

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

#### **TESIS:**

### **RAZONES JURÍDICAS PARA JUSTIFICAR LA EXTENSIÓN DE LA LEY N.° 30304 Y DEL DECRETO LEGISLATIVO N.° 1351 A OTROS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Para optar el Grado Académico de

#### **DOCTOR EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO**

Presentada por:

**M.Cs. MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO**

Asesora:

**Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**

**Cajamarca, Perú**

**2023**

COPYRIGHT © 2023 by  
**MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

#### **TESIS APROBADA:**

#### **RAZONES JURÍDICAS PARA JUSTIFICAR LA EXTENSIÓN DE LA LEY N.º 30304 Y DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1351 A OTROS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Para optar el Grado Académico de

#### **DOCTOR EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO**

Presentada por:

**M.Cs. MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO**

#### **JURADO EVALUADOR**

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Asesora

Dr. Joel Romero Mendoza  
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina  
Jurado evaluador

Dr. Ernesto Cueva Huaccha  
Jurado evaluador

Cajamarca, Perú

2023



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

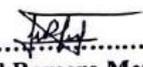
**MENCIÓN: DERECHO**

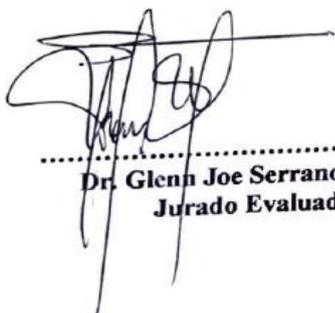
Siendo las 18:00 horas, del día 24 de abril del año dos mil veintitrés, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, **Dr. ERNESTO CUEVA HUACCHA** y en calidad de Asesora la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **RAZONES JURÍDICAS PARA JUSTIFICAR LA EXTENSIÓN DE LA LEY N.º 30304 Y DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1351 A OTROS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**; presentada por la Maestro en Ciencias, Mención en Derecho Penal y Criminología **MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO**.

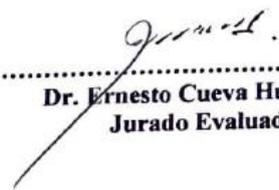
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó ..... APROBAR ..... con la calificación de Diecisiete (17) - Excelente ..... la mencionada Tesis; en tal virtud, la Maestro en Ciencias, Mención en Derecho Penal y Criminología **MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 19:15 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dra. Maria Isabel Pimentel Tello**  
Asesora

  
.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Presidente - Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Glenn Joe Serrano Medina**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Ernesto Cueva Huaccha**  
Jurado Evaluador

## **DEDICATORIA**

A:

Mis apreciados padres, Yolanda y Jorge, a quienes estaré eternamente agradecida por su apoyo incondicional, por sus consejos, por inculcarme siempre valores para hacer de mí una persona de bien; y por enseñarme que la forma de superarse siempre será estudiando y actuando con integridad, responsabilidad y humildad.

A mi esposo Hubert y a mis tres hermosas hijas: Mikaela, Macarena y Marianella, por ser mi fuente de inspiración para salir adelante y cumplir nuestros objetivos trazados.

## **AGRADECIMIENTO**

A mis apreciados maestros del Doctorado, y a mi asesora de tesis, la Dra. María Pimentel Tello, quienes nos han impartido sus conocimientos, experiencia y sugerencias, sin las cuales no hubiésemos podido culminar la presente tesis.

## **EPÍGRAFE**

“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.  
Debe ser ley porque es justa.”

-Montesquieu

“El hombre justo no es aquel que no comete  
ninguna injusticia, sino el que pudiendo ser  
injusto no quiere serlo.”

-Menandro de Atenas

## ÍNDICE

ÍTEMS	PÁGINA
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
EPÍGRAFE .....	vii
LISTA DE ABREVIACIONES Y SIGLAS.....	xi
GLOSARIO.....	xii
RESUMEN .....	xiv
ABSTRACT .....	xvii
INTRODUCCIÓN .....	xix
CAPÍTULO I	
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PROBLEMÁTICA A INVESTIGAR .....	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	8
1.3. JUSTIFICACIÓN .....	9
1.3.1 JUSTIFICACIÓN CIENTÍFICA .....	9
1.3.2 JUSTIFICACIÓN TÉCNICA-PRÁCTICA .....	9
1.3.3 JUSTIFICACIÓN INSTITUCIONAL Y PERSONAL .....	10
1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	11
1.4.1 DE ACUERDO AL FIN QUE PERSIGUE .....	11
1.4.2 DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	11
1.5.OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.5.1 GENERAL .....	14
1.5.2 ESPECÍFICO.....	14

1.6.HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN .....	14
1.7.METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....	15
1.7.1 MÉTODO DOGMÁTICO JURÍDICO -FORMALISTA.....	15
1.7.2 MÉTODO ANALÍTICO - SINTÉTICO.....	15
1.7.3 MÉTODO INDUCTIVO-DEDUCTIVO.....	16
1.7.4 MÉTODO DE INTERPRETACIÓN O HERMENÉUTICA JURÍDICA .....	16
1.7.5 MÉTODO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA .....	16
1.8.TÉCNICAS E INSTRUMENTOS .....	16
1.8.1 TÉCNICAS .....	17
1.8.2 INSTRUMENTOS.....	18
1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS.....	18
1.10 ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	18
<b>CAPÍTULO II</b>	
MARCO TEÓRICO.....	19
2.1 ENFOQUE FILOSÓFICO Y EPISTEMOLÓGICO .....	19
2.1.1 CONSIDERACIONES GENERALES .....	19
2.1.2 LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS DEL DERECHO.....	20
2.1.3 LA TEORÍA TETRADIMENSIONAL DEL DERECHO.....	28
2.1.4 EL ENFOQUE DE LA CORRUPCIÓN.....	29
2.1.5 LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO POLÍTICA DE ESTADO	39
2.2 BASES TEÓRICAS .....	40
2.2.1 LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CONCORDANCIA CON EL DERECHO PENAL.....	40
2.2.2 DELITOS CONTRA LA ADMNISTRACIÓN PÚBLICA .....	44
2.2.3 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS LÍMITES AL IUS PUNIENDI .....	76

2.2.4 SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.....	105
--	-----

### **CAPÍTULO III**

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	117
----------------------------------	-----

3.1 TRATAMIENTO NORMATIVO HOMOGÉNEO .....	122
---	-----

3.2 OBSERVANCIA DEL FIN POLÍTICO-CRIMINAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	129
---	-----

3.3. LA OBSERVANCIA DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL COMO FUNDAMENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE PENAS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	132
--	-----

3.4. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO INTERÉS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO Y COMO POLÍTICA DE ESTADO.	140
---	-----

3.5. TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE NO LESIVIDAD DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	142
---	-----

### **CAPÍTULO IV**

PROPUESTA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL.	147
---	-----

4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	147
---------------------------------	-----

4.2. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO.....	150
--------------------------------------	-----

4.3 EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL .....	153
---	-----

CONCLUSIONES.....	154
-------------------	-----

RECOMENDACIÓN ÚNICA.....	156
--------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA .....	157
--------------------	-----

## LISTA DE ABREVIACIONES Y SIGLAS

Art. / arts.	: Artículo / artículos.
C.P.	: Código Penal.
CICC	: Convención Interamericana contra la corrupción.
CNUC	: Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.
Exp.	: Expediente.
Inc.	: Inciso.
OEA	: Organización de Estados Americanos.
PCM	: Presidencia del Consejo de ministros.

## GLOSARIO

**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:** Conjunto de órganos administrativos que realizan actividades para obtener la consecución de un fin, como es el bienestar general, mediante la prestación de servicios públicos regulada en su estructura y funcionamiento.

**CORRUPCIÓN POLÍTICA:** Término utilizado para hacer referencia al uso indebido del poder público, a fin de obtener ilegítimamente una ventaja, en forma privada.

**DELITO:** Comportamiento normado como tal dentro de la legislación penal, el cual contradice lo tipificado en la norma, en donde además se verifica que el sujeto activo o comisor del ilícito ha mostrado plena voluntad en su ejecución y dominio sobre el hecho.

**PENA:** Sanción que ocasiona la pérdida o restricción de derechos personales de un sujeto hallado responsable de la comisión de una conducta punible, la cual está contemplada en la ley y es impuesta por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso.

**POLÍTICA CRIMINAL:** Establecida por el gobierno o los grupos de poder, con la finalidad de combatir los actos ilícitos. Su fundamento es atacar el delito o los crímenes que vulneren bienes jurídicos protegidos, no sólo tutelados a nivel de los órganos judiciales o a nivel del Derecho

Penal, sino que se hace extensivo a establecer medios de prevención y represión por parte del Estado.

**SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA:** Medida de suspensión cuyo desvalor social establecido en una sentencia es mínimo; y cuyo fin es obtener una finalidad preventiva especial a favor del sentenciado cuya responsabilidad ha sido acreditada; la misma que es establecida por el juzgador, denominado como acto de discrecionalidad; no obstante, su aplicación se encuentra supeditada a la verificación de ciertos requisitos y a la imposición de reglas de conducta en su cumplimiento.

## RESUMEN

Mediante Ley N.º 30304, “Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos”, de fecha 28 de febrero del año 2015, se modifica el artículo 57 del Código Penal, en el sentido que los funcionarios que sean condenados por delitos dolosos, establecidos en los artículos 384 (delitos de colusión simple y agravada) y 387 (peculado) del Código Penal, no puedan gozar de la suspensión de la pena, y por tanto, tendrán que cumplirla en su totalidad en prisión.

De igual modo, el día 06 de enero del año 2017, se promulga el Decreto Legislativo N.º 1351, denominado “Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana”, por el cual nuevamente se modifica el texto del artículo 57 del Código Penal, estableciéndose que la figura de la suspensión de la ejecución de la pena no podría aplicarse a los servidores y funcionarios públicos condenados, además de los ilícitos de colusión y peculado, por los delitos previstos en el artículo 389, segundo párrafo (delito de malversación), artículo 395 (delito de cohecho pasivo específico), artículo 396 (delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), artículo 399 (delito de negociación incompatible), y el artículo 401 (delito de enriquecimiento ilícito) del Código Penal.

Así, si la finalidad fue imponer severidad en la aplicación de las sanciones penales; no obstante, ello solo aplica para algunos ilícitos penales contra la Administración Pública, dejándose de lado otros delitos tan importantes

comprendidos también dentro de esta clase de delitos. Tal es así, que, en estos casos, y de presentarse aquellos presupuestos contemplados en el artículo 57 de nuestro Código Penal, no habría restricción alguna para que los jueces, en determinado caso en específico, puedan disponer como consecuencia, se aplique la denominada figura de la suspensión de la ejecución de la condena, para funcionarios y servidores públicos, lo cual resulta seriamente preocupante; no entendiéndose el porqué de esta diferenciación.

En esa línea, pretendemos demostrar que, en la emisión de la normativa antes señalada, y haciendo un análisis tetradimensional del derecho, no se han valorado en todas sus aristas las valoraciones: sensación de impunidad por parte de la sociedad, desconfianza que proviene por parte de la misma, generar un efecto amedrentador, suspender la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, las cuales debieron ser tomadas bajo consideración para establecer la regulación propuesta.

Siendo ello así, hemos procedido a establecer una solución mediante la exploración de la naturaleza legal en los Delitos contra la Administración Pública y su bien jurídico protegido; para luego evaluar su compatibilidad con el fin o fines que se persigue con la aplicación de penas, sobre la base de principios que guían la correcta administración de los caudales del Estado, los principios contenidos en la normativa denominada “Código de Ética de la Función Pública”; y, teniendo en cuenta, además la observancia del fin político criminal del ilícito en estudio, desde una visión de la corriente *ius* filosófica del Tetradimensionalismo en el Derecho Penal.

## **PALABRAS CLAVE**

Administración Pública, Corrupción política, Delito, Pena, Política Criminal,  
Suspensión de la ejecución de la pena.

