libre. Son de tres clases: Prestación de servicios a la comunidad (variante especial del trabajo correccional en libertad), limitación de días libres (el

condenado sólo debe internarse en un centro carcelario por periodos breves que tienen lugar los días sábados, domingos o feriados) e inhabilitación (incapacidades o suspensiones que pueden imponerse a un condenado) (Villa, 2010, p. 551).

d) Penas de multa

La pena de multa, dice Bramont Arias (2008), obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días multa. El importe del día multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, renta, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

En razón de su importancia las penas en el Código pueden ser (Villa, 2010, p. 553):

- a) Penas principales:** Se impone de manera autónoma, no dependiendo de ninguna otra. Ej. penas privativas de libertad.
- b) Penas accesorias:** Su existencia dependen de otra pena principal y se impone conjuntamente con ésta. Ej. la expulsión de extranjero (art. 30 del C.P.).
- c) Penas acumulativas:** Se trata de aquellas que se aplican conjuntamente. ' Pena principal y accesoria.
- d) Penas alternativas:** Son aquellas entre dos, que se dejan a criterio del Juez, a fin que en el caso concreto él decida. Ej. Pena privativa de la libertad o días multa.
- e) Penas divisibles e indivisibles:** Se trata de las que por su naturaleza pueden ser fraccionadas. Ej. Multa (arts. 41 y 44 del C.P.).

4. Los sustitutivos penales

4.1. Antecedentes:

Víctor Prado en el artículo citado ut supra, las penas de la reforma penal, nos explica que en lo que atañe a los substitutivos de las penas privativas de libertad, el legislador nacional consideró, en primer término, el trabajo comunitario para los casos de prisión convertida por no pago de una pena de multa. En segundo término, nuestro país fue uno de los primeros, en Latinoamérica, en incorporar la condena condicional según el modelo franco-belga del *surcis*. Finalmente, Maúrtua previó la liberación condicional para flexibilizar la ejecución de las penas privativas de libertad. Lamentablemente, el afán preventivo general de las modificaciones posteriores a 1924 fue bloqueando, poco a poco, el funcionamiento de tan importantes medidas. Por ejemplo, en 1939, la ley 9014 limitó la condena condicional a los delitos culposos y, sin ninguna lógica, a las infracciones cometidas por inimputables peligrosos. Estas, sin embargo, no fueron las únicas modificaciones. Así, por ejemplo, la rehabilitación se vio modificada con la promulgación en 1940 del actual (*en ese entonces*), Código de Procedimientos Penales y, 45 años después, la liberación condicional pasó a ser regulada por el Código de Ejecución Pena (Prado, p. 10)

4.2. Definición:

Los sustitutivos penales, básicamente Consiste en reemplazar una pena privativa de libertad, conminada o impuesta judicialmente, por otra sanción de distinta naturaleza. O como señala De la Cuesta Arzamendi, ante “la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad”. En otras palabras, siguiendo a

Villa Stein, consiste en reemplazar la pena privativa de libertad por otra alternativa (Villa, 2010, p. 595).

Estos se basan en criterios de política criminal adoptado en el Código Penal de 1991, fue el de restringir significativamente la aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta y mediana duración. Así, el legislador señaló como prioridad “la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad o que han cometido hechos delictivos que no revisten mayor gravedad (Prado, 1996, p. 24).

Los sustitutivos van formándose, desde los proyectos iniciales de 1984, el legislador nacional fue incluyendo un catálogo cada vez más amplio de medidas alternativas. Para lo cual, dicho sea de paso, no dudó en asimilar diferentes modelos legislativos foráneos, muchos de los cuales resultaron inéditos para nuestro derecho penal. Es así que el legislador siguió al Código Penal brasileño de 1984 al tratar de la sustitución de la pena incorporó la reserva del fallo condenatorio en base a los Proyectos españoles de 1980 y 1983. La exención de pena, en cambio, la reguló según el modelo del Código Penal portugués de 1982 y la conversión de penas bajo la influencia del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

Lamentablemente esa vocación despenalizadora de la reforma no tuvo en cuenta la limitada información existente en nuestro medio, acerca de los objetivos y alcances funcionales que correspondían a este tipo de opciones reduccionistas de las penas cortas de prisión. Como consecuencia de ello, los operadores de la Administración de Justicia Penal se encontraron repentinamente obligados a aplicar instituciones desconocidas, y sobre las cuales la doctrina nacional no había desarrollado mayor ilustración teórica o práctica. Estos factores condicionaron negativamente la evolución de la jurisprudencia referente a las nuevas medidas. Con el devenir de los años, se generó una sinuosa línea de

interpretación judicial, que se ha caracterizado por distorsionar u omitir reiteradamente la aplicación de muchas de ellas (Prado, 1996, p. 116)

El Código Penal vigente ha considerado cinco modalidades alternativas a la prisión efectiva que son las siguientes: a) sustitución de pena privativa de libertad; b) conversión de pena privativa de libertad; c) suspensión de la ejecución de la pena; d) reserva del fallo condenatorio; e) exención de pena. De las cuales la que tiene mayor aplicación es la suspensión de la ejecución de la pena y en menor grado la reserva del fallo condenatorio, y en un porcentaje casi nulo las demás medidas alternativas. (SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 382-2012-LA LIBERTAD SENTENCIA DE CASACIÓN Lima, diecisiete de octubre de dos mil trece)

4.3. Los sustitutivos penales en el Perú:

4.3.1. La conversión de la Pena

4.3.1.1. Conceptualización:

En el derecho penal comparado, este sustitutivo penal es designado también con otras denominaciones. En el derecho penal brasileño, español y portugués se le conoce como “sustitución de penas”, mientras que en Costa Rica y Guatemala se le denomina “conmutación de penas” [Código Penal brasileño (art. 44), Código Penal español (art. 88), Código Penal portugués (arts. 43 y 44), Código Penal de Costa Rica (art. 69) y Código Penal de Guatemala (art. 50)]. El Código Penal Tipo para Latinoamérica emplea de modo exclusivo la expresión “conversión de penas” (Código Penal Tipo para Latinoamérica art. 80.)

La conversión de penas es una forma de conmutación de sanciones (Prado, 1996, p. 116), en otras palabras, la conversión no es otra cosa que la sustitución de una pena por otra. (Peña Cabrera, 1995, p. 532).

Por su parte. Villa Stein, refiere que, la conversión es el reemplazar o sustituir una pena, generalmente privativa de libertad, por otra supuestamente equivalente, aunque evidentemente de menor intensidad, tales como multa, prestación de servicio comunitario o limitación de derechos. (Villa Stein, 2010, p. 595).

4.3.1.2. Evolución:

Bramot, comentando el Código anterior expresa que, en el Código Maúrtua de 1924 no existían medidas que cumplieran iguales funciones a las que el código vigente asigna a la sustitución (p. 260) y conversión de penas. No obstante, al interior de su articulado hemos podido encontrar algunas formas de conmutación de penas privativas de libertad por medidas de seguridad, lo que ocurría en los casos de delitos perpetrados por “salvajes” (art. 44), “indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo” (art. 45). Asimismo, se posibilitaba el reemplazo de penas de internamiento por penas de penitenciaría cuando el delito hubiese sido ejecutado “por mayores de 18 y menores de 21 años de edad”

Sin embargo, el supuesto que más se acercó a la conversión de penas fue el del artículo 194 del código derogado, y que permitía sustituir, ya en la etapa de ejecución, hasta un noventa por ciento de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por el pago

de una multa. Cabe anotar, además, que la Constitución de 1979 otorgaba al presidente de la República la facultad de conmutar penas. Este desarrollo del llamado derecho de gracia se aplicó fundamentalmente para la sustitución extrema de la pena de muerte por una privativa de libertad (Bramont Arias, 1966, p. 113).

El profesor nacional Prado Saldarriaga (1996) de forma muy didáctica explica, que fue a partir del Proyecto de octubre del 84 que la conversión comienza a ser considerada como una verdadera medida alternativa para las penas privativas de libertad de corta duración. En dicho Proyecto, la conversión alcanzaba únicamente a penas de prisión no mayores de un año, y tenían la condición de penas sustitutivas de la multa y del trabajo en beneficio del Estado. Un requisito especial para acceder a dicha medida fue la exigencia que el condenado garantizara el pago de la reparación civil (art. 66). Así mismo, se estableció que el uso de la medida excluía “la aplicación, simultánea o sucesiva, de la condena de ejecución condicional”.

Los Proyectos de agosto de 1985 (art. 65) y de abril de 1986 (art. 64) ampliaron significativamente los alcances de la conversión hasta el límite de tres años de pena privativa de libertad. Además, incluyeron como presupuesto negativo la imposibilidad de aplicar al sentenciado una condena de ejecución condicional. Finalmente, en los Proyectos de julio de 1990 (art. 58) y enero de 1991 (art. 52), la medida sustitutiva que analizamos sufrió importantes transformaciones que consolidaron su configuración definitiva en la legislación vigente. En efecto, por un lado, se retoma como término máximo de conversión un año de pena privativa de

libertad. Y, por otro lado, se extiende el presupuesto negativo para considerar alternativamente a la suspensión de la ejecución de la pena y a la reserva del fallo condenatorio.

Lamentablemente, en ambos textos se omitió incorporar requisitos especiales vinculados a la condición personal del agente, los que sí fueron exigidos en todos los proyectos precedentes. Es de señalar, también, que al incorporarse en aquellos instrumentos normativos las llamadas penas limitativas de derechos, de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de idas libres, al estilo del Código Penal brasileño de 1984, se incluyó una nueva medida alternativa similar a la conversión, la sustitución de penas. A fines de 1997, el legislador decidió modificar la redacción del artículo 52º, a través de la Ley No. 26890. El Proyecto remitido por el Ejecutivo al Congreso de la República, planteaba como novedad disponer con carácter preceptivo la conversión de toda pena privativa de libertad no superior a dos años. La Exposición de Motivos de dicha propuesta señalaba que el objetivo perseguido era otorgar “al magistrado una herramienta legal capaz de facultarlo a favorecer la despenalización y despoblamiento penitenciario, en favor de los condenados a penas ‘privativas de libertad’ medianamente leves”. Sin embargo, al ser analizada la propuesta por la Comisión de Justicia, si bien se aceptó el límite de los dos años, se descartó ese pretendido carácter obligatorio de la conversión, aduciendo que el mismo (p. 262) produciría serios trastornos en la eficacia preventiva de las penas leves y limitaría también la capacidad selectiva de decisión del órgano jurisdiccional. Al respecto los legisladores sostuvieron: “ Creemos que de asumir la posición del proyecto de la ley de convertir

obligatoriamente las penas privativas de la libertad que no excedan de 2 años en otra de multa, prestación de servicios o la limitación de días libres, conllevaría a la eliminación sistemática de todas aquellas penas que no sobrepasaran dicho límite, pues en la práctica sólo habrían penas efectivas a partir de 2 años a más, es decir que la estructura del Código penal se vería modificada de asumir en su integridad la propuesta legislativa. Asimismo, tampoco podríamos afirmar que el juez mantendría en estos casos la facultad discrecional respecto de atender a la poca gravedad del hecho punible al momento de convertir una pena efectiva por otra de prestación de servicios, por ejemplo.

En el Código Penal de 1991, la conversión de penas está regulada por los artículos 52 al 54. Su fuente legal la encontramos en los artículos 80 y 81 del Código Penal Tipo para Latinoamérica, de donde fue recepcionada por el Proyecto de agosto de 1985. No obstante, en lo esencial, su estructura actual fue consecuencia de las modificaciones introducidas por el Proyecto de julio de 1990. (Prado, 1996, p. 116).

4.3.1.3. Requisitos:

Que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda a dos años de pena privativa de libertad. Según la doctrina nacional, este límite temporal resulta reducido si se tiene en cuenta que en los proyectos de setiembre de 1989 (art. 57) y de julio de 1990 (art. 58) el legislador optó por señalar un máximo de 3 años de pena privativa de libertad. Además, no resulta homogéneo con los que son considerados para la procedencia de otras medidas alternativas, como la sustitución de penas (3 años),

suspensión de la ejecución de la pena (4 años), o la reserva del fallo condenatorio (3 años). Es de mencionar que en otros países la conversión se autoriza incluso para casos de penas privativas de libertad de hasta cinco años, tal como ocurre en el Código Penal de Guatemala (art. 50). De allí que coincidamos con Villavicencio en demandar una modificación que permita ampliar “a tres años la pena privativa de libertad a convertir (Villavicencio, 1997, p. 217).

Para que proceda esta medida alternativa se exige las siguientes condiciones: i) que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda de dos o cuatro años de pena privativa de libertad; y, ii) que, en el caso concreto, como requisito especial exige que no sea posible aplicar al sentenciado una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva del fallo condenatorio (CASACIÓN N° 382-2012-La Libertad)

4.3.1.4. Revocación:

La conversión de penas genera en el condenado dos obligaciones fundamentales. Por un lado, debe cumplir adecuadamente la pena convertida. Y, por otro lado, debe abstenerse de cometer nuevo delito doloso cuando menos mientras dure el período de ejecución de dicha pena. Según los artículos 53 y 54, la infracción injustificada de tales obligaciones puede acarrear la revocatoria de la conversión. En este último supuesto, se producirá una reconversión, que llevará al condenado a cumplir la pena privativa de libertad que le fue impuesta en la sentencia y, en su caso, la correspondiente por el nuevo delito cometido. Se trata de la llamada “cláusula de retorno” y que como señalan Mapelli y Terradillos

implica “la recuperación de la pena desplazada (cláusula de retorno). Si el incumplimiento es inicial, aquella se ejecuta en su totalidad; si es parcial, se emplea la misma regla de conversión, pero en sentido inverso” (Villavicencio, p. 217).

Es de advertir que la revocatoria requiere un apercibimiento previo por parte de la autoridad judicial. Dicha amonestación debe materializarse de modo formal y no limitarse a una simple notificación. Sin embargo, este requerimiento se hace innecesario cuando la infracción en la que incurrió el condenado supone la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena conminada es de tres años o más de privación de libertad, puesto que ante tal circunstancia la revocatoria será inmediata. Por tanto, como señala Villavicencio, “si la sanción prevista fuera la de prestación de servicios a la comunidad (así el caso del delito previsto en el art. 163) o la de limitación de días libres (ejemplo, el delito previsto en el art. 164) o de multa (verbigracia, el delito previsto en el artículo 131), la revocación no se da”. Igualmente, tampoco procedería (p. 266) una revocación automática como plantea el artículo 53 del Código Penal si el nuevo delito cometido fuera sancionado con pena privativa de libertad inferior a tres años. (Villavicencio, 1997, p. 220).