## **ABSTRACT**

*Through Law No. 30304, "Law that prohibits the suspension of the execution of sentences for crimes committed by public officials and servants", dated February 28, 2015, article 57 of the Penal Code is modified, in the meaning that officials who are convicted of intentional crimes, established in articles 384 (simple and aggravated collusion) and 387 (embezzlement) of the Criminal Code, cannot enjoy the suspension of the sentence, and therefore, they will have to comply with it in their all in prison.*

*Similarly, on January 6, 2017, Legislative Decree No. 1351 was promulgated, called "Legislative Decree that modifies the Penal Code in order to strengthen citizen security", by which the text of the Article 57 of the Criminal Code, establishing that the figure of the suspension of the execution of the sentence is not applicable to public officials and servants convicted, in addition to the crimes of collusion and embezzlement, for the crimes provided for in article 389, second paragraph (crime of embezzlement), article 395 (crime of specific passive bribery), article 396 (crime of passive corruption of judicial assistants), article 399 (crime of incompatible negotiation), and article 401 (crime of illicit enrichment) of the Penal Code.*

*Thus, if the purpose was to impose severity in the application of criminal sanctions; However, this only applies to some criminal offenses against the Public Administration, leaving aside other such important crimes also included within this class of crimes. Such is the case, that, in these cases, and if those assumptions contemplated in article 57 of our Penal Code are presented, there*

*would be no restriction whatsoever for the judges, in a specific case, to order as a consequence, the so-called figure be applied. of the suspension of the execution of the sentence, for officials and public servants, which is seriously worrying; not understanding the reason for this differentiation.*

*In this line, we intend to demonstrate that, in the issuance of the aforementioned regulations, and making a four-dimensional analysis of the law, the assessments have not been valued in all their edges: feeling of impunity on the part of society, distrust that comes from of it, generate an intimidating effect, suspend the execution of the custodial sentence imposed, which should have been taken into consideration to establish the proposed regulation.*

*This being the case, a solution has been tested through the exploration of the legal nature of Crimes against the Public Administration and its protected legal right; to later evaluate its compatibility with the purpose or purposes pursued with the application of penalties, taking as informative principles for the correct administration of State funds, the principles contained in the regulations called "Code of Ethics of the Public Function"; and under the strict observance of the criminal political purpose of the crime under analysis, from the perspective of the ius philosophical current of Four-dimensionality in Criminal Law.*

## **KEY WORDS**

*Public administration, Political corruption, Crime, Penalty, Criminal policy, Suspension of the execution of the sentence.*

## INTRODUCCIÓN

Debemos preciar, en primer lugar, que toda investigación de naturaleza jurídica debe responder a las preguntas ¿por qué? y ¿para qué investigar?. Así, en el ámbito del mundo jurídico, se realiza investigación para la búsqueda y concretización de la justicia, obtener el bien común para aportar algún tipo de avance en la ciencia del derecho, y así lograr una convivencia pacífica dentro de una sociedad democrática de derecho (Asencio, 2013).

Así, resulta muy necesario preguntarse cómo se puede entender y explicar el Derecho sin conocer a aquellos componentes que la filosofía del derecho se ha encargado de estructurar y explicar, que no es sólo la norma jurídica; sino que además se busca poder llegar a determinar de dónde y cómo se genera dicha estructuración. Tal es así, que se estima que, no podría hablarse del fenómeno del derecho, sino se comprende la estructuración del mismo desde una visión tetradimensionalista del mismo, conforme lo sostiene esta corriente iusfilosófica. (Polaino, 2004).

En este contexto, y estando en la actualidad frente a un problema tan álgido por el cual atraviesa nuestro país, pues en la última década se han incrementado los índices de criminalidad en delitos comunes y en delitos especiales, como son los denominados Delitos contra la administración estatal; por lo que el Estado se ha visto en la imperiosa necesidad de crear sus propios entes controladores, dotándolos de un conjunto de procedimientos internos de control para brindar protección al aparato estatal o a los intereses estatales, del

mal comportamiento de sus funcionarios o servidores estatales que vulneran la normatividad interna de cada ente público. No obstante, la acción desplegada por estos entes controladores no han demostrado ser eficaces para asegurar un correcto funcionamiento del ente estatal, evidenciándose así serias deficiencias que generan la lesión al erario estatal, y que la sociedad pierda confianza en sus funcionarios y servidores estatales, quienes olvidan sus obligaciones inherentes a su cargo, para asumir que laborar en un ente estatal y poder disponer de bienes públicos, es la opción perfecta para incrementar su patrimonio.

Adicionalmente a estos temas fácticos, en lo que atañe a la percepción por parte de la sociedad, el flagelo de la corrupción es considerada dentro de los dos problemas que principalmente aquejan a nuestra sociedad peruana<sup>1</sup>. De ahí, que como bien lo sostiene el profesor Pariona, si bien, nuestro Estado ha creado entes de control para brindar protección a la Administración Pública y a los intereses del estado, de la mala conducta de sus agentes que vulneran la normatividad interna de cada ente estatal, los cuales han resultado ineficaces para obtener el correcto funcionamiento de la Administración estatal (Pariona, 2011), lo cual evidencia serias deficiencias que vienen generando lesión al patrimonio público y que además, la sociedad ya no tenga confianza en los servidores y funcionarios públicos, los cuales han omitido y dejado de lado sus obligaciones propias de su cargo, para considerar que el trabajar en un ente

---

<sup>1</sup> El primer problema que aqueja a nuestro país en la actualidad es la delincuencia con 60%; mientras que el segundo fue la corrupción con 50%. PROETICA. XII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2022. Agosto 2022. En: <https://onx.la/6f55c>.

público y el tener la posibilidad de disponer de bienes públicos, es la posibilidad de poder incrementar su patrimonio.

Aunado a ello se tiene que, conforme sostiene Pariona, el Derecho Penal, como un mecanismo de control conminatorio y represivo es un medio fragmentario de actuación, lo cual, significa un último recurso que se aplica cuando la gravedad del hecho deviene en intolerable; sin embargo, es importante preguntarnos, si el Derecho Penal protege realmente los intereses estatales, cuanto y más, si se verifica que esta rama jurídica actúa cuando ya se ha cometido el ilícito penal; esto es, cuando la lesión al bien jurídico protegido se ha producido; por tanto, cabe cuestionarse si la legislación penal existente estaría o no protegiendo eficaz y eficientemente los intereses de la sociedad. (Pariona, 2011).

Cabe indicar, que, en la última década, los ilícitos cometidos por servidores y funcionarios públicos en las diferentes entidades públicas han ocasionado una polémica inesperada, sobre todo, por el tema de una corrupción sistemática que se ha apoderado de los más altos niveles de la Administración estatal, representando conductas contrarias a derecho que limitan el correcto funcionamiento de la misma, ya que generan graves perjuicios económicos al Estado.

Frente a este panorama, en el año 2013, la Contraloría General de nuestro país, presentó el Proyecto de Ley N°. 2529/2013-CGR, a través del cual proponía una Ley que modifique los requisitos para la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena, normados en el artículo 57 del Código

Penal; ello sobre la base de una alarmante estadística que trajo como resultado que, de una muestra de 276 funcionarios públicos sentenciados por los delitos de colusión, negociación incompatible y peculado doloso, sólo 10 de ellos habían sido condenados con pena privativa de libertad efectiva, durante los años 2009-2013.

Con lo cual la Contraloría consideraba que tal situación desencadenaba una percepción de indefensión y a la vez de impunidad, pues la población observaba con suma indignación el modo en que se desatienden sus necesidades y se retrasan sus posibilidades de desarrollo; en tanto que los servidores y funcionarios públicos van incrementando su patrimonio de origen ilegal, ante la inacción de nuestras autoridades, deslegitimando con ello el imperio de la Ley y desacreditando el Estado de Derecho.

Ante dicha propuesta legislativa, con fecha 28 de febrero del año 2015, se promulga la Ley N°. 30304 “Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos”; a través de la cual se modifica el artículo 57 del Código Penal, estableciéndose que los funcionarios que sean condenados por los delitos de colusión y peculado, no puedan gozar de la suspensión de la pena; de este modo, tendrán que cumplir su condena en prisión.

Posteriormente, tenemos que el día 06 de enero del año 2017, se promulga el Decreto Legislativo N° 1351, teniendo como finalidad esta norma modificar el Código Penal, con el objetivo de poder mejorar la técnica legislativa y aquellos

criterios normativos de ciertos tipos penales, y así contribuir a obtener la mejora de la protección penal del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En ese contexto, nuevamente se modifica el texto del artículo 57 del Código Penal, estableciéndose que la figura de la suspensión de la ejecución de la pena no resulta aplicable a aquellos servidores y funcionarios estatales condenados por cualesquiera de los ilícitos previstos, además de los artículos 384 y 387; por los delitos previstos en el segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal (delitos de malversación de fondos, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito); así, se amplía la gama de esta tipología de delitos, para los cuales no será posible aplicar la denominada suspensión de la ejecución de la pena a aquellos funcionarios y servidores públicos que hayan cometido este tipo de ilícitos; debiendo así cumplir su condena en un establecimiento penitenciario, luego de ser declarados responsables en el marco de un proceso penal, no interesando así la existencia o no de los requisitos previstos en el texto del artículo 57 del Código Penal.

De igual forma, con fecha 29 de diciembre del 2017, se promulga la Ley N.º 30710, a través de la cual nuevamente se modifica el articulado bajo análisis, y, se amplía la prohibición del beneficio en referencia a los condenados que hayan cometido el delito de lesiones leves causadas por violencia contra la mujer; modificación que hacemos referencia únicamente para efectos de conocer la redacción actual del artículo bajo análisis en la presente

investigación; es así que como eje central de la misma, se tiende a analizar lo correspondiente a la inaplicación de la figura jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena, en el marco de los Delitos contra la Administración Pública.

A través de estas modificatorias normativas se ha buscado dar severidad en la aplicación de las penas a los funcionarios y/o servidores estatales que hayan cometido este tipo de delitos; no obstante, solamente se aplica para algunos de ellos, dejándose de lado otros delitos importantes comprendidos también dentro de esta clase de delitos; pues, de presentarse los presupuestos establecidos en la normatividad en referencia, no habría restricción para que el órgano jurisdiccional, en un determinado caso, pueda disponer la aplicación de dicha figura jurídica -suspensión de la ejecución de la pena- (es decir, no cumplirían su condena en una cárcel, sino en libertad, bajo el cumplimiento de ciertas reglas de conducta), lo cual resulta muy preocupante, pues se desconoce las razones del porqué de esta diferenciación.

En este contexto, pretendemos demostrar que, en la dación de la normativa antes indicada, y haciendo un análisis tetradimensional del derecho, en lo que concierne a su promulgación, no se han valorado en todas sus aristas las valoraciones: sensación de impunidad en la sociedad, desconfianza en la sociedad, generar un efecto amedrentador, suspensión de la ejecución de la pena; valoraciones consideradas con el fin de establecer la regulación propuesta.

En el presente trabajo, se ha realizado un ensayo de una solución, mediante la exploración de la naturaleza jurídica de los Delitos contra la Administración Pública, su bien jurídico protegido, para luego evaluar su compatibilidad en coherencia con los fines que se persigue en el establecimiento de las penas, tomando como principios fundamentales para la correcta administración del erario público, los principios que regulan el actuar de los servidores y/o funcionarios estatales, los mismos que se encuentran establecidos en el Código de Ética de la Función Pública, tales como el Principio de Austeridad, Racionalidad y Transparencia del gasto público; pero, además, bajo la visión del fin político criminal de la tipología de delitos bajo análisis, desde una óptica de la corriente *ius* filosófica del Tetradimensionalismo Jurídico (hecho, valor, norma y tiempo); así como de los fines de la pena establecidas para esta clase de delitos.

De ahí, que la discusión establecida sobre el carácter imperativo o valorativo de la normativa en referencia con respecto a nuestro problema de estudio, no es sólo teórica, pues tiene también importantes consecuencias sistemáticas y de relevancia en la política criminal de nuestro país.

De ese modo, la presente tesis ha seguido el siguiente orden: primero, consta de cuatro capítulos, que desarrollan la parte metodológica, el contenido temático, la contrastación de las hipótesis, y una propuesta de reforma legislativa.