4.3.1.5. Diferencia con otras figuras:

La sustitución de penas es de origen brasileño e implica poder reemplazar penas privativas de libertad de hasta tres años por penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. La conmutación de penas es una medida motivada por la (p. 267) voluntad política de corregir los errores judiciales

cometidos en la aplicación de la legislación penal antiterrorista (1992-1997). Ella supone sustituir la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado por una sanción de menor duración, pero de igual naturaleza (1996, p. 119).

4.3.1.6. Oportunidad:

Para explicar la oportunidad donde procede la conversión de la pena transcribiremos lo establecido por la Corte Suprema, ya que se generó un problema con la libertad anticipada, por el cual algunos sostenían que esta era una modalidad de conversión de la pena que se podía aplicar posteriormente a la sentencia, así, la resolución señala:

“1. El artículo cuarenta y seis del Código Penal señala que, para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificativas de la responsabilidad, considerando las circunstancias genéricas señaladas en el artículo invocado. A su vez, el último párrafo del artículo cuarenta y siete del Código Penal establece que la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativas de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención. Queda claro, entonces, que es de asumir que en la sentencia se deberá fundamentar la razón de la pena a imponer o pena sustitutiva elegida, ya que esta última resulta una medida alternativa de carácter subsidiaria frente a las otras penas que regula el Código Penal. 2. En efecto, si en un proceso penal se determinó la responsabilidad penal de

una persona respecto al delito cometido, siendo condenado a pena privativa de libertad suspendida bajo ciertas reglas de conductas, resulta imperativo que esta deba ser cumplida en el plazo y modo señalado en la ley; toda vez que la conversión de pena es una alternativa que establece el Código Penal frente a la imposición de una pena efectiva de corta duración y de descarte de la suspensión de la ejecución de la pena o reserva del fallo condenatorio. Entonces, se tiene que por expresa disposición normativa la conversión de pena se efectúa al momento de emitirse sentencia; toda vez que opera residualmente, es decir, cuando no procede la condena condicional o reserva del fallo, y como estas se determinan al emitirse sentencia, la conversión de pena por otra alternativa se realizará al momento de emitirse sentencia.

3. El inciso dos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, señala que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, lo cual implica que la sentencia se cumpla en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa, tampoco se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, tal como lo establece el artículo cuarto del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. Existe una duda válida, que tiene trascendentales efectos prácticos, en torno al momento de aplicación del instituto de conversión de pena. Al respecto, existen dos posturas que sintetizan el estado actual. Una primera

postura considera que la medida alternativa de conversión de pena solamente opera durante la expedición de la sentencia, la emisión de la sentencia es realizada a través de un pronunciamiento jurisdiccional. El efecto principal de optar por esta postura es que no pueda ser ejercida nuevamente con la finalidad de desnaturalizar los otros sustitutos alternativos de la pena. Una segunda postura considera que opera también en la fase de ejecución de sentencia. Esta postura señala que apelando a una interpretación sistemática de “todo el capítulo de la conversión de la pena”, lleva a la otra conclusión también jurídica válida y justa, de que su aplicación puede hacerse en fase de ejecución de sentencia; toda vez que el Código Penal no ha contemplado en forma expresa la conversión de penas en la etapa de ejecución, sin embargo, tampoco está prohibida. 5. Desde nuestra perspectiva, la solución al problema se halla en diferenciar las medidas alternativas adoptadas por el Código Penal al momento de su aplicación, lo cual determinará sus efectos durante la fase de ejecución de sentencia. En efecto, al momento de emitir sentencia, el juez valora las circunstancias genéricas que prevén los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, para imponer una medida drástica que es la prisión efectiva, momento en el cual si descarta la condena condicional o la reserva del fallo condenatoria, convencido que la pena concreta a imponer debe ser efectiva, revalorará el pronunciamiento, y optará por las medidas alternativas, esto es, multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. 6. De lo mencionado, es evidente que la actividad realizada para la conversión de pena por el magistrado está referida al momento de la determinación judicial de la pena concreta, ya que en ese

momento realiza una actividad estrictamente jurisdiccional y porque en el fallo debe fijarse la pena impuesta y a continuación debe acordarse la conversión. Sostener que se pueda realizar en un momento posterior, implicará que se alteraría la autoridad de cosa juzgada, ya que se emitiría pronunciamiento sobre circunstancias no conocidas al momento que se determinó la pena concreta. 7. Esta interpretación se ampara en que la conversión de pena es una institución con presupuestos y requisitos preestablecidos porque una de sus funciones es evitar que una persona ingrese a prisión, no sacarla de prisión. Sobre las consideraciones precedentes, se concluye que la conversión de pena opera al momento de la emisión de la sentencia. La razón radica en el tipo de valoración que hace el juez al momento de la determinación judicial de la pena concreta, puesto que al emitir el fallo valora la personalidad del agente y las circunstancias que rodean al hecho punible, para luego de un proceso intelectual, declarar si procede o no la conversión de pena” (CASACIÓN N° 382-2012-LA LIBERTAD SENTENCIA DE CASACIÓN, fundamento cuarto)

4.3.1.7. Conversión en Malam Partem

Estamos en el supuesto en que la pena impuesta fue de limitación de derechos o de multa y el condenado no cumple con la prestación o pago, con lo que procede convertir dichas penas en privativa de libertad conforme a los artículos 55 y 56 del Código Penal. (Villa Stein, 2010, p. 595).

4.3.2. Reserva del Fallo Condenatorio:

4.3.2.1. Conceptualización y Fundamento

Para Villa Stein, Se trata de una alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración lo mismo que a las de multa y limitativas de derechos. (2010, p. 601).

La Reserva del Fallo Condenatorio fue otra de las innovaciones que en el ámbito de las medidas alternativas introdujo en el derecho peruano, el Código Penal de 1991. Para ello el legislador nacional se guió por el modelo que incluía el Anteproyecto de Código Penal Español de 1983 (Art. 71º y ss.). Esta referencia a la fuente es importante ya que, como lo sostuvo en su oportunidad SANTIAGO MIR PUIG (1987, p. 55), la suspensión del fallo, en los proyectos españoles, se apartó significativamente de la probation anglosajona, al prescindir del pronunciamiento de la condena y por ende de la pena.

4.3.2.2. Fundamento:

El fundamento de la reserva del fallo, según Villa Stein, no puede ser otro que el de «*probation*» de raigambre anglosajona, por el que el infractor queda notificado y advertido que su infracción es intolerable, inadmisibles, de lesividad suficientemente intensa, pero que, en el caso concreto, vista la personalidad del autor, su arrepentimiento no verbalizado sino materializado en el resarcimiento a la víctima, se le suspende el fallo, a modo de oportunidad, lo mismo que por causa de su innecesidad en el caso concreto y dejando incólume el fin preventivo de la ley penal. (Villa Stein, 2010, p. 601).

Para, Peña Cabrera, siguiendo al ilustre maestro Mir Piug, en el sentido que «el objetivo sea evitar que muchos infractores de la ley cumplan la pena en la cárcel, impidiendo con ello la consiguiente desocialización y, desde luego, efectos traumáticos sobre la familia del condenado. (Peña Cabrera, 2010, p. 547)

4.3.2.3. Condiciones para su aplicación:

Para la reserva del fallo condenatorio son condiciones adicionales a la de la modalidad de hecho punible y la personalidad del agente, las siguientes:

- a) Que el delito esté conminado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años o multa.
- b) Cuando la pena pronóstica no supere las noventa jornadas de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.
- c) Cuando la pena pronóstica no supere los dos años de inhabilitación.

4.3.2.4. El incumplimiento de las reglas de conducta

El Código establece en su art. 66 qué puede hacer el Juez en el supuesto de incumplimiento de las reglas de conducta:

1. Hacerle una severa advertencia.
2. Prorrogar el régimen de prueba, sin exceder la cantidad del plazo inicialmente fijado.
3. Revocar el régimen de prueba.

4.3.3. La exención de Pena:

4.3.3.1. Conceptualización

El Juez podrá eximir de sanción, en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de

libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derecho o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima. (Villa Stein, 2010, p. 601)

Vemos que el legislador creó sin necesidad esta figura, pues tal como está redactada nada añade a la figura de la reserva del fallo condenatorio. Vemos, además, que tal y conforme está redactado el artículo, no se trata de la antigua y útil figura de la composición merced a la cual víctima y victimario arreglan entre sí, el conflicto nacido de la lesión de la norma. (Villa Stein, 2010, p. 601)

Dice Peña Cabrera (2010), que “se trata de la antigua figura de la composición, por la que agraviante y agraviado se reconcilian entre sí careciendo de objeto a partir de ello, que intervenga el Estado”.

Nos dice Villa Stein, La reserva del fallo condenatorio contiene entonces, una declaración de culpabilidad por el injusto perpetrado por el autor lesionando la norma jurídica por lo que el Juez decide abstenerse de dictar la parte resolutive de la sentencia condenatoria, sin perjuicio desde luego de las responsabilidades civiles del caso, conforme todo con el art. 62 del Código penal. (Villa Stein, 2010, p. 597).

4.3.4. Suspensión de la ejecución de la Pena:

4.3.4.1. Antecedentes:

Los orígenes de la suspensión de la ejecución de la pena se ubican a finales del siglo pasado, en los procedimientos de "surcis" aplicados en Francia y Bélgica.

En el derecho penal peruano fue introducido, como condena condicional, por el Código Penal de 1924, aunque limitada en sus efectos a los delitos culposos. Sin embargo, con posterioridad, y a través de reformas en el Código de Procedimientos Penales, se amplió su aplicación a toda condena a pena privativas de libertad no superior a dos años y siempre que el agente no fuere reincidente. (Hurtado, 1973, p.64)

4.3.4.2. Conceptualización y fundamento:

Se trata de uno de los procedimientos tradicionales de limitación de las penas cortas privativas de libertad. Se le conoce con distintas denominaciones, pero las más admitidas en el derecho penal comparado son condena condicional y suspensión de la ejecución de la pena. Curiosamente algunas legislaciones utilizan simultáneamente ambas denominaciones, por ejemplo, el Código Penal Peruano (Cfr. Arts. 57º y 58º). Sin embargo, para un sector doctrinal resulta más adecuado el término suspensión de la ejecución de la pena, puesto que, señalan, la condena no es suspendida en sus efectos accesorios o de indemnización civil. Lo único que se deja en suspenso es la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que se impuso al condenado. (Villavicencio, 1992, p. 233)

Para Villa Stein (2010, p. 595), se trata de la condena condicional o pena condicionalmente suspendida, «consistente genéricamente en la suspensión del cumplimiento de la condena durante un cierto período en el que se establece determinadas condiciones que, si son cumplidas permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal.

Para Bramont- Arias (2008, p. 446), la suspensión de la ejecución de la pena responde al principio de no necesidad de ejecución de la pena. Desde el punto de vista teórico, esta pena se justifica únicamente por la necesidad preventiva, esto es, la ejecución de una pena no es necesaria desde el punto de vista preventivo especial, cuando puede conseguirse también con su suspensión que el sujeto no vuelva a delinquir y desde el punto de vista preventivo general, el efecto intimidatorio se consigue también con la simple amenaza de ejecución de la pena impuesta si el sujeto vuelve a delinquir durante el periodo de prueba.

De otro lado, Villa Stein (2010), establece que responde este instituto político-criminal a criterios del derecho humanitario que propicia darle al infractor una oportunidad de probar para el futuro su respeto al orden jurídico -sistema de sometimiento a prueba-. La sobrepoblación penitenciaria es un elemento adicional que abona por esta opción.

Antes de sufrir modificaciones, y en líneas generales, como lo ilustra Villa Stein (p. 590), La ley peruana permite la suspensión condicional de la pena cuando la que se le impone al condenado no excede de cuatro años de pena privativa de libertad y que la personalidad del autor (art. 57.) indique compatibilidad con la medida. Se critica esta última condición en el sentido de no adecuarse a un Derecho penal de acto, pues asoma un Derecho de autor, con aquello de «la personalidad», lo que no es exacto pues el hecho ya fue juzgado -con criterio de Derecho penal de acto- y de lo que se trata ahora es del pronóstico de recuperación del condenado.

4.3.4.3. Efectos de su cumplimiento

Siguiendo al profesor Javier Villa Stein, el art. 61 del Código penal contiene un importante instrumento premial que estimula el buen comportamiento del condenado sujeto a suspensión.

En efecto, la condena será considerada como no pronunciada si transcurrido el plazo de prueba el condenado no comete nuevo delito doloso ni infringe de manera persistente y obstinada, las reglas de conducta. (Villa Stein, 2010, p. 592)

4.3.4.4. Efectos de su incumplimiento

A tenor del art. 59 del C.P., el incumplimiento de las reglas de conductas impuestas por el Juez, para el período de suspensión o la condena por otro delito, el Juez podrá: “Amonestar al infractor; prorrogar el plazo de suspensión, y, revocar la suspensión de la medida”.

Respecto de la amonestación, decir que se trata de un recurso muy antiguo de origen romano, aunque en nuestro derecho moderno dudo de su eficacia. De cualquier manera, sólo se da aplicación para una contravención leve a las reglas. (Villa, 2010, p. 592)

SUB CAPÍTULO II

LOS DELITOS SOBRE LOS QUE SE PROHIBE SUSPENDER LA EJECUCION DEL LA PENA

1. El delito de Colusión:

1.1. Denominación:

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la colusión como: “acción y efecto de coludir, pactar en daño de tercero”. Coludir significa, entonces: “Pactar en daño de tercero”, afectando de forma directa al patrimonio del Estado.

La doctrina y la jurisprudencia nacional, de manera casi unánime, vienen denominando al delito materia de análisis como delito de colusión ilegal y de manera particular como colusión fraudulenta.

No obstante, según el tratadista Abanto Vásquez (2003, p. 221) un sector de la doctrina peruana ha rechazado y desaprobada dicha denominación de colusión ilegal, ya que el funcionario no debe en ningún caso coludirse con los privados, por lo que resulta repetitivo decir colusión ilegal, y, considerando en su reemplazo la denominación de “fraude a la administración pública”, término que describe la conducta ilícita en el desempeño de la actividad funcional pública.

Por su parte, los profesores, García caverro y castillo Alva (2008, p. 19), consideran adecuado seguir utilizando la denominación tradicional de colusión ilegal debido a tres razones principales: 1) Se ajusta al sentido del tipo penal y las características de la conducta en cuanto comprende tanto a la concertación y al perjuicio que debe sufrir el Estado como consecuencia de la maniobra fraudulenta emprendida por el funcionario en contubernio con los terceros interesados; 2) Refleja el sentido tradicional e histórico de

cómo se identifica a la infracción tanto en el plano científico inmensamente mayoritario y en el derecho judicial, aportando una destacable claridad que refleja el sentido preciso de la infracción penal; y, 3) El empleo de cualquier otra formulación lingüística no aporta claridad ni una mejor precisión que la propia referencia a la colusión ilegal.

1.2. Ámbito de aplicación:

El delito de colusión tiene como fuente legislativa el Derecho penal español, el cual se circunscribe a determinadas operaciones de carácter patrimonial realizadas en el desempeño del cargo, y no a cualquier perjuicio estatal producido por la actuación del funcionario público. Es así que el artículo 400° del Código penal español anterior limita la colusión desleal a los suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, mientras que el artículo 436° del Código penal español actual, se refiere a los actos de las modalidades de la contratación pública o las liquidaciones de efectos o haberes públicos (García & Castillo, 2008, p. 26). Por lo que el delito de colusión desleal, según el Código penal español tiene un ámbito de aplicación claramente definido, esto es: los procedimientos de contratación pública y el pago de efectos y haberes públicos.

Por su parte la legislación penal nacional siguiendo la lógica del código penal español, limita su ámbito de aplicación exclusivamente a las modalidades y operaciones derivadas de la contratación pública. En efecto como bien señala el Profesor, Fidel Rojas (2007, p. 37): “El artículo 384° de nuestro texto punitivo circunscribe la actuación típicamente relevante del funcionario público a los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en los que intervenga en razón de su cargo o comisión especial. Si se entra en el contenido semántico de cada uno de estos conceptos, podrá

comprobarse que todos ellos están vinculados a la contratación pública”, aclarando que todas estas etapas de la contratación pública no se mueven en un mismo nivel conceptual. De acuerdo a lo señalado, para Abanto las licitaciones, los concursos de precios y las subastas constituyen procesos de competencia reglados para la adquisición de bienes o servicios del Estado, y los contratos y suministros son operaciones que concentran la adquisición estatal procurada con los procesos de selección antes mencionados. Es por ello que, el ámbito de aplicación del delito de colusión se circunscribe a las modalidades de contratación pública para las adquisiciones del Estado, esto es, los procesos de selección y la ejecución de los contratos con los que se realizan dichas adquisiciones. (Abanto, 2003, p. 228)

No obstante, en concordancia con lo señalado por García Cavero y Castillo Alva (2008, p. 33) la delimitación propuesta del ámbito de aplicación del tipo penal podría cuestionarse atendiendo a la cláusula general recogida en el artículo 384° del Código penal, la cual establece la posibilidad de una colusión desleal en “otras operaciones semejantes”. A pesar de ello, el propio tipo penal exige una relación de semejanza con las operaciones expresamente previstas, lo cual significa que no cualquier operación o contrato realizado por los funcionarios públicos puede dar pie a una colusión desleal y, aun cuando resulte incluso perjudicial para los intereses del Estado.

Ante ello, y a pesar de que el tipo penal permite una interpretación abierta, hay que buscar en el mismo tipo penal los elementos de referencia para hacer la extensión permitida en el marco de la Ley, esto es, el ámbito de aplicación del delito de colusión desleal a los procesos de selección y contratación pública es, que la concertación con los interesados exigida por el tipo penal debe tener lugar en relación con supuestos o momentos específicos que se presentan precisamente en la ejecución de contratos derivados de los procesos de selección públicos, situación que para el

profesor Abanto Vásquez (2003, 229) debe notarse que se trata siempre de colusiones en un momento en el que los privados ya han obtenido la posibilidad de contratar con la administración o luego de haber contratado con esta, están ejecutando o prorrogando el contrato.

Sin embargo, pese al carácter delimitado del ámbito de aplicación del tipo penal de colusión, (García y Castillo, 2008, p. 42), señala que: “no puede negarse que existen ámbitos ajenos a las adquisiciones públicas en los que podría debatirse si se trata de operaciones semejantes”. Así, por ejemplo, podría plantearse la inclusión en el ámbito de aplicación del delito de colusión de los casos en los que el Estado no es el adquirente, sino, el proveedor de bienes o el que suministra servicios a los particulares. Entonces, para que estos casos puedan ser considerados una “operación semejante” a las adquisiciones estatales, resulta necesario que se presenten en el marco de un proceso de selección público, solo así y bajo estas circunstancias la infracción del deber de fidelidad patrimonial del funcionario público resulta equivalente a los supuestos expresamente contemplados en el tipo penal, entendiendo dicho supuesto en el que dicho funcionario no pujó para favorecer los intereses del Estado.

1.3. Objeto de protección del delito de colusión en el Perú: Bien Jurídico protegido

Desde la base constitucional, corresponde al derecho la protección de la sociedad ante ataques que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales, especialmente al derecho penal, por lo que sus fines se encuentran orientados de manera preventiva para salvaguardarlos. En general el delito de colusión se encuentra dentro de aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos (en la práctica son llamados corrupción de funcionarios), que atentan contra la Administración Pública, el cual buscan proteger el normal

y correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico genérico.

En tanto para el magistrado nacional Salinas Siccha (2019, p. 321) el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la Administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos, es así, que si este, al desarrollar sus obligaciones funcionales al interior de la administración pública, tiene que hacerlo conforme al deber funcional que le impone el cargo público que desempeña, de tal manera que, si infringe aquel deber y de paso, con su actuación busca defraudar el patrimonio del Estado, entra a tallar el delito de colusión ya sea en su faceta simple o agravada.

Por su parte el profesor Abanto Vásquez (2003, p. 228) siguiendo la doctrina española, enseña que “el objeto del bien jurídico directamente atacado aquí tiene un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la administración pública en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado”.

En este extremo Castillo Alba en (2008, p. 229), enfatiza desde su perspectiva que: “El bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal es el patrimonio del Estado. La particularidad de este delito reside en el hecho que la protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación de naturaleza económica, en la que se proscribire toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación al Estado”.

Pero si nos basamos en el deber que tienen los funcionarios o servidores públicos de proteger el patrimonio del Estado según la función asignada, nos damos cuenta que el bien jurídico protegido del delito de colusión encuentra su fundamento en los deberes especiales que tiene al interior de la administración. No se duda que bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, si hablamos de la agravante de dicho delito (colusión agravada – 2do. Párrafo del artículo 384° del Código Penal), pero si tomamos como punto de partida el tipo base (colusión simple – 1er. Párrafo del artículo 384° del mencionado dispositivo legal) el sustento de la misma no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado o al sistema económico de éste, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De modo que según Salinas Siccha (2019, p. 322) la sanción penal la sustenta, la inobservancia de un deber específico que vincula al sujeto público con los fines del Estado, deber específico de carácter positivo, en el sentido de que el sujeto debe disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado, siendo este protegido de manera indirecta por el delito de colusión.

Esta situación ha sido la orientación interpretativa de la jurisprudencia nacional. En este sentido, la Academia de la Magistratura considera que: “El bien jurídico tutelado por la norma penal es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional, por parte de los funcionarios o servidores públicos”. Mientras que la Jurisprudencia, argumenta que: “la colusión desleal previsto en el artículo 384° del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio de Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al

Estado, contribuyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración”.

Ello, toda vez que el delito de colusión tiene como propósito específico el exigir a los funcionarios o servidores públicos a que observen el rol especial que han asumido al participar en nombre del Estado en todos los niveles de las modalidades de contrataciones, adquisiciones y demás operaciones públicas, en la medida en la que por razón de su cargo tienen la obligación especial de cautelarlos, protegerlos y usarlos solo en beneficio propio del Estado, de lo contrario si aprovecha el cargo especial que el Estado le confiere, con la finalidad de obtener beneficio propio o para tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringe su deber funcional, es susceptible de ser imputado por el delito de colusión ya sea en su modalidad simple o agravada.

En consecuencia, García Caveró en (2008, p. 328) señala que: “en el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados: a) La actuación conforme al deber que importa el cargo, y b) Asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos”. Sin embargo, Fidel Rojas Vargas, en sentido muy parecido y en base a un sentido múltiple considera que en el bien jurídico protegido en el delito de Colusión, se protege el rol de: a) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados); b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional. (Rojas 2007, p. 406)

Estos puntos de vista denotan ya una situación bastante controvertida para dilucidar cuál es el bien jurídico protegido por el delito de colusión en general. No obstante, si hablamos de una colusión agravada, como bien se mencionó líneas arriba, el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado, puesto que la conducta típica que realiza el sujeto activo, necesariamente debe causar un perjuicio patrimonial al Estado, es decir, afectar el erario público situación que el tipo penal describe con claridad. A diferencia de la colusión simple, el cual solo refiere la concertación por parte del funcionario o servidor público con los interesados para defraudar al estado, sin especificar el perjuicio que se le ocasiona al estado. En lo particular comparto lo anotado por Fidel Rojas Vargas, al señalar que el objeto de protección en el delito de colusión simple es asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional inmersos en la confianza estatal, ya que para salvaguardar los intereses del Estado es necesario actuar de acuerdo al rol o función asignado, en el marco de las responsabilidades asignadas y de acuerdo a Ley.

1.4. El comportamiento típico

1.4.1. Elementos del Comportamiento típico

1.4.1.1. La concertación: acuerdo colusorio según el código penal vigente:

El delito de colusión, específicamente el de colusión agravada castiga aquel fraude, que no basta con la sola producción del perjuicio, sino que requiere que este sea de índole eminentemente económico, el cual provenga de una maniobra (acuerdo de voluntades) compartida entre el funcionario público y los terceros interesados. Es por ello, que a la luz del mencionado dispositivo legal no resulta punible por delito de colusión ilegal (si nos referimos a este, antes de su modificatoria). No obstante, si analizamos los hechos de concertación a luz del primer párrafo del artículo 384°

del Código Penal –delito de colusión simple- dicha conducta podría encajar muy cómodamente. (Rojas, 2007, p. 418)

Pero lo peculiar, resulta que el delito de colusión, sea simple o agravada no podrá ser sancionada en casos donde solo exista la defraudación unilateral, es decir el perjuicio creado exclusivamente por una de las partes, sin que haya intervenido la otra parte de manera consciente y sabiendo la conducta lesiva de la otra parte.

1.4.1.2. La concertación del funcionario y los interesados como núcleo del injusto típico del delito de colusión ilegal

Si hablamos que es lo que caracteriza al delito de colusión, diremos: la concertación, ya que este es el elemento central y fundamental que debe existir por imperativo de la ley, conducta situada entre los funcionarios públicos y los interesados en la suscripción de los convenios, contratos, suministros, o licitaciones, razón de existir de la defraudación. (Salinas, 2011, p. 332)

Pero si nos referimos a que no toda suscripción o cumplimiento de un contrato obedece a un acuerdo colusorio o a una concertación defraudatoria entre las partes que lo suscriben, existiendo muchos factores que pueden frustrar el cumplimiento del contrato (sea por fuerza mayor o por alguna negligencia de las partes).

Por lo que el perjuicio a los intereses del patrimonio estatal posee una variada gama en cuanto a sus causas comisivas., entre ellas se ubica: el de usar cualquier artificio, que vendría a ser una fuente concreta y determinada para la configuración del delito, interesando tan solo “la Concertación” determinada como la fuente generadora del riesgo, por lo tanto la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio al Estado, es por ello que no existe el delito de colusión si no está presente la concertación.

Situación que para el tratadista Salinas Siccha (2019, p. 324) “el delito de colusión ilegal es un delito que refleja una modalidad típica referenciada en la medida que solo se castiga una exclusiva modalidad comisiva como es la concertación”.

Pero a decir de la doctrina, la concertación del agente público implica un amplio margen de pactos ilícitos, arreglos en perjuicio de los intereses del Estado, ponerse de acuerdo, conjugar dos o más voluntades, realizar un pacto, y de manera previa con los interesados, situación que se produce antes de firmar el acuerdo, convenio o contrato final con el Estado, entidad u organismo del Estado. Sin embargo, distingue la concertación de la mera propuesta o la simple solicitud o el ofrecimiento que realiza ya sea el particular o el funcionario, de acuerdo a ello, la propuesta, aun no implica o aporta el acuerdo o la acción de concertar, incluso, la aceptación de la propuesta no implica que haya habido colusión o concertación para defraudar al Estado. (Rojas, 2007, p. 423)

Por su parte la jurisprudencia peruana ha señalado en varias oportunidades la necesidad que el acuerdo sea de forma clandestina entre dos o más partes, no permitido por la ley, ya que antes de un contrato o convenio hay una serie de tratativas, conversaciones en donde las partes fijan sus posiciones o hacen sus respectivas propuestas.

El acto de concertación puede dar lugar a más de un pacto ilícito o puede estar compuesta de una serie de prestaciones y contraprestaciones, es decir, supone la privatización de la función pública que lejos de respetar los intereses del Estado beneficia a los funcionarios y a terceros. Siendo que la concertación no debe existir como hipótesis de trabajo fiscal o judicial, sino que debe probarse de manera adecuada y plena, más aun cuando constituye un elemento del tipo objetivo, que debe ser objeto de acreditación

minuciosa y, a través de medios de prueba lícitos respetando el principio de legalidad y presunción de inocencia (2008, p. 330)

1.4.1.3. La concertación y el uso de cualquier artificio

El código penal peruano solo castiga la concertación como único disvalor de la acción prohibida por la norma penal. Pero de acuerdo a algunas posiciones asumidas por el derecho penal español es que se posibilita la sanción del funcionario o servidor público que defrauda el patrimonio del Estado al margen y sin los actos de concertación cuando se trata de usar cualquier artificio con miras a defraudar al Estado, y con el solo propósito de ayudar a un tercero, sin concertar con él. Actos que al parecer de la jurisprudencia española subsume dentro de los alcances de esta formulación típica los casos en el que el funcionario oculta a la entidad pública su interés personal en una operación (Salinas, 2019)

1.4.1.4. Forma de la concertación

Como dice Rojas Vargas (2007), la modalidad o forma que adquiere la concertación en el caso concreto no interesa, ya que esta puede realizarse de forma verbal u oral, sin que se plasme en algún documento, como puede también registrarse por escrito. Puede efectuarse de manera secreta, simplemente mantenerse de manera reservada o, incluso ser muy conocida dentro de la entidad estatal o en el círculo económico, en la que se mueven los interesados.