En el primer capítulo, se detallan las ideas preliminares sobre el tema de tesis, finalidad, metodología y la delimitación de nuestra investigación. Siendo que

dicho sustento tanto metodológico como dogmático, son las bases rectoras, pues esta tesis, no tiene como objetivo criminalizar cualquier comportamiento, sino, demostrar que existen comportamientos que afectan gravemente la Administración Pública, por parte de agentes estatales, quienes pese a tener el deber de ejercer sus funciones conforme a Ley, vulneran intereses y derechos fundamentales; bajo el pretexto de señalar y de hacer creer que se encuentran en pleno desempeño de sus actividades, desconociéndose el fin político criminal para la clase de delitos materia de estudio -Delitos contra la Administración Pública-.

En el capítulo segundo se presenta el marco teórico, en el cual, primero se ha realizado un desarrollo del aspecto *ius* filosófico de la presente tesis, que ha guiado el proceso de investigación, pues de lo contrario, la investigación nos habría llevado a serias contradicciones; y así conducimos a generar falsos problemas de lenguaje como supuesta solución al problema planteado, como creer que no existen razones jurídicas suficientes e importantes para extender las consecuencias de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros delitos de la misma naturaleza jurídica.

Asimismo, en este capítulo, se ha desarrollado la parte dogmática sobre la política estatal de cómo combatir el flagelo de la corrupción, definiéndose a la corrupción en forma conceptual, su clasificación, y se ha realizado un análisis sobre la ética en la función estatal.

Del mismo modo, se ha definido a la Administración estatal en concordancia con el Derecho Penal; así como de los elementos propios de los Delitos contra la Administración Pública; pero, además, de los principios que regulan la actuación de los agentes públicos, contenidos en el Código de Ética de la Función Pública.

Se ha incluido también, el marco constitucional vigente en nuestro país y la función y finalidad que se le ha asignado a la pena en el marco de un estado constitucional y social de derecho; también se ha realizado un desarrollo sobre los presupuestos para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.

En el tercer capítulo, se exponen los resultados de la investigación, haciéndose su respectivo análisis y discusión; presentando así la posición que asumimos frente a la discriminación realizada a través de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351, sobre la base de la teoría y de la corriente *ius* filosófica a la cual recurrimos para demostrar que sí existen razones jurídicas para justificar la extensión de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros delitos de la misma naturaleza.

Por último, para culminar el trabajo investigativo, en el cuarto capítulo, se presenta nuestra propuesta de modificatoria legislativa del texto del artículo 57 del Código Penal.

Consecuentemente, este trabajo de investigación debe ser visto como una posibilidad de aproximación teórica – empírica a un instituto jurídico penal muy importante, para lo cual se espera el reconocimiento del aporte generosos de quienes con limitaciones damos todo de nuestra parte para así contribuir al desarrollo de nuestras instituciones jurídicas en el mundo del Derecho.

# CAPÍTULO I

## ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. PROBLEMÁTICA A INVESTIGAR

Los ilícitos penales cometidos por los servidores y/o funcionarios estatales en las diferentes entidades del Estado han generado una gran polémica, sobre todo, por el tema de la corrupción sistemática que se apodera de los más altos niveles de la Administración estatal; generando comportamientos antijurídicos que entorpecen su adecuado funcionamiento, y que además generan graves perjuicios económicos al Estado peruano.

Así, tenemos que, en una nota de prensa, el contralor general Nelson Shack evidenció así, que durante el ejercicio presupuestal 2021, la corrupción e inconducta funcional en la administración estatal, en nuestro país, ocasionó un perjuicio económico estimado en S/ 24 262 964 827, lo que representaría aproximadamente el 13.6% del Presupuesto Estatal ejecutado.

Señalado lo anterior, debe considerarse que el poder público es encargado, sea a través de elección, selección, designación o nombramiento, a determinadas personas con el objeto de dar cumplimiento a los fines públicos que se establecen en un contexto de un estado social y democrático de Derecho; por lo que, el fenómeno de la corrupción se genera precisamente cuando se desvía la finalidad pública y se mal utiliza en la satisfacción de intereses privados; desnaturalizando este fenómeno el

modelo de estado establecido, obstaculizando las posibilidades de desarrollo de la población y su bienestar general.

Por lo que, la corrupción deviene en un serio problema para toda sociedad, por la afectación de derechos fundamentales que genera; y que lamentablemente, afecta con mayor impacto, en la población más vulnerable y de escasos recursos económicos. En ese orden de ideas, la corrupción según la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción (2021), se define como el mal uso del poder público o privado con la finalidad de obtener un beneficio indebido; ya sea de índole económico o no económico; alguna ventaja, directa o indirecta, por parte de agentes públicos, privados y/o ciudadanos; que vulneran principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales<sup>2</sup>.

Así, en nuestra legislación penal se encuentran tipificados los delitos que encajan dentro de esta definición, en el Título de los Delitos contra la Administración Pública, capítulo segundo<sup>3</sup>.

Como es evidente, estos delitos afectan al punto de ajuste entre el Estado y la Sociedad, así se tiene que el ente público es un punto intermedio entre la ficción legal denominada Estado y la sociedad, pues este último es destinatario de los servicios y/o funciones; pues lo ciertamente importante es la eficacia y eficiencia estatal, por lo que, la legislación penal debe proteger a la administración estatal contra los agentes públicos que lesionan o ponen en peligro sus propios valores; de ahí, que debe considerarse los roles que cumplen los servidores y funcionarios estatales,

---

<sup>2</sup> Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2021. Enlace: <https://onx.la/eb38b>

<sup>3</sup> Capítulo Segundo del Título XVIII del Código Penal peruano.

los cuales asumen al ingresar a la administración del Estado, pues ellos definirán su imagen frente a la sociedad. (Cancho, García, Peña Cabrera, Paredes, Prado, Reátegui & Vásquez, 2014).

Sin embargo, es una realidad frecuente que muchas de estas conductas desplegadas por servidores y/o funcionarios estatales contrarias al ordenamiento jurídico, no son susceptibles de sanciones penales efectivas y ejemplares, pues no se aplica la pena privativa de libertad de forma efectiva; sino que normalmente se aplicaba de manera suspendida; es decir, que acreditada la responsabilidad penal del funcionario y/o servidor público en el marco del proceso penal, el Juzgador de la causa impone una sanción penal de tipo privativa de libertad, pero suspendida en su ejecución; además del cumplimiento de determinadas reglas de conducta, que incluye un pago por concepto de reparación civil.

Así, tenemos que la Contraloría General decide presentar el Proyecto de Ley N.º 2529/2013-CGR, mediante el cual se propone una Ley que modifique el texto del artículo 57 del Código Penal, que establece los presupuestos para suspender la ejecución de la pena. Ello, sobre la base de una alarmante estadística que generó como resultado, que, de una muestra de 276 funcionarios sentenciados por los ilícitos penales de colusión, peculado y negociación incompatible, sólo 10 de ellos habían sido condenados con penas privativas de libertad efectivas, durante los años 2009 a 2013.

De este modo, el ente contralor concluye que dicha situación genera una percepción de indefensión y de impunidad, pues la sociedad advierte con

gran indignación cómo se retrasan sus expectativas de desarrollo y de desatienden sus necesidades, en tanto que los funcionarios y servidores públicos corruptos van incrementando su patrimonio de origen ilegal ante la inactividad de las autoridades.

Ante dicha propuesta legislativa, con fecha 28 de febrero del 2015, se promulgó la Ley N.º 30304, “Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos”, mediante la cual se modifica el artículo 57 de nuestro Código Penal, estableciéndose que aquellos servidores y/o funcionarios estatales condenados por delitos de peculado y colusión no puedan gozar de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta; y, en consecuencia, tendrán que cumplirla en su totalidad, en prisión.

Si bien, podemos apreciar, que esta medida busca aplicar severidad frente a los ilícitos en mención; no obstante, a razón de la emisión de la norma antes indicada, en el año 2015 (fecha en la cual comenzó la presente investigación), es que surge la inquietud de estudiar y analizar por qué solamente dicha modificatoria alcanzaba a unos pocos delitos: colusión y peculado doloso, dejándose de lado otros delitos tan importantes y de alta incidencia delictiva, comprendidos también dentro de los ilícitos penales contra la administración estatal. Pues, es estos casos, y de presentarse los requisitos previstos en el artículo 57 del Código Penal, no habría límite alguno para que pueda disponerse la suspensión de la ejecución de la pena, lo cual nos resultó seriamente preocupante, al no entender el porqué de esta diferenciación; es decir, por qué dicha ley no comprendió a otros

delitos contra la Administración Pública y únicamente se consideró a dos delitos (colusión y peculado).

En esa línea, nuestra investigación propuesta encontró mayor engarce, pues el día 06 de enero del año 2017, se promulgó el Decreto Legislativo N.º 1351, “Decreto legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana”, teniendo como fin esta normativa, modificar el Código Penal para mejorar la técnica legislativa y los criterios normativos de algunos tipos penales, y así, contribuir a la mejora de la tutela penal de la correcta administración estatal. De ese modo, nuevamente se modificó el texto del artículo 57 de la legislación penal en referencia, estableciéndose la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para servidores y/o funcionarios estatales que hayan sido condenados por cualesquiera de los ilícitos penales previstos, además de los artículos 384 (Colusión), y 387 (Peculado), a los delitos previstos en el artículo 389, segundo párrafo, 395, 396, 399 y 401 del Código Penal; ampliándose la gama de delitos contra la Administración Pública (delitos de malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible, así como para el delito de enriquecimiento ilícito), respecto de los cuales, no será posible aplicar la suspensión de la condena a aquellos servidores y/o funcionarios estatales implicados en esta clase de delitos, no interesando así la existencia o no de los presupuestos o requisitos establecidos en la normatividad que venimos analizando.

Sin embargo, a través de este Decreto Legislativo, se incluyen tan solo 05 ilícitos de la misma naturaleza, pese a que en nuestra legislación penal se

encuentran tipificados 28 delitos de esta tipología; así, tenemos que en totalidad se incluyeron únicamente a 07 delitos, en los que no procede la aplicación de la suspensión de la pena efectiva, dejándose de lado a otros delitos que también vulneran el bien jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública, que es lo que precisamente se busca proteger y garantizar a través de la normativa pertinente, como político criminal de nuestro Estado peruano.

La figura de la suspensión de la ejecución de la pena no consiste en un beneficio penitenciario, sino más bien debe entenderse como un análisis de necesidad y merecimiento de la aplicación de una pena a aquel sujeto que cometió un delito; análisis que realiza el juez teniendo como sustento una valoración individual y motivada mediante la cual determina si el sujeto necesita y/o merece una pena efectiva de privación de libertad; tomando como base las características estipuladas en el artículo 57 del Código Penal.

Así, actualmente los jueces ya no pueden realizar esta valoración cuando declaren culpable a un funcionario o servidor público por los ilícitos penales de peculado doloso, colusión, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito; de ahí que, se necesita conocer cuáles son las razones jurídicas que justifican la extensión de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros Delitos contra la administración estatal; y así comprender el por qué no debería prohibirse la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena únicamente a 07 delitos de esta tipología, pues corresponde que ello abarque también a otros delitos contra

la Administración Pública, por la gran connotación e incidencia delictiva de los mismos; pues así se garantizará y protegerá su bien jurídico, como es el correcto funcionamiento del aparato estatal, entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que nuestro Estado utiliza para poder cumplir con sus objetivos constitucionales (Montoya, 2015); pero además por una necesidad de que exista un tratamiento homogéneo que acoja a la Teoría de la Prevención General; y así dar cumplimiento a la función de la pena; de tal modo que la sociedad no siga viendo defraudada sus expectativas en el aparato estatal.

Por lo que, si bien la política de combatir la corrupción es una tarea fundamental del aparato estatal; tenemos que, si el objetivo es poder crecer en lo económico, político, y democráticamente como país, corresponde adoptar medidas en las distintas instituciones estatales; no obstante, nuestras autoridades políticas y los legisladores han debido analizar con profundidad aquellos fundamentos jurídicos de las diversas medidas normativas que adoptan; para no terminar así adoptando mecanismos que puedan resultar perjudiciales. Así, la ciudadanía debe permanecer atenta, pues hoy en día, incluso se vienen discutiendo distintas medidas legislativas cuyo fin es precisamente, combatir la corrupción, como política fundamental del estado, dada la alta incidencia de los delitos que estamos analizando.

Debemos indicar, que los delitos contra la administración estatal son delitos pluriofensivos, pues además de proteger el recto funcionamiento del aparato estatal, de modo general; también, de forma específica, se busca proteger el deber de lealtad y probidad de aquellos servidores y

funcionarios estatales en el cumplimiento de sus funciones encomendadas en razón del cargo que ejercen, tales como percibir, administrar y proteger el patrimonio público.

En ese sentido, es que, se sostiene que el bien jurídico se verá afectado cuando el agente lesione el erario estatal, vulnerando sus deberes de probidad y lealtad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados en razón del cargo asignado.

Tal es así, que existe en nuestro Código Penal, en su parte preliminar, Título XVIII, la regulación de los Delitos contra la Administración estatal, que comprende tanto a los ilícitos cometidos por servidores y funcionarios estatales que llegan a afectar en grado de lesión o peligro al bien jurídico "Administración estatal"; ilícitos penales que afectan a un punto de conexión entre la sociedad y el Estado, en tanto el primero es destinatario de las funciones y servicios. Así, en el Derecho Penal se protege al ente estatal de los agentes públicos que lesionan o ponen en peligro los valores del aparato estatal; siendo necesario tener en consideración que los roles que cumplen los servidores y funcionarios del estado, van a definir la imagen que tiene la Administración Pública en la sociedad. (Cancho, García, Peña-Cabrera, Paredes, Prado, Reátegui y Vásquez, 2014).

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son las principales razones jurídicas para justificar la extensión de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros delitos contra la Administración Pública?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN**

### **1.3.1 Justificación Científica**

El desarrollo del presente trabajo de investigación es muy necesario, pues se podrá contribuir dentro de la comunidad jurídica, al establecimiento de soluciones frente a la problemática en estudio, a través de una propuesta legislativa, luego de haber realizado el desarrollo teórico y metodológico correspondiente. Así, se ha recurrido a otros estudios y experiencias que indican utilidad, relevancia, factibilidad y la conveniencia que tiene la realización de la presente investigación; ya que, lo que se persigue es que exista una plena garantía de la protección penal de la funcionalidad del aparato estatal, la cual se encuentra en la confianza de la sociedad en el ente estatal y en sus servidores o funcionarios públicos; de ahí, que la presente investigación resulta novedosa, pudiendo servir de motivadora para futuras investigaciones, lo cual nos permitirá avanzar en un aspecto del conocimiento jurídico.

### **1.3.2 Justificación Técnica - Práctica**

La presente investigación, nos ha permitido conocer y entender por qué los juzgadores ya no pueden, en un determinado caso, realizar el análisis del cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 57 del Código Penal, para los delitos de colusión, peculado, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible, y enriquecimiento ilícito; y además nos ha permitido conocer qué consecuencias jurídicas produce que la Ley N.º 30304 y el Decreto Legislativo N.º 1351, hayan sido

diseñados únicamente para aplicarse a determinados ilícitos penales contra la Administración Pública, y no incluir a otros delitos de igual naturaleza, de alta incidencia delictiva hoy en día; lo cual ha generado la presente investigación a efectos de dar razones jurídicas que justifiquen la extensión de dicha normativa a otros delitos contra la Administración Pública.

### **1.3.3 Justificación Institucional y Personal**

Asimismo, esta investigación es de suma importancia, pues nos permitirá conocer de cerca cómo en la actualidad, la figura jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena no es un beneficio penitenciario; sino que debe ser entendida como un examen de necesidad y merecimiento de la pena de aquella persona que ha cometido un delito; dejándose en claro, que, esta valoración lo realiza el juzgador en cada caso en concreto, para determinar si el condenado necesita o merece una pena privativa de libertad efectiva en su ejecución; para lo cual se tomarán en cuenta los requisitos previstos en el artículo 57 del Código Penal.

Por tanto, el desarrollo de la presente investigación debe realizarse en términos de necesidad y pertinencia, en razón de que sobre la misma de manera específica se presenta ausencia de otras investigaciones sobre el tema, de ahí el desconocimiento del mismo y la necesidad de ser abordado y socializado.

## **1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. De acuerdo al fin que persigue**

La presente tesis fue realizada siguiendo un diseño especializado, abordando con profundidad el problema planteado; pues es uno de tipo dogmático – formalista; por lo que nos hemos centrado tanto en aspectos conceptuales como reales de las normas jurídicas y de las instituciones bajo análisis; añadiéndole un estudio crítico *ius* filosófico.

### **1.4.2. De acuerdo al diseño de investigación**

Hemos realizado un estudio No Experimental; pues se encaminó a ser un estudio de índole Jurídico-Descriptivo, y mediante el método de análisis, procedimos a descomponer el problema jurídico en sus diversas dimensiones, estableciendo niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de la institución y de la norma jurídica bajo análisis.

También, es un estudio de tipo Jurídico-Propositivo, al cuestionar la norma o instituto jurídico vigente, por lo que después de evaluar sus deficiencias, se plantean cambios legislativos; siendo la presente investigación una tesis que culmina con una propuesta de reforma legislativa sobre la ley de la materia.

La presente tesis, referido a la necesidad de extender los efectos de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros ilícitos penales contra la Administración Pública es uno de carácter: explorativo, descriptivo y explicativo, procediendo de la siguiente forma:

En primer lugar, hemos realizado un estudio explorativo, pues existen pocos antecedentes en cuanto a su modelo teórico o aplicación de naturaleza práctica, en el ámbito nacional; pues en la realidad existe un tratamiento normativo y doctrinario deficiente, en cuanto al problema planteado; existiendo únicamente estudios de manera general en cuanto a la tipología de estos delitos; mas no respecto a la problemática planteada (razones jurídicas que justifican la extensión de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros Delitos contra la Administración Pública). Para lo cual, se ha realizado una compilación de tipo teórico, debido a la ausencia de un modelo determinado sobre el tema de investigación, que va a permitir a los operadores del derecho un modo de aplicación, estableciéndose ciertos límites dirigidos a resolver las causas del tema en discusión.

Luego de realizar el estudio explorativo, hemos procedido a diseñar un estudio descriptivo, identificando las características y elementos del problema de investigación planteado, los cual nos permitió caracterizar los hechos y situaciones por las que se identifica nuestro problema planteado a través de la presente investigación.

Por último, al culminar con el estudio en los dos niveles antes descritos, se ha realizado un estudio explicativo del problema de investigación, el mismo que permitió, por una parte, la comprobación de la hipótesis planteada en el presente trabajo y; por otra parte, la viabilidad de proponer alternativas de solución que contribuyan al correcto funcionamiento del aparato estatal.

Asimismo, se realizó un análisis exhaustivo y crítico de la normatividad, que nos permitió establecer una relación de multicausalidad que se presenta al describir los elementos, hechos, características y situaciones que generan el problema de investigación planteado. Del mismo modo, los resultados obtenidos contribuirán al modelo teórico de los hechos y fenómenos generalizados que se han originado a partir de nuestro problema de investigación.

En ese sentido, estando a que los legisladores al momento de la dación de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351, de forma errada han inobservado el fin político criminal de los delitos contra la Administración Pública así como el fin preventivo general de la pena; fundamentos que debieron valorarse de acuerdo a lo previsto en su respectivo Proyecto de Ley, es que hemos podido concluir que la Ley N.º 30304 y el Decreto Legislativo N.º 1351 debió extenderse del mismo modo a otros Delitos contra la administración estatal; con el añadido que al ser una tarea de corte científico, le hemos agregado un análisis desde la óptica de la corriente *ius* filosófica del tetradimensionalismo jurídico, que incorpora a la Teoría tridimensional conformada por el factor: social, valor y norma, como un componente que dinamiza, articula y cohesiona el conocimiento del derecho a lo largo de la historia.

Asimismo, el tema planteado contribuirá como base para que otros investigadores puedan realizar estudios relacionados al presente, y así aportar otros puntos de vista o análisis adecuados.

## **1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1. General**

Determinar las razones jurídicas justificar la extensión de la Ley N°. 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros Delitos contra la Administración Pública.

### **1.5.2. Específicos**

- A. Explicar la necesidad de la existencia de un tratamiento homogéneo en la forma de imposición de la pena en los Delitos contra la Administración Pública, por razones de política criminal.
- B. Determinar la necesidad de acoger a la Teoría de Prevención General, dentro de los fines de la pena, en el ámbito de la Administración Pública, como política criminal para su homogeneidad normativa.
- C. Elaborar una propuesta de modificación legislativa con la extensión de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a otros delitos contra la Administración Pública.

## **1.6. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN**

Las razones jurídicas para justificar la extensión de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros delitos contra la Administración Pública son:

- a) Tratamiento normativo homogéneo.
- b) Observancia del fin político – criminal en los Delitos contra la Administración Pública.

- c) La observancia de la Teoría de la Prevención general como fundamento para el establecimiento de penas en los Delitos contra la Administración Pública.
- d) La lucha contra la corrupción como interés constitucionalmente protegido y como política de Estado.
- e) Transgresión del principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública.

## **1.7. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

En atención al tipo de estudio que hemos abordado, hemos concurrido al uso de diversos métodos, tales como: el Dogmático Jurídico – formalista, inductivo – deductivo, y el analítico – sintético; entre otros métodos que han permitido obtener de forma lógica el conocimiento abordado.

### **1.7.1. Método dogmática jurídico - formalista**

Este método fue utilizado al realizar el estudio doctrinario de las distintas instituciones jurídicas en las que se encuentra delimitada el desarrollo de la presente investigación; teniendo en cuenta además la norma vigente, la cual ha sido analizada en correlación con la doctrina propia de la materia.

### **1.7.2. Método analítico - sintético**

El presente método nos ha permitido determinar las causas y consecuencias del tema materia de investigación, para abordar el problema con profundidad.

### **1.7.3. Método inductivo - deductivo**

Luego de analizar la dogmática jurídica que sustenta a la institución jurídica analizada y realizar un análisis de la figura en investigación y su respectiva normatividad, procedimos a realizar la contrastación a través de la argumentación con nuestro marco teórico general del problema de investigación planteado, con el fin de obtener los resultados. Así, definido el marco teórico general, se procedió a describir cómo se presenta el problema en nuestro ordenamiento jurídico, para aplicarlo en realidades concretas.

### **1.7.4. Método de interpretación o hermenéutica jurídica**

El presente método nos ha ayudado en el estudio y análisis de la normatividad relacionada con el tema investigado, por lo que hemos desentrañado cuál es el real sentido del instituto jurídico y de la normativa que lo sustenta, así como su origen y fundamento doctrinal; usando además otras formas de interpretación con las que cuenta este método.

### **1.7.5. Método de argumentación jurídica**

Este método ha permitido elaborar el discurso jurídico de forma relevante y correctamente estructurado, utilizando para ello las reglas técnicas, desmembrando el objeto materia de estudio en todo su alcance gramatical; y así poder elaborar las proposiciones jurídicas necesarias y correlacionadas con el tema investigado.

## **1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

Respecto a este punto, debemos precisar que los procedimientos de recopilación de información y datos se constituyen en una técnica muy

importante en toda investigación científica; además el registro y recolección de datos es necesario para la formulación de la tesis, pues por medio de estas actividades hemos podido acumular racionalmente todo el material necesario para el desarrollo y comprobación de nuestra hipótesis.

### **1.8.1. Técnicas**

En toda investigación jurídica se utiliza literatura relacionada a la doctrina jurídica, e información legal y jurisprudencial; por lo que las técnicas utilizadas en la presente tesis son:

**A. Análisis de contenido normativo y dogmático**, para realizar una serie de operaciones racionales, y así entender el contenido de las fuentes, realizando un deslinde adecuado de las ideas principales y secundarias, necesitándose una seria concentración del investigador y la utilización de técnicas de lectura adecuadas.