Según Fidel Rojas Vargas (2007), la iniciativa de la acción defraudatoria puede nacer tanto del funcionario o del interesado, pues la ley no impone un tratamiento de mayor drasticidad punitiva si es que la iniciativa lo ha tenido el funcionario. No interesa que haya un trato comercial previo entre las partes o que haya una relación amical o profesional asentada; el mismo autor señala que la concertación es posible que se produzca entre personas que no han desarrollado con anterioridad el menor trato. Incluso nada

impide que haya enemistad y que la concertación se lleve a cabo como cualquier negocio en que las partes están interesadas concluir, pese a sus diferencias personales.

La concertación puede ejecutarse ya sea a título oneroso a gratuito. En el primero de los casos, si es que el interesado ofrece o paga una determinada retribución al servidor público o el funcionario solicita una ventaja habrá un concurso de delitos entre la colusión ilegal y el delito de corrupción de funcionarios, ya sea en la modalidad de cohecho pasivo propio o cohecho pasivo impropio. Ahora, en caso que el delito se produzca a título gratuito como una liberalidad o desprendimiento del funcionario, ya sea como un agradecimiento, como un favor o escondiendo un interés futuro que todavía no se concreta el único delito que se realiza es el de colusión ilegal. (Salinas, 2019, p. 327)

Por otro lado, el objeto y materia de la concertación es muy variada y multifacético. Puede suponer la presentación de precios mendaces o simulados, que bien reflejan una sobrevaloración del bien o una subvaloración del servicio que presta la entidad estatal especializada a un tercero. También supone la ejecución de obras sin respetar las indicaciones técnicas definida y fijadas previamente, aceptar prestar un servicio al que no se está obligado.

Otro caso de concertación resulta de las licitaciones, cuando estas no se corresponden a la oferta más económica.

1.4.1.5. La Concertación, el fraude y el engaño

Tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia mayoritaria, coinciden en establecer que el delito de colusión ilegal constituye un delito de resultado y no de mera actividad. No obstante, el Código Penal español, el mencionado tipo penal, se configura como un delito de mero comportamiento (por el solo hecho de acordar, concertar, coludir, ponerse de acuerdo), donde se exige al funcionario público el empleo de la concertación u otro artificio para

defraudar al estado, siendo ésta su finalidad, entendiéndose este último como un elemento subjetivo de tendencia interna y no como un elemento objetivo del tipo, como lo es en nuestra legislación peruana (artículo 436° de CP español)

Como señala Fidel Rojas Vargas, “el perjuicio es el elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño”. Por tal motivo la defraudación, para este tipo penal específicamente, es entendida no como el engaño o fraude del delito de estafa, sino más bien como un perjuicio al patrimonio estatal. Situación que no siempre sucede así, pues el delito de colusión simple no merece un perjuicio patrimonial, sino simplemente basta con defraudar el funcionario público la Confianza del Estado al coludirse con un tercero para beneficiarse él mismo o aquel. En ese sentido la defraudación debe de interpretarse como aquel acto que realiza funcionario en son de ocasionar un perjuicio al estado, puesto que al infringir sus deberes especiales de función o defraudar la confianza y las expectativas que el Estado y la sociedad han depositado en su correcto actuar; de por sí ya está ocasionando un perjuicio al Estado, perjuicio que más tarde ser verá reflejado en el patrimonio, que vendría a ser el resultado objetivamente constatable del delito de colusión agravada.

Finalmente, el disvalor de la conducta lo constituye el acto de concertación mismo, hecho que de por sí ya es un delito, no grave, pero delito, que puede llegar a ser grave cuando dicha concertación llega a causar un perjuicio a los intereses económicos del Estado.

2. El delito de Peculado doloso:

2.1. Bien Jurídico Protegido:

La doctrina nacional no es unánime al señalar cuál es el bien jurídico protegido, ya que algunos sostienen que es el correcto

funcionamiento de la administración pública, mientras otros se decantan por la tesis de que lo que se tutela es el patrimonio del Estado.

Entre los autores que defienden la tesis del correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico, se encuentra Salazar Sánchez quien refiere que el bien jurídico relevante es aquello que lacera las bases del sistema administrativo dentro de una configuración estricta señalada por los tipos penales in especie. Por ello, la perspectiva macro estima que lo protegido son las realidades normativas (correcto funcionamiento de la Administración Pública), argumento que se convierte en la piedra angular de la fundamentación penal. (Salazar, 2009, p.82).

Al respecto Fidel Rojas (2002) señala desdobra el bien jurídico en dos objetos específicos: a) garantizar el principio de 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 que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, asegurando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos al que están obligados los funcionarios y servidores.

Por su parte la jurisprudencia se ha manifestado al respecto, tomando como referencia las Ejecutorias Supremas del delito de Peculado, estableció como doctrina legal, entre otros, que “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección legal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.(ACUERDO PLENARIO N° 04-2005/CJ-11619 del 30 de setiembre de 2005 de la Corte Suprema de Justicia de la República).

Peña Cabrera (2017), afirma que el funcionario o servidor público no puede darle a los caudales o efectos un destino contrario al previsto en la normatividad pública, si lo hace, sustrayendo los bienes de la esfera de la Administración o utilizándolos para fines privados, puede estar incurso en algunas de las modalidades típicas de Peculado. Por consiguiente, el bien jurídico tutelado está representado por los objetivos legales que deben cumplir dichos bienes con arreglo a las funciones que desarrolle la Administración en servicio de la comunidad.

Sobre este tema concordamos con Abanto Vásquez (2003), que encuadra el bien jurídico del Peculado como el patrimonio de la Administración Pública entendido de manera funcional. Refiere, que en el Código Penal peruano parece predominar la protección patrimonial y también la infracción del deber, pero últimamente hay una fuerte crítica a la idea del “deber del cargo” por considerarla propia de una visión autoritaria incompatible con un Estado social y democrático de Derecho, entonces si hay una “infracción del deber” ésta no constituye un bien jurídico, sino sólo un elemento del tipo penal. Luego, el interés inmediatamente protegido será solamente el patrimonio público entendido de manera funcional. Por eso que en España se habla ahora de la “correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad”. Esta interpretación, según el autor, parece ser la más acorde con la sistemática peruana, sumado a ello que existen otros motivos que respaldan esa interpretación como son:

- 1) El patrimonio del Estado se protege de manera especial no sólo contra su lesión sino también contra el peligro en cuanto a su destino. Incluso se exige un deber especial de cuidado en el funcionario público, motivo por el cual se sanciona la conducta culposa.

2) La importancia del carácter de los bienes públicos destaca de manera especial en los supuestos de agravación de los tipos básicos de Peculado Doloso y Culposo, donde la razón de ser de la agravación radica en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes: fines asistenciales o programas de apoyo social.

3) En el artículo 80º último párrafo del código Penal, el legislador duplica el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, es decir, presupone la existencia de delitos de esta naturaleza.

2.2. Configuración del delito de peculado:

2.2.1. Conducta Típica:

El delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado (Rojas, 2003. pp.281-282).

2.2.2. Sujeto Activo:

Fidel Rojas, afirma que solamente puede ser autor de peculado el funcionario o servidor público quien reúne las características de relación funcional exigidas en el tipo penal, esto es, quien posea los caudales o efectos públicos como consecuencia de un deber de percepción, custodia o administración de los mismos. No cualquier funcionario es sujeto activo de peculado,

sino el que tiene una relación de función con los fondos públicos en razón de su cargo.

El sujeto activo del peculado es un funcionario público con competencia funcional específica; la administración, percepción o custodia de bienes públicos debe estar confiada en razón de su cargo. El bien jurídico objeto de tutela mediante el tipo penal de peculado solamente puede ser afectado cuando el funcionario público ataca el patrimonio del Estado violando el deber específico que tiene con éste (Abanto, 2003, p.338).

Cancino (1983), jurista colombiano al comentar el derogado código colombiano sostiene que el peculado, cualquiera sea la clase, sólo puede ser cometido por un empleado público en ejercicio de sus funciones encomendadas por él por ley, reglamento, contrato u órdenes especialmente impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo. Las dos exigencias, esto es, la del título empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia son inseparables e inmodificables.

2.2.3. La especial vinculación entre funcionario público y caudal Público

La relación existente entre sujeto activo y caudal público -ya sea que él tenga facultades de “percepción”, “custodia” o “administración”-debe ser entendida como la doctrina alemana dominante ha entendido la relación del sujeto activo del delito de apropiación indebida con el objeto material, es decir, a partir de la “teoría de la custodia”. Sobre la base de esta teoría se sostiene que el sujeto activo, de manera genérica, debe tener una relación de dominio sobre la cosa dirigida por una voluntad de dominio sobre la misma (Muñoz, 1990. p. 774); es decir, debe detentar efectivo poder sobre la cosa con posibilidad de obrar sobre ella con exclusión de otros¹⁹⁴ (no necesariamente se debe tener la posibilidad de actuar como dueño sobre el

bien). Este poder o dominio, en el caso del peculado tradicional, se puede manifestar a través de una facultad de “percepción”, “custodia” o “administración” de los bienes, que genera que éstos estén en la “esfera de disposición” del funcionario

Sin embargo, a efectos de que el funcionario público tenga la competencia normativa especial a la que hicimos mención en los párrafos anteriores será necesaria la preexistencia de una norma (legal o reglamentaria), disposición (acto administrativo) u orden de la autoridad competente que habilite al funcionario para la gestión de los caudales o efectos públicos, de tal manera que se descartan los supuestos de mera ocasionalidad en la gestión del bien o la costumbre contra legem.

Asimismo, no basta con que los bienes estén confiados al sujeto activo por su condición general de funcionario público, sino que, como lo exige el tipo penal expresamente, deben estar en su competencia “por razón” de su cargo específico (Creus, p. 311).

2.2.4. Objeto Material del delito:

El tipo penal del Art. 387° CP establece que la conducta de apropiación o utilización indebida del funcionario público debe recaer sobre caudales o efectos públicos, lo cual nos obliga, en primero lugar, a dilucidar qué se entiende por “bien público” como objeto material del delito. En efecto, en lo siguiente se utilizará el término “bien público” para englobar conceptualmente a los caudales y efectos públicos objetos materiales del delito (Abanto, 2003, p. 349). Teniendo en cuenta las características apuntadas precedentemente, es importante señalar que objeto material de la acción del delito de peculado tradicional no pueden ser bienes inmateriales como planes, ideas, activos o derechos, puesto que ellos no son susceptibles de “apropiación” por parte del funcionario (Rojas, 2003. pp.281-

349). En efecto, no podría haber “apropiación” de bienes incorporeales, pues no es posible que alguien incorpore fácticamente a su patrimonio un derecho de crédito (activo) por ejemplo. Si bien se puede observar objetivamente cómo un administrador dispone indebidamente de dinero extraído de la cuenta corriente de una persona jurídica, lo que puede incorporar a su patrimonio es el dinero líquido extraído del banco, mas no el propio “activo” o “derecho de crédito” de titularidad de la persona jurídica, el cual por su propia naturaleza inmaterial no puede ser alterado, en términos naturalistas, directamente por una conducta de tercero.

En primer lugar, respecto del elemento normativo “**caudal público**” tendríamos que señalar que debe entenderse en un sentido amplio, como bienes muebles de toda clase, (Creus, p. 313).

Caudal será, como lo establece la Real Academia de la Lengua Española, la hacienda o bienes de cualquier especie y, más comúnmente, el dinero. Dicha definición amplia incluye a los bienes fungibles y no fungibles, y a los bienes consumibles como no consumibles. De cara al delito de peculado, “caudales” serán, por ejemplo, el dinero, una computadora, un televisor, etc. Conforme ya se explicó anteriormente, a partir de una interpretación teleológica del elemento típico “caudal”, este es entendido como bienes en general que tengan las características de corpóreos, aprehensibles, trasladables e idóneos para satisfacer intereses públicos. No será necesario, por ende, que estos caudales estén dotados de valor económico, por lo que se incluyen dentro de esta categoría a los objetos sin valor en el tráfico económico que tenga relevancia en la Administración para cumplir con sus finalidades públicas (Rojas, 2003. pp. 281-399).

Por otro lado, por **“efectos públicos”** se entienden todos aquellos documentos de crédito negociables emanados de la Administración u objetos con representación económica (valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, cheques, etc.) De esta manera, el concepto de efectos es más restringido que el de caudales, puesto que aquel sólo incluye a objetos que representan un valor económico o patrimonial y que tienen carácter de negociables. Nótese que el objeto de la “apropiación” típica del peculado no lo constituye el valor económico, sino la representación material de él. Ello es así, pues los “efectos” necesariamente tendrán que detentar las cuatro características que todo objeto material del delito de peculado debe tener: corporeidad, aprehensibilidad, posibilidad de desplazamiento e idoneidad para satisfacer finalidades de la administración pública (Rojas, 2003. pp. 397).

2.2.5. La “custodia”, “percepción” y “administración” del bien público:

Según el precepto del artículo 387° CP, los caudales y efectos públicos deben estar confiados al funcionario público para cumplir tres finalidades o funciones alternativas: “percepción”, “custodia” o “administración”. El entendimiento de estas tres finalidades resulta de suma importancia para nuestro trabajo, puesto que permitirá determinar ante qué finalidad del objeto material es posible que se configure la modalidad especial de administración desleal de patrimonio público.

En primer lugar, en cuanto a la **“percepción”** de los bienes públicos, se sostiene que el “percibir” consiste en la función de recibir bienes para el Estado; por ejemplo, el funcionario que tiene la función de recibir el pago de tributos municipales no “percibe” el dinero para sí, sino que “percibe” por interés y para la administración pública a fin satisfacer necesidades sociales

(finalidad pública). En esta medida, si el funcionario se apropia de los víveres recibidos por él en donación para fines sociales, cometerá el delito de peculado tradicional. Conforme mencionamos supra, la presencia de esta finalidad de “percepción” en la redacción del delito del Art 387° CP es la que permite suscribir la tesis del “destino”, según la cual sólo es necesario, para que el bien que sea adjetivado como “público, que él sea recibido por el funcionario -por razón de cargo- para adscribirse al patrimonio de la Administración y cumplir finalidades públicas.

En segundo lugar, la “custodia” es la actividad de cuidado y vigilancia de los bienes. Esta función de vigilancia sobre el bien no requiere necesariamente que el funcionario tenga fácticamente el bien en su esfera de dominio, sino que también puede cuidarlo jurídicamente a través de otras personas subordinadas jerárquicamente, por ejemplo. Sobre este punto, resulta relevante notar que no se encuentra dentro de la función de “custodia”, en los términos del delito de peculado, la mera tenencia ocasional del bien. Luego, no es custodio del bien para efectos del delito de peculado, por ejemplo, el policía que simplemente cuida el local donde se encuentra el bien. (ABANTO, 2003, p. 354). Es decir, quien administra bienes públicos tiene la facultad -por estar autorizado normativamente- de disponer de ellos a efectos de cumplir una finalidad que necesariamente tiene carácter público. La administración dota al funcionario de unos poderes de disposición patrimonial que no tiene el que simplemente percibe o custodia bienes públicos (Rojas, 2003. pp. 397).

En efecto, a nuestro juicio, el “administrar” implica tener un ámbito de actuación discrecional mayor con respecto del bien público a cargo. El administrador, además de poseer, gestionar, utilizar y/o custodiar el bien, puede disponer de él. Desde

nuestro punto de vista, la finalidad de “administrar” debe entenderse en un sentido lato; es decir, además de hacer referencia a un poder de disposición (enajenación o alquiler p. ej.), también incluye actuaciones de simple “aprovechamiento” (usufructo) sobre el patrimonio (ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116 (Fundamento 7.” B”)

2.2.6. La “apropiación” y la “utilización” de bienes públicos:

Para el entendimiento cabal del verbo rector “**apropiación**” del tipo penal de peculado doloso es pertinente realizar un análisis de este elemento en las otras figuras delictivas patrimoniales que se le asemejan en su estructura típica. En efecto, además de estar presente en el delito de peculado, el elemento típico “apropiación” se encuentra presente en el delito de apropiación ilícita (Art. 190° CP).

De esta manera, en doctrina penal se han distinguido, dentro de los denominados delitos de enriquecimiento (Muñoz 1990. p. 214), principalmente, las siguientes clases de delitos patrimoniales: los delitos de apoderamiento, los delitos de defraudación y los delitos de apropiación; el delito “peculado por apropiación” se asemeja en mayor medida a los “delitos de apropiación”, puesto que al igual que en esta clase de delitos, el sujeto activo (funcionario) ya se encuentra en disposición del bien -objeto material del delito-; es decir, el bien no se encuentra fuera de la esfera de disposición al funcionario (como sí sucede en los delitos de apoderamiento), sino que el bien ya está en su esfera de disposición por razón de sus específicas funciones de administración, percepción o custodia (Rojas, 2003. pp. 399), el mismo autor señala que al igual que sucede con la distinción entre apropiación ilícita y hurto, el delito de peculado se diferencia sustancialmente del hurto (“delito de apoderamiento”) -entre otros aspectos- en la medida que en aquel la conducta

típica (apropiación) no supone un desplazamiento de la cosa de un ámbito de disposición ajeno al ámbito de disponibilidad o disposición del autor. Como se dijo, la ubicación de la cosa (objeto material del delito) dentro de la esfera de disponibilidad del autor ya se encuentra entre las exigencias típicas que delimitan el injusto del peculado.

Como mencionábamos anteriormente en lo referido al sujeto activo del delito de peculado, el funcionario necesariamente debe ser aquel que tiene una relación de dependencia especial con el bien, la cual nace en virtud de normativa por parte de la administración pública. Él ya tiene en su esfera de dominio o disponibilidad, por razón de su cargo público, el bien objeto material del delito (Abanto, 2003, p. 353).

Con respecto elemento “apropiación”, Habiendo sostenido que el delito de “peculado por apropiación” clasifica dentro de los denominados “delitos de apropiación”, corresponde ahora determinar qué se entiende por “apropiación”. En esta medida, para entender el elemento típico “apropiación” del delito de peculado recurriremos, en primer lugar, a las definiciones que se han esbozado en la doctrina respecto de la “apropiación” en el delito de apropiación ilícita o indebida.

La doctrina penal es uniforme al reconocer en la conducta de “apropiación” dos aspectos imprescindibles: 1) la apropiación en sentido estricto (aspecto positivo) y 2) la expropiación (aspecto negativo) Como sostiene la Prof. Silva Castaño, la “apropiación” consiste en la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición e incorporando la cosa al patrimonio ajeno, Conforme sostiene esta autora, la apropiación supone la presencia de dos elementos: 1) la apropiación en sentido estricto, que ha de ser al menos transitoria y consiste

en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario; y 2) la expropiación del titular que ha de ser permanente o definitiva (Silva, p. 403).

Por tanto, trasladando la definición de “apropiación” esbozada al delito de peculado, se puede sostener que la “apropiación” consiste en aquel comportamiento por el cual el funcionario realiza un acto de dominio sobre una cosa que ya tiene en su poder por razón de su cargo, expropiando definitivamente a la administración pública del dominio del bien. La apropiación, por tanto, supondría que el funcionario público realice, sobre las cosas que tiene a disposición, actos incompatibles con el título que le otorga inmediatez fáctica o jurídica sobre ellas, expropiando a la administración permanentemente del bien (Rojas, 2003. pp. 401).

La utilización o peculado por utilización, configura una modalidad especial del delito de peculado que se diferencia de la tradicional modalidad de “peculado por apropiación”. En esta medida, el elemento típico “utilizar” no debe ser entendido genéricamente como cualquier clase de uso indebido de un bien público, sino como “disposición abusiva” de bienes públicos dados en “administración” al sujeto activo. no se sanciona el mero uso indebido del bien público que el funcionario posee por razón de su cargo, sino que se reprime una conducta desleal especialmente grave en razón del abuso de la facultad de “disposición patrimonial” con la que contaba el funcionario, lo cual genera una apariencia de legalidad y regularidad de la operación frente a terceros.

Esta conducta, como bien señala el profesor Salinas Siccha -no apropiatoria en estricto- sí detenta la gravedad suficiente para ser penalmente relevante, pues, a diferencia del mero uso indebido de cosas públicas, los actos de gestión desleal de

patrimonio público representan un plus de desvalor debido a la presencia de un quebrantamiento del deber de realizar correctamente negocios jurídicos con terceros que disponen bienes públicos (Salinas, 2019, p. 338).

2.2.7. Consumación:

En ese sentido, el delito tradicional de “peculado por apropiación” se consuma cuando se produce la “expropiación definitiva” del objeto ajeno, puesto que es en este momento que se perturba el bien jurídico “patrimonio público en sentido funcional” disminuyendo o privando a la administración pública de las posibilidades funcionales de aprovechamiento del objeto público. Conforme sostiene Silva Castaño, el “resultado típico”, “desvalor de resultado” o “consumación” en los “delitos de apropiación” se verifica en el segundo aspecto de la conducta de “apropiación”, esto es, la “expropiación definitiva” del titular del bien objeto de la apropiación (Rojas, 2003. pp. 413). En esta medida, la consumación del delito no requiere que se produzca un efectivo beneficio o provecho económico contable en el sujeto activo o un tercero (Salinas, 2019, p. 344).

Es necesario incidir en que la “apropiación” no implica, necesariamente, que el sujeto activo se enriquezca ni que, paralelamente, el sujeto pasivo (Administración) se empobrezca contablemente, dado que lo que se está protegiendo aquí son las posibilidades de ejercicio efectivo de las facultades dominicales que otorga la propiedad al titular de un objeto, mas no la situación patrimonial del sujeto pasivo (Salinas, 2019, p. 345)

3. El delito de malversación

3.1. Configuración

Como afirma Salinas (2019) este “se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, de modo definitivo, otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada. De este concepto, se evidencia que en la estructura del delito deben concurrir diversos elementos objetivos para darle tipicidad, caso contrario el delito no se configura. A continuación, explicaremos cada uno de los elementos típicos ineludibles”.

3.2. Objeto material:

Es necesario indicar en este punto del análisis de este tipo penal que a “diferencia del artículo 387 del Código Penal, el artículo 389o se refiere a "dinero o bienes" del Estado como el objeto del delito. En cuanto a dinero, no hay inconveniente en su entendimiento. Todos sabemos en qué consiste el dinero. El problema de interpretación se presenta respecto a los bienes. Hay bienes con valor económico y otros que no tienen valor. A efectos del delito en hermenéutica jurídica, se entiende que los bienes a que hace referencia el tipo penal son los que tienen valor económico. El valor económico puede incluso ser mínimo” (Peña Cabrera, 2017)

Esto es, como señala Abanto (2003) “debemos concluir que los bienes pertenecientes al Estado objeto del delito de malversación de fondos pueden ser los muebles o inmuebles con valor económico”

3.3. La relación funcional

Este elemento es insoslayable para la configuración del delito de malversación, siendo así, el gran profesor Fidel Rojas (2003) expresa que “de la naturaleza del delito de malversación de fondos públicos, se desprende que el dinero, o bienes del Estado objeto

de la conducta típica, debe estar confiado o mejor en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón de que cumple la función de administrador de tales fondos al interior de la administración pública. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito en hermenéutica jurídica no se configura así haya evidente aplicación diferente del destino normal de los fondos públicos”. En el mismo sentido Salinas (2019) enseña que “en efecto, para configurarse el delito de malversación de fondos al igual con el peculado es condición sine qua non que el bien público objeto del delito esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo de administrador que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos de la institución pública”

3.4. La función de administrar:

Este elemento de vital trascendencia también ha sido objeto de investigación por parte de la doctrina, así las cosas, señala el profesor Abanto (2003) que “el agente tiene la función de administrar el dinero o bienes públicos y en tal situación abusando de sus atribuciones, en lugar de aplicarlos a su destino establecido, le otorga un destino definitivo diferente. Administrar no implica que el sujeto deba siempre detentar la posesión directa de los dineros o bienes bajo su cargo. Estos pueden estar lejos de él. Lo importante es que tenga la disponibilidad jurídica. Por ello, se afirma que es necesario que el agente público tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego”

3.5. El elemento: destino definitivo diferente y el perjuicio a la administración pública:

Sobre el primero asume Rojas Vargas que este elemento implica “la circunstancia de dar-al dinero o bienes públicos destino definitivo diferente al establecido previamente en leyes presupuestales, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales o resoluciones administrativas de autoridad competente” (Rojas, 2003) ello sin perder de vista que “el destino diferente a que hace alusión el tipo penal debe ser dentro de la esfera de las actividades del sujeto activo, si por el contrario el destino diferente es uno que se encuentra fuera de tal esfera, estaremos frente al delito de peculado previsto en el artículo 387 del Código Penal y no en el delito en análisis” (Salinas, 2019), en suma señala Abanto “el carácter definitivo de la aplicación diferente del dinero o bienes públicos significa la imposibilidad de regreso o reintegro de los mismos a la partida o rubro del destino asignado”

El elemento referido a la afectación a la administración pública, viene dado en palabras del maestro Fidel Rojas (2003) en un “elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica lo constituye sin duda la afectación o perjuicio al servicio o a la función pública encomendada como resultado de la conducta indebida del agente. Es decir, la conducta del agente de dar destino público definitivo diferente a lo establecido previamente, debe lesionar o afectar el servicio o la función pública encomendada. En un caso concreto si tal afectación no se produce, el delito simplemente no se configura”.

3.6. El bien jurídico protegido:

Como la mayoría de la doctrina señala, el bien jurídico protegido de modo genérico es “el correcto y buen funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos” (Rojas,

2003), pero de forma más especial en relación al delito específico, el bien jurídico viene dado por " preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo de dinero y bienes públicos" (Salinas, 2019)

3.7. Agravante:

El artículo 389 del Código Penal nacional prescribe en forma categórica que el delito de malversación de fondos será agravado y el sujeto activo será sancionado con una pena más grave cuando "el dinero o bienes públicos, objeto de la malversación, correspondan a programas de apoyo social, de desarrollo o a fines asistenciales" (texto de la norma).

Como apunta Peña Cabrera Freyre (2017), la "expresión programas de apoyo social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria p-ara paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente dé menos recursos", aunque no hay que perder de vista lo anotado por Salinas Siccha (2019) en el sentido que " a efectos de la agravante, los programas con fines asistenciales o de desarrollo o programas de apoyo social tienen que ser específicos y bien determinados por la administración central, regional municipal. No deben ser de carácter general. De modo que solo se imputará el delito de malversación de fondos agravado al agente que da una aplicación definitiva diferente a la establecida a dinero o bienes públicos destinados a campañas específicas de aluda o auxilio social para cubrir urgencias coyunturales o permanentes de la población necesitada".

4. Cohecho pasivo específico:

4.1. Configuración:

El tipo penal de cohecho presenta muchas aristas para, sin embargo estrictamente el cohecho pasivo específico se configura cuando “este, sea en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal Administrativo o cualquier otro análogo bajo cualquier modalidad, acepta o recibe de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia” (Rojas, 2003). También cuando estos sujetos pasivos incurren en la conducta de “solicitar a un tercero (se entiende interesado en el asunto), directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento” (Abanto, 2003)

4.2. El elemento, donativo o promesa

Conceptualizar estos términos siempre ha sido preocupación de la doctrina y la jurisprudencia, en ese sentido, “el donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo” (Salinas, 2019). Hay que señalar también que “la calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular)” (Peña Cabrera, 2017). Con mucha claridad anota Fidel Rojas (2003) “se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc. La promesa en cambio se traduce en un ofrecimiento hecho al agente

de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato”.

4.3. El bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico nos indica Abanto “es el correcto v normal funcionamiento de la administración pública”. Por otro lado, en relación al bien jurídico específico lo que se pretende proteger, “por un lado, los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios v servidores públicos y, por otro, tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones, y servicios por parte de los sujetos públicos”. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias”

5. Cohecho pasivo de auxiliares jurisdiccionales

5.1. Configuración:

El artículo 396 del Código Penal es una figura que comparte los mismos elementos del artículo 395, sin embargo se ha extendido a los sujetos activos a los que se les puede aplicar sus alcances ; este se configura a decir de Peña Cabrera Freyre (2017) “se configura cuando el sujeto activo ya sea en su calidad de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores., bajo cualquier modalidad acepta o recibe de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir en asunto sometido a su conocimiento o competencia”.