**B. Interpretativas**, al usar los métodos hermenéutico e histórico, se busca encontrar el sentido de las normas conforme a su evolución en la realidad jurídico – social. Asimismo, al utilizar el método denominado comparativo, se ha recurrido a la interpretación comparada, basada en el parangón de los institutos jurídicos.

**C. Fichaje**, tanto dogmático como normativo, lo cual ha permitido una recopilación y selección de datos documentales de forma organizada y sistemática; pues la gran mayoría de datos de nuestra investigación, obran en libros o artículos de revistas; convirtiéndose las fichas en unidades de información debidamente organizadas.

### **1.8.2. Instrumentos**

Al analizar contenidos, se utilizó registro de notas tanto en forma manual como en forma computarizada, para la recolección de la bibliografía revisada, así como para la normatividad revisada y analizada.

Por su parte, para el fichaje de toda la información, utilizamos fichas resumen, textuales y bibliográficas.

### **1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS**

La unidad de análisis está constituida por la Ley N.º 30304: “Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contra la Administración Pública”, el Decreto Legislativo N° 1351: “Decreto legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana”, y el artículo 57° del Código Penal, que regula la suspensión de la ejecución de la pena.

### **1.10 ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Sobre este punto, debemos indicar que no hemos podido encontrar investigaciones relacionadas o similares con la problemática planteada, por medio de la presente tesis, en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. ENFOQUE FILOSÓFICO Y EPISTEMOLÓGICO.**

##### **2.1.1. CONSIDERACIONES GENERALES**

Es de conocimiento que, un trabajo de investigación debe cumplir una rigurosidad, dado su corte científico. En esa línea, como sostiene Asencio (2013), en el mundo del Derecho, las investigaciones teóricas o aplicadas deben basarse en determinada concepción del Derecho. De este modo, la presente tesis tiene que apoyarse en una corriente filosófica del Derecho, que le de sustento, y que, además guíe su desarrollo hasta su culminación. Por ello, la filosofía del derecho cumple con los siguientes objetivos: primero, sustentar cada uno de los temas desarrollados; y, segundo, servir de guía para arribar a conclusiones serias y verdaderas.

Con acertada razón, Javier Tamayo, refiere que no hay novedades en el camino trillado del derecho y, que somos portadores de una determinada ideología que establecerá de alguna forma la filosofía subyacente de la presente tesis (Tamayo, citado por Asencio, 2013). Así, sin vulnerar principios como los de objetividad, disciplina y el de amplitud de criterios, como sostiene Asencio (2013), se debe advertir que en el desarrollo de la tesis es muy importante tomar una ideología filosófica que le de sustento y la guíe.

### **2.1.2 LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS DEL DERECHO**

Debemos indicar, que las principales posiciones filosóficas del Derecho, permiten conocer la evolución y planteamientos de las concepciones *ius* filosóficas y su constante incidencia en el derecho positivizado.

Así, dentro de las corrientes filosóficas clásicas del derecho tenemos: al Iusnaturalismo, desarrollada por Santo Tomás de Aquino e Immanuel Kant, quienes consideran que el Derecho tiene un origen divino. (Ángeles, 1992).

Debemos mencionar, que conforme a lo señalado por Asencio (2013), la corriente Humanista del Derecho, es aquella que se basa en el ser de la persona: su libertad, siendo así la persona el creador y principal protagonista del derecho; por lo que, en términos de Protágoras, el humanismo jurídico considera que el “hombre es la medida de las cosas”. (Cabanellas, 1996).

Encontramos también al Historicismo Jurídico, siendo sus principales representantes Freiderich Karl Von Savigny, Schelling y Hegel, para los cuales el fundamento jurídico es la experiencia histórica cultural de la persona, siendo la costumbre su fuente principal (Asencio, 2013).

Es menester indicar, que dentro de los que se podría denominar como filosofías modernas del derecho, tenemos a: La Teoría Pura del derecho, cuyo principal representante es el jurista y filósofo austriaco Hans Kelsen, quien considera un derecho positivo liberado de cuestiones políticas, morales, psicológicas, etc. Y, basado en la existencia de una norma legal escrita y de un estado que la imponga (Kelsen, citado por Asencio, 2009). La Filosofía Marxista del Derecho, propuesta por Carlos Marx y Engels,

para quienes el Derecho antes que un hecho social es un proceso de corte económico. La Teoría Ecológica del Derecho, cuyo propulsor es el filósofo y jurista argentino Carlos Cossio, quien considera que el ser humano es el centro y fin del Derecho. (Fernández, citado por Asencio, 2013).

Lo complejo del objeto de la ciencia jurídica no había sido comprendida en su totalidad por los *ius* filósofos, hasta los últimos lustros, en que recién se entendió que en el Derecho no todo es norma, ni hecho social, sino que también juega un papel muy importante en su determinación lo axiológico; esto es, el valor de la justicia.

Así, aparece la necesidad de formular a la denominadas Teorías Integrativas, por lo que el jurista Luis Recasens Siches, comienza a postular la necesidad de una Teoría Integrativa del Derecho, en que norma, hecho social y valor, encuentran un equilibrio dialéctico y real para explicar lo complejo de la naturaleza del derecho. (Asencio, 2013).

Finalmente, encontramos a las Teorías Integrativas del Derecho, cuyos representantes son: el *ius* filósofo brasileño Miguel Reale, y el maestro peruano, Carlos Fernández Sessarego, quienes han desarrollado la Teoría Tridimensionalista del Derecho, abocándose al objetivo de definir al Derecho; identificando tres elementos: comportamiento humano, valores y normas legales. No obstante, a lo largo de la historia se ha producido distintas orientaciones que han identificado al Derecho con uno solo de estos elementos. Por ejemplo, el Iusnaturalismo considera al Derecho en su dimensión estimativa; el Historicismo, en su fase social; y el Positivismo, considera al fenómeno del derecho como un conjunto de normas. Al

iusnaturalismo le interesan los “valores”, al iusformalismo las “normas”, y al iusrealismo, los “hechos”. Es evidente, que cada una de estas aristas tiene sus aciertos, pero también sus errores al considerar distintos aspectos del mismo fenómeno; tal es el caso del iusrealismo, que no sólo protesta contra la postura teológica y metafísica de, iusnaturalismo; sino también contra la reacción dirigida por la postura analítica – normativa o positiva del iusformalismo (Asencio, 2013).

En esa línea, de estas tres posturas, debemos tomar lo que es útil, ya que es imposible establecer una definición unívoca del derecho, pues se trata de definirlos a partir de tres ópticas. Por ello, se considera que el error de quienes han buscado encerrar en una sola definición del derecho, objetos distintos entre sí, no significa confusión de puntos de vista; sino también de los objetos contemplados (García, citado por Asencio, 2013).

Es importante precisar, que aquellos objetos del conocimiento identificados como derecho justo, formal o vigente, no se excluyen entre sí, pero tampoco se auto implican; resultando aconsejable que el ideal del derecho sea pues un derecho justo o natural, formal o vigente y, real o eficaz; de tal forma, que cada uno de estos derechos sea analizado desde cada perspectiva antes mencionada, y, que a continuación se menciona (Asencio, 2013): 1) El iusnaturalismo, que se preocupa del derecho natural o justo, interesándole los valores; 2) El iusformalismo, que se identifica con el derecho formal o vigente, interesándole las normas; 3) El iusrealismo, que se centra en el derecho real o eficaz, y lo que le interesa son los hechos.

Así también, tenemos a las enseñanzas del filósofo Königsberg, quien destacó la existencia de dos formas puras de intuición sensible, a saber: tiempo y espacio (Königsberg, citado por Asencio, 2013); por lo que resulta evidente afirmar que, a través del estudio de la historia, el Derecho no ha sido el mismo en todos los ámbitos espaciales – temporales. Por ello, Bobbio postula que, en la formulación de leyes y principios universales en el ámbito jurídico, es necesario tener en consideración tanto a la naturaleza humana como a las condiciones históricas que determinan las cambiantes leyes del pueblo. (Bobbio & Bovero, citado por Asencio, 2013).

De esta forma, se considera a estas concepciones dentro de una primera etapa, a la cual podríamos denominar intuitiva o pre – Tridimensionalista, a través de la cual el fenómeno del derecho es comprendido de forma unilateral con exclusión de sus demás elementos. No todos los juristas, consideraron al Derecho, así, existió un determinado sector de la doctrina que entendió al fenómeno del derecho en su estructura tri-elemental. Reale considera a esta postura como una Teoría Tridimensional abstracta, pues considera los elementos constitutivos del derecho sin relacionarlos coherentemente. (Reale, citado Asencio, 2013).

Luego, tenemos que el pensamiento jurídico va madurando y llega a entender que no se puede captar lo jurídico sin que no esté presente sus elementos. Reale indica que Sauer, introduce la denominada Teoría de la “Mónada de valor”, en la cual, el elemento axiológico del Derecho es fundamental, ya que integra tanto al comportamiento como a la norma. En esa línea, evidencia que Hall, procede a desarrollar el Integrativismo jurídico, desde una óptica sociológica; por lo que, Reale aprecia que el

problema que aparece abierto tanto en la postura de Sauer como la de Hall, consiste en identificar cómo se correlacionan los tres elementos en la unidad esencial a la experiencia jurídica; pues, sin unidad de integración no hay dimensiones, sino tan solo simples perspectivas (Reale, citado por Asencio, 2013).

En Latinoamérica surgen diversos pensamientos que consideran a la Teoría Tridimensional específica del Derecho. Así, el autor García Maynez, considera que el derecho puede ser analizado desde tres enfoques: a) Derecho formalmente válido, y reconocido por el ente competente; b) Derecho intrínsecamente válido, al cual conocemos como Derecho natural, y c) Derecho positivo, el cual tiene la peculiaridad de la eficacia; es decir, aquel derecho que se cumple (García, citado por Asencio, 2013). Sin embargo, no se llega a interrelacionar estos tres objetos, aunque se admite que sí se encuentran interrelacionados. Por ello, esta posición es reconocida como un perspectivismo jurídico.

Por su parte, el jurista Miguel Reale sostiene que Cossio diferencia los objetos mundanales, esto es, aquellos que tienen como sustento un objeto material o una objetivación de la vida humana, de los objetos egológicos, cuyo sustrato es el propio comportamiento humana. Y, ambos objetos, son especies del género objetos culturales; por ello, el derecho deviene siendo un objeto cultural egológico.

Conforme sostiene Reale, el objeto del derecho es el comportamiento, el cual tiene una estructura valorativa y una norma que se integra a la

conducta, y que se revela como un elemento integrador de valores y normas (Reale, 1997).

Siendo ello así, surge el denominado tridimensionalismo específico, el cual tiene como exponentes a Reale y Fernández Sessarego, quienes elaboraron esta nueva concepción de qué debemos entender por Derecho; siendo que ambos coinciden en la no separación de sus elementos; pero, discrepando en ciertos aspectos. Como vemos, fue Reale, quien asigna el nombre de la Teoría Tridimensional y hace la diferenciación de las llamadas corrientes específica y abstracta dentro de ella; estableciendo que, desde que apareció la norma jurídica, el Derecho se ha distinguido por su estructura tridimensional, en la cual hechos y valores se integran en virtud a un proceso dinámico (Alzamora, citado por Asencio, 2013).

Por su parte, Fernández Sessarego, a través de su famosa tesis “Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho”, en el año 1950, la cual fue publicada con el título de “El Derecho como libertad”, señala que la ciencia del derecho está constituida por la integración de tres elementos; norma – pensamiento-, comportamiento humano -objeto- y valor -finalidad-. Así, estos elementos se necesitan mutuamente y al vincularse constituyen la ciencia del derecho (Fernández, citado por Asencio, 2013). Con lo cual, ambos juristas coinciden en captar la necesaria relación que debe existir entre los tres componentes básicos que integrarían el Derecho, siendo su postura la de una Teoría Tridimensional específica.

En lo que concierne a la nomenclatura, Reale usa la terminología “dimensión”; en tanto que Fernández Sessarego hace mención a

“elementos”. Con lo cual, hay que considerar que Reale, si bien considera que es usual emplear el término “dimensión” para hacer referencia a la posición del algo o cualidad en coherencia con una determinada perspectiva de análisis; ello, lo usa en un sentido filosófico, y procede a entender la dimensión como un proceso, cuyas variables y/o componentes son hecho, valor y norma. (Asencio, 2013).