A pesar que esta figura solo es una extensión de lo regulado en el artículo 395, es de suma importancia señalar que es obligatorio evaluar que las hipótesis delictivas descritas tienen que estar

relacionadas con asuntos que sean competencias propias de la esfera de función del sujeto activo, en otros términos, como señal Fidel Rojas (2003) “en los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su competencia, no configura el cohecho pasivo que analizarnos”

6. Negociación incompatible:

6.1. Configuración

Este tipo penal encuentra su configuración cuando “el funcionario o servidor público se interesa de manera particular y ya se de forma directa o no directa. O inclusive, de forma simulada por algún contrato u forma de operación que realizan los individuos particulares con el Estado, informa Salinas Siccha que “se entiende que la intervención del agente con la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública”.

6.2. El verbo rector: Interesar

El verbo rector de este tipo penal es explicado por Fidel Rojas (2003) en el sentido que “en la conducta de negociación incompatible el agente de manera particular se compromete le importa o se interesa en un contrato o u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o de terceros”.

6.3. Interesarse de forma directa

Peña Cabrera (2017) nos dice que “significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta4 celebración, ratificación, modificación, revocatoria, ejecución, etc., del contrato u operación”

6.4. interesarse de manera indirecta

Castillo Alva (2008) en un muy buen análisis y con razón fundada sustenta que “esta modalidad se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares”. Sugiere el profesor Salinas (2019) que “no interesa si son funcionarios públicos o particulares. No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Dichos intermediarios, en especial los particulares poseen la condición cómplice y no de autores por más importancia y peso que tenga su aporte”. A ello, Fidel Rojas que “interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posee un interés de obtener un beneficio”

6.5. Interesarse mediante actos simulados

Resume en palabras sencillas el profesor Fidel Rojas Vargas (2003) este punto diciendo que “aquí se quiere hacer aparentar que es otro el interesado cuando en realidad el interesado es el funcionario encargado de celebrar el contrato u operación; por ejemplo, la inclusión en la negociación de una empresa inexistente”.

6.6. Cualquier contrato u operación

Este es una conceptualización quizá no muy sencilla, por lo que la doctrina ha expresado de forma clara que "comprende aquellas situaciones en las que la administración pública representada por sus funcionarios, participa o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero (sea este una persona natural o jurídica" (Rojas, 2003), por otro lado, nos dice Abanto (2003) que la operación, debe ser entendida “como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico;

que, dentro de ese contexto, se advierte que no estamos ante cualquier acto administrativo, sino ante aquellos de naturaleza bilateral o unilateral, en los que existe la posibilidad de poner en peligro el patrimonio de la administración”

7. Enriquecimiento ilícito

7.1. Configuración

La jurisprudencia ha señalado que “el delito etiquetado como enriquecimiento ilícito objetivamente se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, incrementa ilícitamente su patrimonio. Es indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que 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 ilícita” (R.N. N° 326-2008-Lima).

7.2. El elemento típico abuso de cargo

Se entiende por abuso de cargo, como afirma Rojas Vargas (2003) a “aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido”. No le falta razón también al profesor Abanto (2003) cuando explica que “hay abuso de cargo cuando el sujeto público ejerce su función fuera de los casos establecidos por la Constitución, la ley, los reglamentos o directivas de la institución pública o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito en su propio beneficio o de terceros”

7.3. Los elementos típicos: “incremento del patrimonio en relación con los ingresos” e “incremento no lícito del gasto económica de la persona”

Con respecto al primero, Fidel Rojas y Salinas Siccha, coinciden en que “el incremento debe manifestarse objetivamente cuando se verifica marcada diferencia con sus ingresos legítimos normales que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público”. Diciéndolo de otra forma, siguiendo a Rojas Vargas (2003) “el incremento debe ser notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de todos sus ingresos diarios, semanales, mensuales o anuales”.

Ahora bien, en relación “incremento no lícito del gasto económica de la persona”, este se puede apreciar, como afirma Rojas Vargas (2003) “cuando se verifica marcada diferencia con los ingresos legítimos que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público. En la práctica, tanto el incremento del patrimonio como el incremento del gasto económico personal del sujeto público, se pondrá en evidencia con las pericias contables o valorativas que el operador jurídico responsable del caso concreto) disponga realizar”

SUB CAPÍTULO III

Proporcionalidad y autonomía del Poder Judicial: como argumentos en contra de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en algunos delitos contra la administración pública

1. La constitucionalidad de las disposiciones como presupuesto fundamentadora de su legitimidad.

a. Principio de jerarquía normativa:

La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás pautas jurídicas restantes. En esa perspectiva el principio de jerarquía deviene en el canon estructurado del ordenamiento estatal. El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Consecuentemente, es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella. La supremacía constitucional que supone una normatividad supra –la Constitución– encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política. Con ello se postula una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico. Dicha estructuración se debe a un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas. Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada. Así la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez; y, además obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido conocida por el órgano

competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior. **(STC recaída en el Exp. Nº 047-2004-AI/TC)**

b. Principio de inviolabilidad de la Constitución:

Comentando este principio el profesor Bidart Campos señala “En ese sentido fáctico, propio de la constitución material, significa que dicha constitución es el fundamento, la base de todo el orden jurídico del estado, una norma previa que tiene el vigor para aplicar, exigir, autorizar el dictado y la validez de las normas de ella derivada, por lo que son inferiores no pueden estar en pugna con una norma superior. Para el constitucionalismo supremacía constitucional se refiere a que la constitución formal vestida de súper legalidad obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella por: El contenido de su regulación, la materia; Por los sujetos a quienes regula, derechos humanos; Por el posicionamiento en el orden jurídico, norma de normas” **(BIDART, 1968, p. 333).**

2. El principio de autonomía judicial e independencia Judicial:

Como refiere el profesor Bernalles Ballesteros, el artículo 146 de la Constitución complementa lo establecido por el artículo 139 incisos 1) Y 2) de la misma en lo que se refiere a los principios de independencia y exclusividad de la función jurisdiccional. Estas disposiciones están referidas a dos ámbitos de los referidos principios. De un lado, los incisos 1) Y 2) del artículo 139 "proclaman" la independencia y exclusividad de la función jurisdiccional y de otro, el artículo 146 establece un conjunto de "garantías" que pretenden asegurar tales principios (Bernalles, 1999, p. 639).

Nos indica el connotado constitucionalista nacional (Bernalles, 1999, p. 653), que las diferentes disposiciones contenidas en el artículo 146 constituyen el parámetro que con mayor idoneidad puede reflejar el grado de independencia judicial que debe existir en el ordenamiento jurídico

peruano, de manera tal que se podrá sostener que una organización jurisdiccional como la peruana es independiente cuando: a) Sus integrantes puedan administrar justicia sin interferencias de los poderes Ejecutivo, Legislativo u órgano constitucional alguno; b) no puedan ser cambiados de cargo sin su consentimiento; c) no puedan ser removidos de la función judicial sin existir causa justificada; y d) puedan recibir una remuneración acorde con la alta misión que desarrollan.

Así las cosas, la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad auto determinativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional (STC. Expediente N° 0023-2003-AI/TC).

Teniendo en cuenta el rol fundamental que la Constitución otorga a la garantía de la independencia judicial, esta se constituye propiamente como una "garantía institucional". Como tal, puede ser entendida como aquella técnica que permite proteger a determinadas instituciones a las que se considera como componentes esenciales del ordenamiento jurídico y cuya preservación es indispensable para asegurar la efectiva vigencia de los principios constitucionales. Sobre la "garantía institucional" el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta aparece como una "(...) fijación constitucional dotada -reconociblemente- de una eficacia reforzada (...) con una función fundamental y propia de ordenación de la comunidad constituida..." (STC, recaída en el expediente N° 0005-2004-AI/TC FJ 11).

El Tribunal Constitucional concibe la independencia como la ausencia de vínculos de sujeción o de imposición de directivas políticas por parte del Ejecutivo o el Legislativo, así como la imposibilidad de intromisión de los órganos intrainstitucionales superiormente jerárquicos tendientes a orientar o corregir la actuación jurisdiccional del juez competente de una causa, en tanto no se haya agotado la instancia o se haya presentado un recurso impugnativo (STC. Expediente N° 0023-2003-AI/TC).

Nos conviene a nosotros aclarar que es propio hablar de independencia cuando hacemos referencia a la ausencia de intromisión de los mismos órganos al interno del Poder Judicial, también es llamada independencia interna; mientras que la autonomía es la no intromisión de otros poderes del Estado u organismos constitucionalmente creados en las facultades de los magistrados, independencia externa. Así nos enseña el Tribunal Constitucional (STC, recaída en el expediente N° 0005-2004-AI/TC), al explicar que la garantía institucional de la independencia judicial contenida en la disposición que ahora comentamos se circunscribe a asegurar que los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional no se encuentren sometidos a ninguna entidad ya sea pública o privada, es decir, que no se encuentren sujetos, desde un punto de vista externo, a los intereses del Poder Ejecutivo, de cualquier entidad del Estado o de entidades tales como partidos políticos, sindicatos, medios de comunicación o ciudadanos en general, y desde un punto de vista interno a la voluntad de otros órganos jurisdiccionales o de órganos administrativos de gobierno existentes al interior de la organización jurisdiccional. En cuanto al segundo ámbito (aquel relacionado con el punto de vista interno de la garantía institucional de la independencia judicial), cabe precisar que en el ejercicio de la función jurisdiccional los jueces son independientes respecto a todos los órganos jurisdiccionales o de gobierno de la organización jurisdiccional. Desde este punto de vista se prohíbe a los órganos jurisdiccionales superiores corregir la aplicación o interpretación de las normas jurídicas realizada por los jueces de otras instancias o dictarles cualquier tipo de instrucciones que pretendan influir en su decisión, salvo, cuando medie un recurso impugnatorio interpuesto por las partes del proceso judicial.

3. Vulneración de la autonomía del Poder Judicial por el legislador con la dación de la ley 30304 y Decreto Legislativo N°1351: especial referencia a la STC recaída en el Expediente 10-2002 AI/TC

Luego de haber analizado las figuras adjetivas, las instituciones penales sustantivas, así como los Principios Constitucionales ligados al tema que es materia de la presente investigación, toca abordar cómo o es que la

regulación del artículo 57 parte in fine del Código Penal incorporado por la ley N° 30304, llamada en su momento ley de “cárcel sí o sí”, vulnera y trastoca el principio fundamental de independencia externa o denominada autonomía del Poder Judicial; en ese sentido es necesario iniciar expresando, como ya se dijo en líneas precedentes, que en un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución ocupa el vértice más alto de la pirámide Jurídica, junto a los tratados en materia de Derecho Humanos, como ya el mismo Tribunal Constitucional lo ha señalado (STC recaída en el expediente N° 47-2004-AI/TC) y así también lo ha reconocido la propia Carta Magna nacional (artículo 51 de la Constitución Política del Estado) donde se establece el principio de Supremacía Constitucional y Jerarquía normativa.

Partiendo entonces de la premisa que establece que La Constitución es la norma suprema que ninguna ley o norma con rango de ley puede contradecir, y teniendo en cuenta, que el derecho penal, así como todas las demás ramas del derecho o normas de diferentes áreas del derecho deben enunciar sus preceptos sin trasgredir los principios de orden constitucional (Rubio, 1994, p, 174), es necesario indicar sin más que debemos hacer un test de constitucionalidad de la ley 30304, ello a partir del principio de autonomía e independencia judicial.

Ante ello, debemos señalar que el principio de autonomía o independencia judicial tiene su fundamento en el principio de división de poderes, por el cual, como ya lo hemos señalado *Ut supra*, la prohibición que los poderes públicos u otros poderes del Estado no deben incidir en la función que la misma Constitución ha conferido al Poder Judicial.

Así pues, es función del poder judicial, en virtud del principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, administrar justicia a nombre del Estado, esto es, su poder de Jurisdicción; ya entrando al ámbito penal, es el Juez Penal quien por competencia por la materia, tiene el poder-deber de administrar justicia en asuntos que comporten la comisión de algún

delito o falta y sancionar, después de un debido proceso con respeto a todas la garantías procesales, haciendo efectivo el uis puniendi estatal.

De allí que, para desarrollar tal actividad, la de sancionar, es necesario contar con un marco legislativo que permita generar al Juez el espacio donde debe realizar su función. Es decir, el Juez debe resolver un proceso, y en caso del juez penal, resolver un caso penal, imponiendo las penas respectivas dentro de los parámetros fijados por el legislador, es allí donde el Juez desplegará su tarea de determinación de culpabilidad y de determinación de la pena a imponer, así como de la forma en que esta se debe ejecutar.

En términos claros, el legislador es quien debe determinar las penas en un marco abstracto de mínimos y máximos, donde el juez debe desarrollar su función de determinar la sanción a imponer y ejecutar la pena impuesta, ya sea suspendiendo su ejecución o en su caso imponiendo una pena efectiva con internamiento en un centro penitenciario; solo de esta manera se dejarán a salvo los principios de autonomía judicial, separación de poderes.

Ahora bien, con la ley 30304, sucede exactamente todo lo contrario a lo señalado en el párrafo precedente; así pues, el legislador ha impuesto al Juzgador, que en determinados delitos -peculado doloso y colusión cometidos por funcionarios y servidores públicos-, siempre debe imponer penas efectivas. Como podemos ver el legislador aquí no brinda un marco o no fija parámetros que permitan al Juez decidir la forma de ejecución de la pena, sino que imposibilita al Juez que pueda realizar esta tarea, debiendo el magistrado imponer penas efectivas, en los casos señalados, sin ninguna excepción.

Si bien es cierto, todas las leyes gozan de presunción de constitucionalidad y se debe buscar siempre una interpretación conforme a la constitución antes de poder implicar una ley contraria a la Constitución, o que se declare su inconstitucionalidad por el órgano

colegiado Tribunal Constitucional; la lectura gramatical y simple de la norma no da lugar a dudas para entender que es imposible salvar la constitucionalidad de la ley 30304.

Este tipo de casos no son tan nuevos en nuestro ordenamiento jurídico, si aplicamos el método histórico y nos remontamos a la ley antiterrorista N° 25475 que en su artículo trece, que establecía que en caso de delitos de terrorismo se debe aplicar obligatoriamente la prisión preventiva como medida de coerción penal; en este caso el tribunal Constitucional inexplicablemente y sin ninguna claridad argumentativa, estableció que no era inconstitucional *per se*, debido a que el Juez podía omitir ese requisito acudiendo a alguna interpretación que lamentablemente el supremo tribunal no explica.