Es así, que Mario Alzamora Valdez considera al componente fáctico del Derecho, pues establece que se debe diferenciar entre hecho del derecho, unitario y global, entendido como un acontecimiento histórico y espiritual; así como el hecho, como factor o dimensión de tal experiencia. En tanto que Reale considera al “hecho”; pues indica la circunstancialidad condicionante de cada momento particular en el desarrollo del proceso jurídico. Y, Fernández, hace referencia a la “Conducta humana”, como sinónimo de libertad metafísica fenomenalizada, entendida como libertad manifestada, y que por tener una contextura estimativa deviene en un objeto cultural, y, para que sea posible la ciencia jurídica, tal conducta en su relación intersubjetiva y realizando determinados valores, estará representada por normas, pues toda ciencia genera un orden de conocimiento sobre su respectivo objeto (Asencio, 2013).

He aquí, donde se advierte pues una diferencia sustancial, pues como se aprecia, Reale, objetiva el hecho, quedándose en su dimensión normativa; en tanto que Fernández Sessarego arriba lo que se denomina contenido ontológico del Derecho, esto es, vida humana, para poder llegar a tener un significado por medio de la norma. Además, Miguel Reale considera que el problema del comportamiento es fundamental, ya que todo aquello que se

encuentra en la experiencia jurídica, puede y debe remontarse a su fuente creadora; no obstante, sería un gran error olvidar que cualquier acto humano encuentra como sustento, a algo ya históricamente objetivado como conducta institucionalizada. Entonces se concluye que Reale considera a su “hecho jurídico” de forma estática; en tanto que Fernández enfoca el “comportamiento humano” de manera dinámica (Fernández, citado por Asencio, 2013).

Es menester destacar, dentro de esta concepción, la forma cómo se interrelacionan los elementos del Derecho, de ahí que se establece que esta teoría hace referencia a que el Derecho está edificado sobre la base de un triángulo; por lo que en una de las aristas está el comportamiento, en la otra arista, se encuentra el valor; y, en la tercera arista, está la norma; constituyéndose así en los pilares sobre los que se edifica el planteamiento tridimensional (Asencio, 2013).

En tal contexto, es que el iusnaturalismo concedía preeminencia al valor: hay principios inmutables que inspiran la ley divina y de esta surge la ley natural. Después, el formalismo sólo captaba a la norma, precisando que el Derecho es un conjunto de normas, y lo importante está en descifrarlas. Ambas tesis tenían un alcance parcial del problema; por lo que el Tridimensionalismo señala que el Derecho únicamente no es valor, ni solo norma; sino que se constituye en la unión dinámica de conducta, valor y norma. Estos elementos se constituyen en los presupuestos lógico, ontológico y estimativo del Derecho, debido a que este no es ninguno de estos elementos de manera aislada (Asencio, 2013). Con lo cual, son tres

dimensiones las que se interrelacionan para producir Derecho, y a las que necesariamente se tiene que recurrir, para poder entenderlo.

### **2.1.3. LA TEORÍA TETRADIMENSIONAL DEL DERECHO**

Conforme lo sostiene Miguel Polaino, en el ámbito de la Teoría General del derecho se ha desarrollado una doctrina denominada “Teoría Tridimensional del Derecho”, que pone de relieve dimensiones muy esenciales de la experiencia jurídica, tales como: hecho (dimensión social), norma (dimensión normativa) y valor (dimensión valorativa); y que posteriormente, se ha advertido la necesidad de incorporar una dimensión adicional, muy importante para el conocimiento del derecho: el tiempo. (Polaino, 2004).

En esa línea, el autor antes indicado ha sostenido que las tres referidas dimensiones del Derecho no son suficientes para estudiar el fenómeno del derecho en su conjunto; por lo que se requiere también de una cuarta dimensión representada por el factor tiempo (la historia). Esta última dimensión fue resaltada por la “teoría de la relatividad” de Einstein, en la Sociología por la “Teoría de los Sistemas Sociales”, y en el Derecho en concreto, por distintos autores. Así, el derecho posee una indudable dimensión histórica y temporal, por lo que citando a Karl Larenz, “las normas penales no caen del cielo”, sino que se conforman para determinada sociedad en un momento histórico, lo cual incide en la gnoseología jurídica, determinando que el conocimiento jurídico no sea estático sino dinámico, por lo que esta cuarta dimensión permite temporalizar las otras tres dimensiones; de tal forma que el jurista se

aproxime al conocimiento del derecho, no de forma puramente teórica, sino real y concreta; y así acercarse al derecho vivo, por lo que el Derecho Penal no se puede estudiar de forma estática sino dinámica, en su contexto temporal o histórico. De tal forma, que el conocimiento científico adquiere una completa dimensión, al valorar el proceso gnoseológico – cognitivo.

Por ende, entendemos al fenómeno delictivo, el cual integra el objeto de conocimiento y valoración del Derecho Penal, como algo normal: la acción delictiva no es separable de su condición interna con un ser racional en el seno del mundo que le ha tocado vivir (Polaino, 2004).

#### **2.1.4. EL ENFOQUE DE LA CORRUPCIÓN**

Montoya ha indicado que, la corrupción aparece en nuestro contexto como un fenómeno complejo que necesita ser estudiado desde la óptica de distintos enfoques, para poder entenderlo y, luego, combatirlo. Por ello, es necesario una aproximación al concepto de corrupción y, luego, a los diferentes enfoques que se pueden usar para entenderla en la realidad (Montoya, 2015).

##### **A. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN**

El inicio de todo diagnóstico exige delimitar los conceptos básicos. Bajo esa lógica, corresponde definir a la corrupción. Sin embargo, ello ha encontrado distintos obstáculos que explican la dificultad de este objetivo. (Gardiner, citado por Montoya, 2015):

1. Existen muchos problemas relacionados con la corrupción (como el fraude, y el abuso de poder, entre otros) que son abordados de manera distinta.

2. Existen importantes diferencias entre la corrupción reconocida por el ordenamiento jurídico, los actos de corrupción calificados por la población y los actos de corrupción que afectan al interés estatal, y que no están reconocidos por el orden jurídico.
3. Existen diferencias entre las diferentes sociedades en el uso de la palabra corrupción.

Así, encontramos los siguientes elementos esenciales, que nos brindan precisión al concepto de corrupción pública:

- a) Antinormatividad: los actos de corrupción transgreden normas administrativas, penales y éticas.
- b) Interés privado: un acto corrupto persigue una ventaja privada, no siempre relacionada con el corrupto, pues puede ser para una persona cercana al corruptor o para un tercero.
- c) Abuso de una función: el acto de corrupción implica el abuso de una tarea asignada por el estado.

En esa línea, Montoya Vivanco considera que la corrupción tiene que ver con el abuso del poder estatal encargado, por elección, selección, nombramiento o designación, para obtener ventajas específicas violando la norma en perjuicio del interés general.

## **B. LOS ENFOQUES SOBRE LA CORRUPCIÓN**

La complejidad del fenómeno de la corrupción ha originado que distintas disciplinas científicas estudien y planteen diferentes formas de

comprenderlo. Así, los enfoques más importantes sobre la corrupción son: (Mujica, citado por Montoya, 2015)

**a. El enfoque económico, que incluye tres objetivos:**

- i) Primero, la medición de las fases de corrupción en una sociedad específica, no tanto para idear su erradicación sino para que los inversores privados manejen la variable de riesgo que este fenómeno implica.
- ii) La determinación de las consecuencias económicas (perjuicio) de la corrupción en una sociedad.
- iii) En tercer lugar, propone un esquema de entendimiento del contexto que facilita los actos concretos de corrupción conocido como “agente y principal”. El más resaltante lo ha establecido Klitgaard, al señalar que la corrupción puede ser explicada como una ecuación en donde, si un agente tiene el monopolio de las decisiones y actúa con elevados niveles de discrecionalidad o autonomía y sin rendición de cuentas, se permiten márgenes de desviación (Klitgaard, citado por Montoya, 2015).

**b. El enfoque jurídico – institucional:** El cual ha girado en torno a tres aspectos: el estudio de la corrupción desde las premisas legales para identificar las deficiencias del sistema penal, la forma en que se deben plantear leyes y el intento de explicar la corrupción, reduciendo el fenómeno a un juego de intereses de individuos, que debe ser controlado con mecanismos punitivos. (Mujica, citado por Montoya, 2015).

**c. El enfoque cultural:** Se debe indicar, que ni los enfoques casuísticos ni las perspectivas económicas, permiten entender el porqué de la extensión, profundidad y tolerancia social de la corrupción en una determinada sociedad.

En esa línea, se evidencia que Montoya, sobre la base de la Guía anticorrupción, elaborada por Transparencia Internacional (1997), ha evidenciado cuatro condiciones culturales que inciden sobre la tolerancia y extensión de las prácticas corruptas (Montoya, 2015):

- 1) La tolerancia social hacia el goce de privilegios que permite la prevalencia de una moralidad del lucro privado sobre la ética cívica.
- 2) Una cultura de ilegalidad, la cual define la existencia de grupos sociales que consideran que la legislación no los protege.
- 3) El problema entre las formas de organización y los denominados sistemas normativos tradicionales; así como de las normas que evidencian cómo surge un orden social moderno.
- 4) La ausencia de solidaridad basada en el bien común, y la falta de vigencia de la idea de nación.

## **C. CLASES DE CORRUPCIÓN**

Luego de haber definido al fenómeno de la corrupción, se hace indispensable identificar los tipos de corrupción para comprender la magnitud de esta problemática. Así, se puede diferenciar las siguientes clases de corrupción. (Castro, citado por Montoya, 2015):

**a. Por su naturaleza**

- i. **Corrupción política:** la cual se observa en las altas esferas de decisión e involucran a los agentes estatales que ostentan funciones de poder político, tales como congresistas, presidentes, ministros, entre otros.
- ii. **Corrupción burocrática o administrativa:** la cual llega a afectar a los niveles bajos e intermedios de los entes estatales, involucrando sobre todo a funcionarios encargados de la ejecución normativa y del trato con los ciudadanos.

**b. Por su grado de desarrollo:**

- i. **Corrupción directa o individual:** la cual se genera cuando los actos de corrupción y sus respectivos actores son identificados de manera clara. Así, el actor actúa de forma directa sin la intervención de una red de corrupción, por ejemplo, las denominadas “coimas” a los policías de tránsito.
- ii. **Corrupción institucionalizada o sistémica:** caracterizada por estar generalizada, y se advierte en diferentes esferas a través de redes de corrupción, resultando difícil identificar a todos los agentes que intervienen. Esta tipología avanza rápidamente y genera ausencia de valores.

**D. LA ÉTICA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Montoya señala que, dentro de las principales causas que origina al fenómeno de la corrupción, tenemos a la falta de valores en nuestra sociedad, lo cual aunado a la complejidad de las sociedades actuales

explican la poca claridad para determinar lo correcto e incorrecto en el ejercicio de la función pública. Así, se toma como premisa que la ética es un instrumento muy necesario para luchar eficaz y multidisciplinariamente el fenómeno de la corrupción, la cual no solo se limita a una simple sanción penal o administrativa.

Cortina sostiene que, la ética tiene como objetivos principales: (Cortina, citado por Montoya, 2015)

1. Explicar el concepto propio de la moral, más allá de otro tipo de saberes (político, religioso o jurídico).
2. Otorgar un sustento filosófico a la moral.
3. Intentar aplicar los principios éticos generales, obtenidos en contextos históricos y deliberativos, a los diferentes espacios de la vida profesional o de las actividades humanas (ética aplicada o deontología).

En esa línea, Montoya sostiene que, no es fácil aplicar los principios éticos en los diferentes ámbitos de la conducta humana, ya que, en las sociedades actuales, el enfoque escéptico de las cosas complica el descubrimiento de los principios comunes para todos (Montoya, 2015). Así también, Segura refiere que, se trata de llevar a cabo una “ética aplicada” en determinado ámbito de las actividades y de las relaciones humanas. Cabe resaltar que, la ética aplicada a una determinada profesión se denomina deontología (Segura, citado por Montoya, 2015). Así, la deontología profesional resulta ser un sistema normativo

(criterios, principio y pautas de conducta) destinado a orientar la conducta de personas dedicadas a una concreta profesión (empresarios, abogados, funcionarios públicos, etc.).

Consecuentemente, Segura sostiene que la ética de la función estatal cumple un rol importante en la lucha contra la corrupción, pues no es suficiente una política económica o legislativa para combatirla, sino que se necesita la convicción y la necesidad práctica de una responsabilidad ética que sacuda los cimientos de la corrupción adherida en el poder público (Segura, citado por Montoya, 2015).

#### **E. DE LOS PRINCIPIOS, DEBERES Y PROHIBICIONES ÉTICAS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

A través de la Ley N.º 27815, se reguló el “Código de Ética de la Función Pública”, reglamentado por el Decreto Supremo N.º 033-2005-PCM, publicado el 19 de abril del 2005, el cual identifica que los objetivos de la función estatal son el brindar un servicio a la Nación y la obtención de mejores niveles de eficiencia del estado, para así lograr una mejor atención a la población, priorizando y optimizando el uso de recursos públicos, tal y conforme los dispone la Ley N.º 27658, “Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado”, promulgada el día 29 de enero del año 2002.

Así, se establece en su artículo 6, como Principios de la Función Pública, los siguientes:

- a. Respeto:** el funcionario debe adecuar su comportamiento hacia el respecto de nuestra Carta Magna y de la legislación, garantizando que, en todos los niveles del proceso de toma de decisiones, o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten el debido procedimiento y los derechos de los administrados.
- b. Probidad:** el funcionario debe actuar con honradez, honestidad y rectitud, buscando satisfacer el interés general y desechando toda ventaja personal, obtenida para sí o para tercera persona.
- c. Eficiencia:** el agente público debe brindar calidad en cada una de las funciones que tiene que cumplir, para lo cual debe tener una formación sólida y constante.
- d. Idoneidad:** todo funcionario o servidor estatal debe estar apto técnica, legal y moralmente, pues debe propender a una formación sólida acorde a la realidad.
- e. Veracidad:** todo agente público debe manifestarse con veracidad en sus relaciones funcionales con la ciudadanía y con los integrantes de su institución.
- f. Lealtad y obediencia:** todo funcionario debe comportarse con fidelidad y solidaridad con todos los integrantes de su institución, acatando las órdenes que le imparta su superior, excepto los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad, las cuales debe denunciar.
- g. Justicia y Equidad:** el funcionario debe estar dispuesto a cumplir sus funciones, otorgando a cada uno lo que es debido; actuando con equidad con el administrado, sus superiores, subordinados y con la ciudadanía en general.

**h. Lealtad al estado de Derecho:** todo funcionario o servidor público debe lealtad a la Constitución.

Así también, en el artículo 7, se establece como Deberes de la Función Pública:

**a. Neutralidad:** el trabajador público debe actuar con imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, denotando independencia.

**b. Transparencia:** el funcionario debe ejecutar sus funciones de forma transparente, lo cual implica que tales actos son de carácter público y accesibles al conocimiento de todo ciudadano.

**c. Discreción:** el servidor debe ser reservado respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento a razón de sus funciones.

**d. Ejercicio Adecuado del Cargo:** el agente estatal no puede adoptar represalias o ejercer coacción contra otros servidores públicos u otras personas.

**e. Uso Adecuado de los Bienes del Estado:** el funcionario debe proteger los bienes estatales, utilizando los que le fuesen asignados de forma racional; sin emplear o permitir que otros empleen los mismos para fines particulares.

**f. Responsabilidad:** Los servidores o funcionarios estatales deben realizar sus funciones en forma integral, respetando su cargo público; y, frente a situaciones extraordinarias, el servidor estatal podrá realizar tareas que, por su naturaleza, no sean las estrictamente inherentes a su cargo; siempre que sean necesarias para neutralizar

las dificultades que se enfrenten.

Asimismo, la normativa antes citada, ha establecido en su artículo 8, un conjunto de prohibiciones éticas de la Función Pública, que detallamos a continuación:

- a. Mantener Intereses de Conflicto:** el trabajador público no debe mantener relaciones o permitir situaciones que puedan estar en conflicto con el cumplimiento de las obligaciones y funciones a su cargo.
- b. Obtener Ventajas Indevidas:** el funcionario no debe procurar u obtener ventajas indevidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo.
- c. Realizar Actividades de Proselitismo Político:** Los funcionarios o servidores no deben realizar actos de proselitismo político a través del uso de las funciones asignadas, o por medio del uso de infraestructura, bienes o recursos públicos, sea a favor o en contra de partidos políticos o candidatos.
- d. Hacer mal uso de información privilegiada:** el funcionario no debe intervenir en transacciones u operaciones financieras usando información privilegiada del ente estatal al que pertenece; menos permitir el uso indebido de tal información para el beneficio de algún interés.
- e. Presionar, amenazar y/o acosar:** el trabajador estatal no debe ejercer amenazas, acoso sexual o presiones contra otros funcionarios públicos que puedan afectar la dignidad de la persona o

inducir a la realización de acciones dolosas.

### **2.1.5. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO POLÍTICA DE ESTADO**

La consolidación de la corrupción como fenómeno sistémico ha marcado el paso de la política criminal, en estos últimos años; por lo que, de una visión aislada de los Delitos contra la administración estatal, se ha pasado a una concepción integral de la criminalidad en el desempeño de la tarea pública.

Es en esa dirección, que el cambio del enfoque antes descrito, no es coyuntural, pues responde a diversos factores, que trascienden a los motivos puramente moralista, en la protección de la función pública. Lo cual, también tiene relación con la consolidación del ejercicio de la ciudadanía, la búsqueda de la igualdad de trato en la obtención de prestaciones estatales, con la exigencia de recibir servicios de calidad y oportunos, con la creación de un espacio de seguridad en las inversiones; así como con la transparencia externa e interna de las instituciones.

Los intereses públicos o privados referidos, hacen de la función pública una categoría jurídica de carácter multidimensional.

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

### **2.2.1. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CONCORDANCIA CON EL DERECHO PENAL**

A través de la presente investigación, hemos realizado una interpretación exegética de los institutos jurídicos correspondientes, por lo que corresponde preguntarse: ¿qué entendemos por Administración Pública?, y ¿qué parte de la misma es objeto de protección jurídico – penal?; es decir, ¿protegemos la institución, su funcionalidad o ambos? Respuestas que permitirán entender qué se pretende castigar para obtener una tutela eficaz al bien jurídico a proteger.

De ahí, que debemos señalar que, con la aparición del Estado Social de Derecho, los poderes públicos asumen la obligación de brindar a la ciudadanía, las prestaciones y servicios estatales necesarios para satisfacer sus necesidades vitales. Por lo que se generan nuevas dimensiones en las relaciones jurídicas entre el Estado y la población; entonces, si el Estado asume la obligación de brindar a la población la prestación de servicios públicos, y, en virtud al establecimiento de un Estado Social, se tuvo que organizar los medios y la forma por las cuales tales prestaciones tenían que llegar de forma efectiva a sus destinatarios. (Peña-Cabrera, 2010).

En tal contexto, para que el Estado pueda cumplir con sus objetivos fundamentales de logra el bien común, fue necesario la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con diferentes acciones adecuadas y técnicamente coordinadas entre sí. Este complejo se ha

denominado en términos generales: “Administración Pública”, surgiendo así la necesidad de proteger que estas prestaciones públicas se desarrollen bajo los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema *ius* constitucional.

De este modo, desde una óptica organicista, administración es, ante todo, organización, y, si se le adiciona el adjetivo público, se estará vinculando con la idea de gestión o manejo; es decir, la definición de poder estatal mediante sus diferentes organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios proyectos de desarrollo. (Frisancho, 2011).

De otro modo, siguiendo una visión funcionalista, si bien en el terreno del Derecho Administrativo existe tendencia a circunscribir el aparato estatal al ámbito de la actividad del aparato ejecutivo; no obstante, en la actualidad prima una perspectiva mucho más amplia, para así incluir al todo estatal, en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos. Por lo que, Administración Pública comprenderá a las funciones y competencias de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, electoral, organismos constitucionales autónomos, y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública (Rojas, 2002).

No obstante, destaca la visión mixta, estructural – funcionalista de Administración Pública, según la cual ésta sería un conjunto de poderes, órganos o entidades dotadas de una esfera de competencias; así, estos entes en ejercicio de sus funciones, realizan una serie de acciones destinadas a cumplir sus fines y objetivos que buscan la prestación de un

servicio público eficaz y eficiente; y, que, en abstracto, buscan el bien de toda la sociedad (Gálvez, 2001).

En esa línea, consideramos que la Administración Pública es un ente jurídicamente organizado, dividido en estamentos; sin embargo, tales entes corporativos requieren para su funcionamiento de sujetos que puedan viabilizar la operatividad de sus tareas estatales; nos referimos a los servidores y funcionarios públicos, a quienes la Constitución y la ley, les ha dotado de facultades funcionariales, para que el aparato estatal pueda plasmar y concretizar sus lineamientos fundamentales. Tales facultades pueden ser apreciadas desde dos planos: primero, desde una visión externa, al brindarse prestaciones a la población, tales como servicios públicos elementales; y, desde un segundo plano, esto es, desde una fase interna, al plasmarse las gestiones en el contexto interno de la Administración, teniendo en cuenta los objetivos de optimización, rendimiento y eficacia de sus labores, en el desarrollo socio – económico de nuestro país (Peña-Cabrera, 2010).

Entonces se logra evidenciar que, al interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios; sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus respectivas instancias; de modo que, se debe comprender al ente estatal, como toda actividad realizada por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado con el fin de que éste pueda cumplir sus objetivos (Benavente y Calderón, 2012).

Así también, cuando hablamos de la definición de Administración Pública, en el ámbito del Derecho Penal, tenemos que la protección penal alcanza las funciones administrativas propiamente dichas, como las otras funciones del Estado, entre las cuales destaca la administración de justicia, la cual resulta relevante en el ejercicio de la actividad estatal.

En el caso peruano, es notable la influencia italiana en la redacción del título dedicado a los delitos contra el aparato estatal, lo cual se distingue a partir de las modificaciones al Código Penal de 1924, y, posteriormente, en la redacción del Código Penal de 1991. Por lo que, se utiliza el concepto sustantivo de Administración estatal, al ser el que guarda coherencia con la clasificación asumida para describir típicamente estos delitos. De este modo, “Administración Pública”, hace referencia a toda la actividad estatal: legislativa, judicial y ejecutiva, siendo así un conjunto de funciones ejercidas por los entes estatales en la obtención de bienes colectivos. Así, atentan contra la Administración Pública los ilícitos penales que perturban o impiden el desarrollo y la organización de las actividades de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones (Bramont, 1995).

Resulta necesario agregar, que, en un contexto penal, se debe adoptar una definición de Administración Pública que guarde armonía con los lineamientos básicos del Estado democrático de Derecho, sobre todo con los que tienen por finalidad limitar el poder estatal para que la libertad de la ciudadanía no sufra menoscabo. Tal definición corresponde al concepto material, en base al cual la Administración Pública está conformada por los actos de gobierno, proveniente de cualquiera de los órganos del estado. Así, la actividad administrativa, debe ceñirse a los límites de la legislación,

sin que los órganos del estado puedan extender sus competencias más allá de lo establecido en nuestra Constitución. El colocar en plano de igualdad la actuación del gobierno de cualquiera de los órganos estatales tiene importantes repercusiones para el Derecho Penal, así tenemos: a) Se elimina cualquier trato de privilegio al aplicar las normas penales; b) Pueden atentar contra la Administración Pública aquellos privados que impiden o perturban los actos de gobierno de cualquiera de los órganos del estado; c) Se consigue delimitar con mayor precisión aquellos ilícitos dirigidos a poner en peligro la propia existencia del estado de aquellos otros que solo alteran su normal desarrollo y la credibilidad pública que debe estar presente alrededor de la actividad administrativa estatal; d) Mediante la definición material se consigue fijar con mayor precisión los contornos formales que separan las infracciones administrativas de los ilícitos penales. (Frisancho, 2011).