Sin embargo, es relevante para sustentar nuestra tesis, el voto de la señora magistrada Revoredo Marzano respecto al mencionado artículo 13°. Inciso A) del Decreto Ley N° 25475 quien expresa lo siguiente: *“Discrepo con la resolución de constitucionalidad recaída en el art. 13 a) del D.L. 25475. Dicho dispositivo, impugnado en la demanda, establece que “... los detenidos serán puestos a disposición del juez penal QUIEN DICTARÁ EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN CON ORDEN DE DETENCIÓN EN EL PLAZO DE 24 HORAS, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad con excepción de la libertad incondicional”.* (STC N° 010-2002-AI/TC)

Continúa la Magistrada diciendo *“...en el fundamento N° 136 mis colegas aceptan que “podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto se interpreta en su sentido literal”, es decir, que el juez no tiene la opción de ordenar la libertad del sospechoso de terrorismo, sino que debe, necesariamente, ordenar la detención y dictar el auto de instrucción. Buscan, entonces, una interpretación del mismo que sea constitucional. Interpretan, así, que la norma impugnada no dice lo que en verdad expresa en forma muy clara, sino más bien, lo que modificó y quiso*

suprimir. En efecto, la mayoría indica a modo de interpretación que el art. 13 a) del Decreto Ley N°. 25475, arriba transcrito, “autoriza al juez penal a abrir instrucción si es que, formalizada la denuncia penal por el representante del Ministerio Público, concurren los requisitos establecidos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, esto es, si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito, para lo cual el auto contendrá en forma precisa la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado ...”. (STC N° 010-2002-AI/TC)

La magistrada explica de forma muy didáctica la vulneración al principio de autonomía judicial; escribe que “...es obvio que el legislador pretendió privar a los jueces de su potestad de decidir si en cada caso concreto procedía la libertad o la detención, y por eso reguló la obligatoriedad del juez de detener a todo denunciado por terrorismo y de abrirle instrucción, vulnerando con ello la autonomía jurisdiccional del Poder Judicial y los derechos fundamentales del denunciado” (STC N° 010-2002-AI/TC).

En este caso el legislativo imponía al Juez dictar prisión preventiva cuando se tratase de delitos de terrorismo, se cuestiona el magistrado diciendo “Nótese que el inciso a) impugnado dispone que el juez penal “dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención en el plazo de 24 horas” ¿dónde está la frase o el resquicio que permita al juez ordenar la libertad? (STC N° 010-2002-AI/TC) *Subrayado nuestro*

Así como sucede en el caso de la imposición obligatoria de pena privativa de la libertad efectiva para la colusión y peculado doloso cometidos por funcionarios y servidores públicos, en el caso Decreto Ley N°. 25475, tampoco se dejaba alternativa al Juez, quien estaba obligado a dictar prisión preventiva, sobre ello afirma la Magistrada: “...por otra parte, el art. 13° a) del Decreto Ley 25475 transcrito, en verdad, no deja opción al juez para ordenar la libertad del detenido, en los casos que considere ilegal el arresto o detención. No cabe la esperanza del arbitrariamente detenido

de que el juez lo deje en libertad, por lo que el período de detención se prolonga inconstitucionalmente. En efecto, según la Constitución, los detenidos por terrorismo sólo pueden ser detenidos un máximo de 15 días antes de ser llevados ante un juez. Pero el constituyente lo dispuso así, en el entendimiento que ese juez, de inmediato, resolvería si la detención era o no era arreglada a derecho, a fin de garantizar la libertad personal. Si el juez, en cambio, está obligado a mantener la detención, se incumple la intención del constituyente y se vulnera la autonomía del poder judicial".
(STC N° 010-2002-AI/TC)

Solo resta decir, que en caso de la ley 30304 es aún más grave la lesividad del principio de autonomía del Poder Judicial, ello porque de lo que aquí se trata es de una pena ya no solo de una medida de coerción para asegurar la sujeción del procesado a la causa; nótese entonces que la inconstitucionalidad es más flagrante y directa, eso sin meritar el hecho de que se limita absolutamente al juez su ejercicio de determinación concreta de la pena y su forma de ejecución, y que por tanto podríamos no llegar a cumplir los fines preventivos de la pena a imponer.

Es necesario dejar en claro que no existe posibilidad de que pueda interpretarse de otra manera la mencionada ley 30304 y el Decreto Legislativo N° 1351, pues el texto expreso es claro; recordemos que la interpretación no puede rebasar el texto expreso y claro de la norma, en este caso de la norma penal.

Además de la vulneración de la autonomía del Poder Judicial, también es necesario advertir que, en la práctica, lejos de que esta norma pueda servir para "enviar tras las rejas" a los funcionarios y servidores públicos por los delitos de colusión y peculado doloso, puede darse la situación inversa, así por ejemplo, piénsese en un delito de colusión simple del primer párrafo del artículo 384, cometido por un funcionario de más de sesenta y cinco años de edad, la pena necesariamente irá por debajo del límite mínimo, en este caso, será menor de tres años, por lo que sería imposible que se le imponga una prisión preventiva, pero sabiendo el funcionario que existe pruebas de su delito, y que será condenado a pena

efectiva, eludirá a la justicia y no se presentará a las diligencias, lo que no ocurriría si pudiera tener la oportunidad de que se le ordene una pena suspendida en su ejecución. Se modificó el artículo 57 del Código Penal, sin tener en cuenta el artículo 268 del Código Procesal Penal.

Por último, si lo que se pretende con este tipo de normas es luchar frontalmente contra la corrupción, no se entiende porque se ha excluido delitos como la corrupción de funcionarios, por ejemplo; tampoco se entiende cómo es que habiendo delitos que tienen penas más graves que los signados para los delitos de colusión y peculado, pueden recibir al final penas suspendidas, atentándose así contra el principio de proporcionalidad.

4. La proporcionalidad en el derecho penal: como principio básico en la determinación de la sanción penal:

4.1. Breves alcances:

Si bien es cierto, como afirma García Toma “deben existir restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, limitaciones que deben ser definidas correctamente para su adecuada comprensión”. De esa afirmación es que nacen los principios legitimadores del derecho penal sustantivo, que sirven para proteger al ciudadano de un excesivo uso del poder punitivo que el Estado detenta. De esta forma, existen principios como el de legalidad, el de lesividad y el de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad implica “garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido” (Mir Puig, 2005).

De esta forma se debe entender que esa relación entre la acción que despliega el agente, el grado de lesividad y la consecuente reacción penal del Estado en la imposición de la pena legal, se denomina proporcionalidad abstracta, en cuanto la observancia de

los criterios de coherencia entre el daño con la acción y la respuesta punitiva en el caso concreto, expresado en la condena recibe la denominación de proporcionalidad concreta.

De esta forma entonces siguiendo a Quintero (1982) se debe señalar que esta garantía penal se cimenta como un presupuesto que define de cómo debe ser la intervención punitiva penal, intervención que debe asegurar, con respecto a la sociedad, que se imponga una pena que sea necesaria y además suficiente para la prevención de las conductas punibles, pero sin soslayar, el interés del individuo de no sufrir un castigo que exceda “ el límite del mal causado, en otros términos la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi”

4.2. Relación de la determinación de la pena y su forma de ejecución con la proporcionalidad de la sanción penal: cuestionamiento de la reforma del artículo 57 del Código Penal

Como se ha dicho, el juez tiene la labor importante, y con exclusividad de dosificar la pena a imponer, pena concreta, de ahí que, no sea correcta la intromisión de otro órgano en su función, debido a que el juez debe hacer una valoración de las condiciones de la persona del procesado y de las circunstancias individuales y particulares de este para poder llegar a imponer una sanción que se acople a sus fines, de ahí que no podrá, por ejemplo, imponer una pena más alta a quien ha lesionado un bien jurídico de menor valor que otro, o a quien ha lesionado un mismo bien jurídico con logró consumar la conducta punible, de ahí que como ha señalado el Tribunal Constitucional español: “las cuestiones interpretativas y aplicativas de la norma penal el juez suele tener suficientes recursos normativos para penar demasiado o para evitar penar las conductas que carecen de lesividad relevante: tiene marcos penales flexibles y a veces alternativos; puede aplicar atenuantes analógicas y hacerlo para rebajar muy incisivamente la pena; en

última instancia puede aplicar precisamente el principio de proporcionalidad utilizando su razonabilidad axiológica”.

Como apunta el profesor García Caveró (2008), el legislador, genera marcos de punición y estos pueden ser desproporcionados, es decir, puede ser que en algunos casos nos encontremos frente a supuestos de conductas menos lesivas con sanciones mucho más altas en comparación con supuesto típicos más graves, o simplemente, se puede encontrar el juzgador con una prohibición legal que invade su esfera de funciones, pero el juzgador cuando ello sucede debe ponerse el ropaje de juez constitucional y hacer un control constitucional o una interpretación en función de la observancia del principio de proporcionalidad.

Así las cosas,, lo que sucede en este caso, con la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena para algunos de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en agravio del buen y correcto funcionamiento de la administración pública, debe usar un control de constitucionalidad, en el sentido, de apartándose de la disposición legal, ingresar a valorar que existen supuestos de hechos con mayor gravedad o mayor grado de reproche, que en algunos casos se ha suspendido la pena (Peña Cabrera, 2017), o, se presentan supuestos típicos, en donde la imposición de penas cortas efectivas contradeciría el fin de la pena, es ahí donde el juez en un ejercicio de legitimación y validez del derecho debe usar su función activista y resolver conforme al derecho más allá de la ley. En esa línea el Tribunal Constitucional ha anotado “el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza [...], de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado

necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento [...]. Sólo a partir de estas premisas cabría afirmar que se ha producido un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”.

En suma existe relación entre la determinación de la pena y su forma de ejecución con el principio de proporcionalidad como dice el profesor Silva Sánchez (2007) debido a que “la determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político criminales)”, de ahí que el legislador al momento de determinar la prohibición de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para ciertos delitos de función cometidos por funcionarios o servidores públicos, no ha tenido en cuenta, argumentos relativos a los fines de la pena, y se ha centro en un análisis simple de que hay que reducir la corrupción a toda costa inclusive sin valorar los aspectos referidos a los fines constitucionales de la pena, criterio que lamentablemente ha seguido la Corte Suprema cuando justifica la razón de ser de esta reforma con la necesidad de reprimir eficazmente un delito que afecta a la generalidad de las personas.

En suma, con Novoa (2004), "el ideal jurídico es que la pena llene en el más alto grado de su función y sus fines inherentes, con el mínimo de mal para el delincuente. Solamente así se logra un régimen sancionatorio que sea, al mismo tiempo, eficiente y respetuoso de la persona humana." , esta es la idea que se debe tener de proporcionalidad de la pena, aquella que, busca ser eficaz

en la represión, pero respetuoso con la dignidad humana del imputado o procesado, lesionándolo en lo más mínimo. Lamentablemente el legislador nacional tampoco ha tenido en cuenta esta máxima garantía que nace del principio de proporcionalidad, porque de un lado la medida de prohibir la ejecución de la pena no es eficaz, porque, tiende a que se ponga en riesgo la persecución penal, de quien espera una pena efectiva pero corta, además de lesionar el derecho de la persona a resocializarse, y sobre todo de imponer al juez ordenar pena efectiva interfiriendo en su función Constitucional judicial.

De ahí que como afirma Silva Sánchez, el legislador debe limitarse a brindar los límites abstractos de las penas y criterios en los que el juez debe determinar la pena y su forma de ejecución, esto es, taxativamente señala el profesor español que las reglas abstractas del legislador “deben ser sometidas a una graduación, actividad en la que el juez tiene el rol exclusivo y excluyente” (2007), empleando para ello el principio de proporcionalidad.

Uno de los criterios que debe tomar en cuenta el juez para determinar la forma de ejecución de la pena aplicar lo constituye definitivamente su grado de reiterancia o proclividad a poder cometer los hechos, como afirma Jescheck (2000) “la valoración de la persona del autor se puede tomar en cuenta sobre todo en la circunstancia de si los hechos son expresión de una inclinación criminal, o tan sólo se presentan como delitos ocasionales desconectados entre sí”, ello tiene que ser consideración del legislador en un ejercicio de valoración según el principio de proporcionalidad, criterio que definitivamente no ha tomado en cuenta en legislador al momento de crear las leyes que impiden la aplicación de la pena suspendida a los delitos contra la administración pública por funcionarios o servidores públicos. Por lo que es necesario que, en función del principio de proporcionalidad, sea el juez quien tenga que determinar y valorar ese criterio y decidir si la pena debe ser efectiva o suspendida. Es

más, este criterio, si ha sido seguido por el legislador procesal penal quien ha señalado que, dada la naturaleza del delito y el autor, se puede no ejecutar de forma inmediata la pena privativa de libertad así esta sea efectiva. (Véase artículo 402 inciso 2 del Código Procesal Penal).

Por último, como sostiene Peña Cabrera (2017), la prohibición contenida en el artículo 57 respecto a los delitos de función cometidos a los funcionarios y servidores, no alcanza a los particulares porque solo los funcionarios y servidores están obligados a proteger el buen funcionamiento de la administración pública, por lo que, pareciera razonable la referida prohibición, sin embargo, tal razonamiento no es correcto, puesto que si bien es cierto, son delitos que afectan a la comunidad, no es menos cierto que las particularidades de cada caso varían, y es tarea del juez poder determinar la forma de ejecutar la pena, de lo contrario se afecta el principio de proporcionalidad en su relación directa con el principio de igualdad a la que hace alusión Jescheck (2000) porque ante casos reales de tipos penales que ameriten una sanción más grave se podría suspender la pena y no se podría en los casos de delitos de función en donde quizá por las situaciones personales que rodean al caso la pena debe ser diminuta. El principio de proporcionalidad aquí se relaciona con el de igualdad y se rompe si en casos más graves se imponen penas suspendidas y en delitos de función que, en un determinado caso, podría ameritar una sanción más baja, estas siempre serían efectivas, ellos sin perjuicio que las penas cortas efectivas pervierten el sistema penitenciario, situación que se agrava aún más dada las condiciones de las penitenciarías en el Perú.

Por último, y no menos importante, es la crítica que se hace en función al principio de proporcionalidad, por parte del profesor Pariona, y es que si lo que sustenta la prohibición es que estamos ante un delito de naturaleza tal que no perjudica a una sola persona sino a la sociedad en conjunto, entonces, en una suerte de

exigencia de proporcionalidad en su relación con el principio de igualdad, todos los delitos en los que se lesionen intereses difusos o lesionen a una comunidad de personas debieran ser incluidos en la prohibición. A lo que habría, que agregar que en todo caso, si ese es el fundamento, se hubieran incluido por los menos todos los delitos contra la administración pública y no solamente algunos, a pesar de que se extendió el catálogo, y la exposición de motivos no explica ello.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE RESULTADOS: PROPUESTA DEL AUTOR

Parafraseando a Salinas Siccha (2019), la fundamentación de que se ha generado en la población una no muy agradable sensación de dejar sin castigo real y efectivo, con un internamiento en un penal a quien ha sido encontrado culpable penalmente luego de un debido proceso; sin embargo, tal justificación que ha sido esbozada inclusive por la exposición de motivos de las leyes que han prohibido la suspensión, no es tan correcta, porque las personas sentenciadas por algún delito contra la administración pública, ya sea que la pena se suspenda, están siendo objeto de una pena con una forma distinta a la ejecución, la suspensión, lo que no implica impunidad sino que no se aplica encierro en alguna cárcel del país.

Ahora bien, lo que se cuestiona a lo largo de la investigación, más o menos siguiendo la idea del joven profesor James Reátegui (2015), es la obligación que se ha impuesto al de aplicar la pena efectiva si o si, sin poder suspenderla. Es decir, debe quedar claro, que si el condenado funcionario público, luego de que el juez analice los presupuestos personales y las condiciones del autor, determinará que la pena privativa de la libertad debe ser efectiva, se debe cumplir de esa forma, pues es el juez el que constitucionalmente es competente para aquella determinación, no pudiendo estar atrapado por otro órgano o poder del Estado, pues ello rompe la autonomía del juez y también la garantía de la división de poderes, en suma, siguiendo a al profesor García Caveró (2008) cuando comenta la determinación de la pena, al igual que Prado Saldarriaga, la individualización de la pena así como de la forma en que se debe ejecutar es el instante donde el derecho penal debe interactuar con el ciudadano que es el destinatario de las disposiciones penales y con la realidad social que lo circunda; en ese momento entonces el derecho penal lo que hace es modular la aplicación de las sanciones tomando en

consideración datos personales y concretos y no en función de un parámetro rígido, objetivo y generalizado.

La pena en el Perú, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 19- 2005 PI/TC), el mismo texto constitucional, así como el Código Penal, tiene un fin preventivo y resocializador, es decir, el sistema penitenciario (penas efectivas) deben buscar la resocialización del penado, tarea que es bastante complicado que suceda debido a que los centros penitenciarios se encuentran han sido declarados en “estado de cosas inconstitucional”. Se menciona el fin de la pena aquí, por lo que las penas buscan es resocializar, es decir, en palabras de Villavicencio Terreros (2014), a la pena en el Perú se le ha asignado una utilidad, y no es un instrumento de “mera sanción”, de “mal por mal”, por lo que legislar prohibiendo la posibilidad de que el juez, dentro de la esfera de sus funciones, tenga la posibilidad de poder determinar la forma de ejecución de la pena, constituye una mirada reducida e inconstitucional de los fines de la pena, porque se le estaría adscribiendo, coincidimos con Peña Cabrera (2017) un fin meramente retributivo, extirpándole la utilidad y convirtiendo al fin del derecho penal y a la pena como una castigo por la comisión de un delito, lo que es contradictorio, con los fines de la pena que en un Estado Constitucional como el nuestro se debe proteger.

En esa misma línea, llama la atención que la misma Corte Suprema haya reconocido que la reforma se sustenta en un espíritu netamente represor de la sanción penal sin hacer el mayor análisis de las facultades del juez, en un Estado de derecho para ser el único que deba determinar la pena y su forma de ejecución en función a las características que posea la personalidad y conducta el condenado. Sostiene la Corte Suprema, en ese sentido que “El fundamento de esta prohibición o elemento negativo en los casos de funcionarios o servidores públicos estriba en la especial necesidad de reforzar la prevención general en relación con los delitos contra Administración Pública fijados por la norma, de suerte que se ha priorizado la exigencia de represión por encima de la prevención especial con la confirmación de la amenaza penal en todos los casos” (Casación N° 1520- 2019 Huancavelica), pierde vista la Corte Suprema en este

pronunciamiento que el fin de la pena es el de prevención especial positivo, y la pena no es un instrumento amenazante con un mensaje comunicacional que amedrente al ciudadano, sino un instrumento que mantenga el orden jurídico y refuerce la vigencia de la ley penal.

La Corte Suprema también ha sostenido, sin hacer un análisis profundo que, la prohibición de pena suspendida se justifica en “la naturaleza de los delitos a que se refiere y en los actos de poder que realizan estos sujetos especiales al infraccionar su deber, lo que justifica la intensidad de la sanción” (Casación 1550- 2018 Apurímac). Es innegable la gravedad de los delitos contra la administración pública, por no solo lesionar el bien jurídico de una persona sino de poner en riesgo a la sociedad entera, ello no es objeto de discusión, sino que quien tendría que realizar esa valoración debiera ser el juez en el caso concreto. Carece de sustento, ese fundamento de la Corte Suprema, que, si ello fuera así, todos los delitos contra la administración pública debieran ser objeto de la prohibición y no solo alguno de ellos, o, en todo caso, todos los delitos que protegen bienes jurídicos difusos (delitos económicos, delitos contra el orden monetario o el orden constitucional). Las penas y su forma de ejecución es una función que compete al juez penal realizar, dentro de ciertos parámetros que el legislador coloca, pero no por imposición del órgano legislativo recortando las funciones del poder judicial.

Ampliando lo dicho, se coincide con Guimaray (2014), en el sentido que “la suspensión de la pena no califica como un beneficio procesal o de ejecución penal, responde a una valoración político criminal que se sostiene en criterios materiales de fines de la pena y responsabilidad penal. No es algo que se pueda poner o quitar”, sino que más bien, se encuentra inmersa en la función individualizadora de la pena, que tienen los jueces, y solamente los jueces, y no otro órgano del Estado. Lo que el legislador debe proponer, reitero, es el marco o reglas abstractas de regulación, para que, en ese espacio, el juez pueda llevar a cabo una verdadera determinación de la pena, tanto en relación a qué pena debe

imponer, cuánto es que esta debe durar y, por último, como es que la puede ejecutar.

Se reitera que es deber del juez en un Estado Constitucional de Derecho la determinación de la forma de ejecución de la pena, máxime que si, por ejemplo, leemos el artículo 402. Inciso 2 del Código Procesal Penal, existe la posibilidad de que se pueda no aplicar de forma inmediata la ejecución de la pena suspendida, cuando la persona ha estado en libertad e interpone un recurso de apelación, siempre que se sujete a determinadas reglas de conducta y además se pueda evitar el peligro de fuga. Esta norma no hace sino reforzar la idea propuesta de que la forma de ejecución de la pena más allá del delito de que se trate es una valoración propia del juez. No podría ser correcto, por ejemplo, en función de los fines de la pena que se trate de un delito en el que se impongan penas cortas este sea efectivo, dada la poca eficacia de las penas efectivas de corta duración, hacerlo no sería para lograr el fin de resocializar como fin última de la pena, sino todo lo contrario, sería una apresurada lesión al derecho a la dignidad de la persona y sobre todo la libertad y el derecho a someterse a una pena que lo resocialice, ello ha señalado inclusive la Corte Suprema al expresar que “su aplicación no resulta idónea para salvaguardar su derecho fundamental a la dignidad humana, ya que una pena privativa de libertad efectiva de corta duración no sería idóneo para garantizar la materialización del fin preventivo especial de la pena...se aleja del fin constitucional que protege el derecho fundamental a la dignidad humana de toda persona” (Consulta N° 10541-2019 PUNO).

Haciendo nuestro propio análisis de idoneidad, y tenido en cuenta que lo que se quiere según la Corte Suprema y las exposiciones de motivos de las reformas es “luchar contra la corrupción, esta reforma resulta desde ese análisis no solo no idónea, sino más bien contraria a la eficacia, es decir, resultaría ineficaz en sumo grado, y es que, si ante un supuesto de una pena corta en un delito contra la administración pública, como por ejemplo un peculado en grado de tentativa, o una colusión simple, donde “la pena a imponer” no se mayor a los cuatro años, no se impondrá al autor (funcionario o servidor) una prisión preventiva, sin embargo, al esperar

que la pena que se le imponga será efectiva (por las reformas que han operado en el artículo 57 del Código Penal) entonces muy difícilmente se someterá a esa pena efectiva y, como no tiene restricciones procesales (medidas de coerción personal) evitará que la pena se ejecute fugándose del país. Entonces la pretendida eficacia no es tal con esta reforma.

Con lo dicho, el artículo 57 debiera regresar a su fórmula anterior, es decir, así:

Artículo 57:

“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.

CAPÍTULO IV

MARCO METODOLÓGICO

1. MATERIALES:

1.1. Legislación:

- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Penal Peruano.
- Código Procesal Penal.

1.2. Doctrina:

- Autores nacionales.
- Autores extranjeros.

1.3. Jurisprudencia:

- De la Corte Suprema
- De las Cortes Superiores

2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

▪ Método Deductivo

Mediante este método, podemos llegar a determinar que carece de legitimidad la imposición legal de prohibición de pena suspendida en los Delitos contra la administración pública comprendidos en la parte final del artículo 57 del Código Penal peruano, partiendo del conocimiento general que nos brinda la doctrina y todo el material bibliográfico utilizado.

▪ Método Analítico- sintético:

Se analiza todos los componentes del concepto jurídico pena que sustentan la postura asumida en la investigación (analítico) para llegar unificar el

conocimiento que permita derivar en los resultados y las conclusiones (sintético).

- **Método Hermenéutico:**

Este método facilita la posibilidad de poder interpretar los alcances y principios de la pena como líneas directrices que fundamentan la necesidad de legitimar la pena en los delitos contra la administración pública.

- **Método doctrinario:**

Método referido básicamente al análisis de la dogmática, en las ciencias jurídicas específicamente las ideas de los juristas referido a temas jurídicos de relevancia. Este método será de utilidad, para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posiciones referidas al presupuesto de la pena.

3. Técnicas e Instrumentos:

- **Fichaje:**

“Con la finalidad de registrar los datos e información relevante sobre el tema en el instrumento ficha, organizando la información que sobre los materiales se obtenga”. **EI instrumento es la ficha.**

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. De todas las penas que regula nuestro Código Penal en su artículo 28 definitivamente la que revela un mayor grado de gravedad, es la privativa de libertad, la misma que puede ejecutarse de dos formas: penas privativas de la libertad con carácter efectivo, esto es, con internamiento en un centro penitenciario; y la pena privativa de libertad suspendida en su ejecución. Además, también, existe la posibilidad que se dicte una pena efectiva sin internamiento inmediato, mientras se espera la decisión firme, por interposición de un recurso, esta posibilidad está regulada en el artículo 402- inciso 2 del Código Penal. La ejecución suspendida de la pena privativa de la libertad debe responder a las circunstancias personales y del caso concreto que debe evaluar el juzgador teniendo en consideración siempre el fin último en que se sustenta las penas en el Perú: fin resocializador (prevención positiva) y no retributivo.
2. Los delitos contra la administración pública son delitos de infracción de deber que lesionan el bien jurídico general correcto funcionamiento de la administración pública, aunque cada figura tienen un bien jurídico específicamente tutelado, el legislador nacional ha señalado que en algunos de estos delitos el juez no debe suspender la ejecución de la pena y ello lo sustentan en que estos delitos por su naturaleza, no tienen como sujeto pasivo a un sujeto individual sino a una colectividad (El Estado), por lo que estas conductas generan un mayor reproche social máxime, pues se defraudan o se quiebran aquellos valores institucionales que el Estado a confiado en esas personas con calidades especiales. Los particulares no pueden ser autores de estos delitos, pero sin pueden ser partícipes, por lo que, no les alcanza la prohibición de la suspensión de la pena por carecer de ese rol específico de ser funcionario o servidor público.

3. La prohibición legal de suspensión de la ejecución de la pena dispuesta por el legislador penal nacional, es contraria al principio de autonomía del poder judicial, debido a que es el juez del caso quien debe determinar la sanción a imponer, la duración del castigo, así como la forma de imposición. Debe ser el, juez quien, según las características del caso y del condenado debiera constitucionalmente realizar a una valoración, y no debe responder a una imposición no justificada racionalmente del, legislador. Además de ello, si la justificación de la prohibición de pena suspendida para los funcionarios es que por su naturaleza afecta a varias personas, y no a una, se rompe la proporcionalidad en el sentido, de que estos no son los únicos delitos que ostentan ese carácter, y en todo caso, debiera aplicarse a todos los delitos contra la administración pública y no solo algunos; ello sin perder de vista, que no es proporcional en su examen de idoneidad en función del fin resocializador la pena y, el estado actual de los penales, además que, en un análisis de proporcionalidad en función de la utilidad o eficacia, medida es ineficaz porque pone en riesgo el cumplimiento de la condena final.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2001). Delitos Contra la Administración Pública, Palestra Editor, Lima.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996). La Constitución de 1993 Análisis comparado, Rao Editora, Lima.
- CARO JOHN, José Antonio (2012) “Manual teórico práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de los delitos cometidos en ejercicio de la función pública”, MINJUS, Lima.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2015). El nuevo Proceso Penal. Teoría y Práctica de su implementación, Palestra, Lima.
- GARCÍA CAVERO, Percy, (2014). “Derecho Penal parte general”, Grijley, Lima.
- GARCÍA TOMA, Víctor (2015). Constitución, Justicia y Derechos Humanos, Lex & Iuris, Lima.
- HUGO ALVARADO, Jorge (2002). Delitos Contra la Administración Pública Gaceta Jurídica, Lima.
- HURTADO POZO, José (2005). Manual de derecho penal parte general, Grijley, Lima.
- JAKOBS, Günther (1998). La imputación objetiva en el derecho penal, Grijley, Lima.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2017). “Derecho Penal. Parte General”, 2da Edición, Editorial Rhodas, Lima.
- PEREZ LUÑO, Antonio (1984). Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2001). Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del «caso Montesinos». Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe? En: Revista Ius et Veritas N° 23. Lima.

- ROJAS VARGAS, Fidel y otros (2007). Código Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada, Tomo II, Parte Especial, Idemsa, Lima.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2019). Delitos contra la Administración Pública, Iustitia, Lima.
- ROXIN, Claus. (2000). Autoría y dominio del hecho en el derecho penal, Marcial Pons, Barcelona.
- VILLA STEIN, Javier (1998) Derecho Penal Parte General, Editorial San Marcos, Lima-Perú.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2014), Derecho Penal Parte General, Grijley, Lima- Perú.