## **2.2.2. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **A. CUESTIONES PRELIMINARES**

Al aparecer el Estado Social de Derecho, los poderes públicos asumen el deber de brindar a la ciudadanía, aquellos servicios y prestaciones públicos necesarios para satisfacer sus necesidades vitales. Se generan así nuevas dimensiones, entre las relaciones jurídicas entre el ciudadano y el estado; así como entre los mismos ciudadanos; por lo que, si el estado asume la obligación de otorgar a la población una serie de servicios estatales, como consecuencia inherente a un Estado

Social, se tuvo que organizar el mecanismo y, además los medios por los cuales tales servicios estatales tenían que llegar de forma eficaz a sus destinatarios (Campos, 2015).

De este modo, para que el Estado pueda cumplir con sus fines esenciales de brindar bienestar a la sociedad, fue necesario desplegar acciones dinámicas y permanentes por parte de un cúmulo de entidades, a través de distintas acciones, adecuadas y técnicamente coordinadas entre sí. Este complejo se ha denominado como “Administración estatal”, surgiendo la necesidad de proteger que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajo los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema *ius* constitucional (Peña-Cabrera, 2010).

De esta forma, el aparato estatal, entendido como personalidad jurídica dirigida a la realización y ejecución de las prestaciones estatales, necesita estar dotada de sustantividad, para así proteger su materialidad como bien jurídico, merecedor de protección penal (Polaino, 2004).

Es preciso indicar, que aquellas condiciones del sistema social que surgen a partir de la acción estatal, únicamente se harán efectivas cuando la intervención social del individuo está realmente asegurada; a partir de entes que promueven y permiten su vida social, acorde al precepto constitucional establecido en el artículo 2, inciso 14) de

nuestra Carta Magna, que consagra el derecho de todo ciudadano a participar, sea en forma asociada o individual, en la vida económica, política, social y cultural de la Nación. Así, desde esta óptica, la valoración positiva de los entes públicos viene dada por la funcionalidad para la maximización de los intereses personales; por lo que su protección como bienes jurídicos sólo será justificada desde esa perspectiva personalista (Campos, 2015).

Cabe indicar, que nuestra Carta Magna consagra además el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del gobierno, en cuanto es responsable de dirigirla, de establecer lineamientos necesarios que permitan asegurar una Administración estatal adecuada basada en los cánones democráticos (Peña-Cabrera, 2010).

## **B. DESARROLLO CONCEPTUAL**

El Título XVIII del Código Penal, lleva por rúbrica: “Delitos contra la Administración Pública”, con lo cual tenemos que el legislador ha seguido el criterio del bien jurídico preponderantemente afectado o puesto en peligro, como base para la clasificación de dichos tipos penales. Así, nuestro Código Penal transmite la política criminal del estado en materia de delitos funcionales y ajusta su contenido de tipicidad en base a una temática muy importante para la existencia del Estado peruano.

Es así pues que, de conformidad a lo señalado por Rojas Vargas, este tipo de ilícitos penales llegan a afectar a la sociedad y el Estado, pues el aparato estatal se constituye en un punto intermedio entre la ficción jurídica denominada Estado y la sociedad, pues esta última es destinataria de los servicios públicos y funciones públicas. Es indudable, la gran importancia del aparato estatal, pues si no hay Administración Pública, no hay Estado; esto es, si la Administración Pública marcha mal, no se cumplirían los objetivos del Estado.

Por otra parte, refiere el citado autor que los roles que cumplen los agentes estatales al ingresar a la Administración Pública, definirán la imagen que tiene la Administración Pública en la sociedad; de ahí, que interesa un concepto funcional de administración, referido al conjunto de funciones y servicios públicos dirigidos a la población, y que el Derecho Penal asegura a su forma; y, si bien esta rama del derecho no puede asegurar que no se comentan delitos; no obstante, puede asegurar que se cometan lo menos posible, mediante la represión y prevención (Cancho, García, Paredes, Peña-Cabrera, Prado, Reátegui, Rojas, y Vásquez, 2014).

No obstante, se sabe que los actos funcionariales, podrían ser gravemente perturbados, cuando un servidor o funcionario estatal, en lugar de servir a los intereses estrictamente generales, hace un incorrecto ejercicio de su cargo, aprovechándose de las ventajas que le otorga la actividad pública, desvirtuando así la esencia y naturaleza jurídica de la función, al superponer sus propios intereses a los deberes

intrínsecamente asumidos en razón del cargo y función que ostenta (Peña-Cabrera, 2010).

Frente a ello, corresponde adherirnos a aquella postura que considera que estos injustos típicamente funcionariales presuponen una legítima defraudación, pues se presenta un quebrantamiento a los fundamentos de la actuación de la Administración Pública, conforme a los principios jurídico constitucionales de legalidad, objetividad, imparcialidad e independencia, lo cual genera una reacción punitiva de mayor intensidad, puesto que, el mayor disvalor se ha visto basado en la “infracción del deber funcional”.

Conforme a una postura objetivista, nos acogemos a la posición que considera que los Delitos contra la Administración Pública pueden ser definidos como aquellos, cuyos tipos penales, deben alcanzar comportamientos que, primero, generen un ejercicio contrario al deber de la función pública; y, segundo, impliquen una lesión de la confianza estatal en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado Constitucional de Derecho (Campos, 2015).

### **C. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL**

La Administración estatal se organiza a través de un conjunto de estamentos, cuya correcta funcionalidad es importante para la obtención de los fines sociales que se la atribuye al Estado, de acuerdo a los preceptos constitucionales pertinentes, su concreta actuación se

exterioriza a partir de diferentes servicios públicos que desarrollan y ejecutan los trabajadores estatales (Campos, 2015).

En este punto, se tiene que, Abanto (como se citó en Montoya, 2015) señala que, para poder definir al funcionario público en el marco de los Delitos contra la Administración Pública, se debe tomar en cuenta la autonomía del término en la esfera penal. El contenido del concepto de funcionario público ha tenido un tratamiento diferente según el área jurídica que lo regula; tal es así, que en el caso del Derecho Administrativo se usa un concepto formal y restringido de este término, según lo establecido por el artículo de nuestra Constitución. Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40 de nuestra Constitución y del artículo 2 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Así, esta normativa estipula una definición negativa de funcionario estatal, la cual ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa.

Así se tiene lo siguiente: Por un lado, el artículo 40 de nuestra Carta Magna excluye a quienes ostentan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del estado o de sociedades de economía mixta; mientras que, por otro lado, el artículo 2 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276), excluye a los trabajadores públicos contratados, a los funcionarios que ejercen cargos políticos o de confianza, a los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policiales, así como a los trabajadores de

empresas del Estado o de economía mixta.

En contraste, a nivel del ámbito del Derecho Penal, la definición de funcionario público es mucho más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo; pues para esta rama del derecho no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que realiza su labor el trabajador público; sino el cuidado del adecuado ejercicio de la función estatal de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe ejercer el Estado (Olaizola, citado por Montoya, 2015). Lo que quiere decir es que, para definir el concepto de trabajador estatal en el Derecho Penal, es necesario identificar a quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto y adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

Ahora bien, la definición de funcionario público usado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, el cual responde a criterios de valoración de índole penal. Por lo que, resulta necesario usar un concepto que sea funcional a la protección del adecuado funcionamiento de la Administración estatal en favor de la ciudadanía.

Se debe tener en cuenta que, el funcionario estatal adquiere su estado por intermedio de una acción de nombramiento, selección o elección por el pueblo, la norma, o una persona que, diferente al propio funcionario, ostente el poder necesario para vincular al nuevo servidor con el aparato estatal. Es decir, el título habilitante de incorporación

consistirá en la designación, selección o elección del sujeto para cumplir actividades o funciones al servicio del Estado (Meini citado por Montoya, 2015).

El título habilitante de incorporación abarca todas las posibilidades de acceder a la Administración estatal. Así entendemos: (Montoya, 2015)

- a. **Selección:** Una autoridad elige a una persona. Ejemplo: el juez es elegido por concurso público de méritos dirigido por la Junta Nacional de Justicia.
- b. **Designación:** destinar a una persona para la tarea estatal por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El presidente de la República designa a un asesor para que se encargue de brindar asesoría al Despacho presidencial.
- c. **Elección:** nombramiento que se suele realizar mediante un proceso de votación. Por ejemplo: el congresista es elegido en elección popular.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)<sup>4</sup>, ha establecido tal postura en su artículo I, es donde señaló que: “Se entiende por “Función pública”, aquella actividad permanente o temporal, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. De igual modo, dicho articulado señaló que: “funcionario público, oficial gubernamental o servidor público, es

---

<sup>4</sup> Ratificada por el Estado Peruano el 06 de abril de 1997.

cualquier empleado o funcionario del Estado, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. (CICC, 1997).

En tal contexto, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)<sup>5</sup>, también regula el acceso a la función estatal; de tal modo que en su artículo 2, dispone lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención: a) Por “funcionario público” se entenderá: i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, en atención a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una tarea pública o brinde un servicio público, según se defina en el Derecho interno del Estado parte y se proceda a aplicar en el ámbito pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte”. (CICC, 2004).

---

<sup>5</sup> Ratificada por el Estado Peruano el 16 de noviembre del 2004.

De este modo, tenemos que una interpretación de forma conjunta de los tratados antes citados, conlleva a postular la necesidad de una incorporación heterónoma a la función pública, destacando las siguientes características: (Montoya, 2015):

- a) No importa la denominación o *nomen iuris*:** la CICC ha tratado de comprender los diferentes conceptos usados por los ordenamientos jurídicos de la región, estableciéndose que no interesa el nombre formal que se le asigne a funcionario para que el derecho Penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario estatal a aquel que hubiese sido definido como tal por el Derecho interno de los estados.
- b) Título habilitante:** tanto la CICC como la CNUC permiten materializar lo antes indicado, sobre la incorporación heterónoma del funcionario estatal, pues identifican como título de incorporación a la designación, selección y/o elección, elementos que incorporan todas las posibilidades de acceso a la tarea pública de forma heterónoma.
- c) Irrelevancia del nivel jerárquico:** como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.
- d) Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo:** el requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa; pues excluye de la categoría de autores de los ilícitos de corrupción a las personas que no hayan sido incorporadas heterónomamente a la función pública.

Es menester precisar, que Rodríguez (como se citó en Montoya, 2015), considera que no se debe perder de vista que existen dos situaciones que generan dificultades: los funcionarios de facto y aquellos usurpan funciones estatales de forma unilateral. En el primer supuesto, se trata de un particular que es incorporado como funcionario público, mediante designación, selección o nombramiento que podría resultar ser nulo, anulable o inexistente. En tanto, en lo que se refiere al usurpador de funciones, se hace referencia a aquellos casos en que un sujeto, por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la postura de funcionario.

#### **D. CONCEPTO DE FUNCIONARIO ESTATAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO A LA LUZ DE LOS TRATADOS**

Nuestro Código Penal, en el artículo 425, ha señalado de forma expresa que: “Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si provienen de elección popular. 3. Todo aquel, que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del estado y que, en virtud de ello, ejerce funciones en dichos organismos o entidades. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al

servicio del estado o sus entidades. 7. Los demás indicados por la Constitución política y la ley”.

La doctrina especializada sostiene que el articulado bajo análisis hace referencia a la definición de funcionario; empero, esta normativa, está lejos de definir un concepto único de qué debemos entender por funcionario público, pues establece un listado, permitiendo el ingreso de nuevos supuestos según lo establecido en la Constitución Política del Perú, la legislación o los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte. Así, el artículo 425 no contiene la definición de funcionario estatal; sino que ello se deduce a partir del propio tipo penal que contiene al delito funcional (Campos, 2013).

Esto es, la definición de funcionario público es un elemento normativo y jurídico de cada uno de los delitos contra la Administración estatal cometidos por servidores y funcionarios estatales, y, como tal, susceptible de interpretación. Los operadores del derecho pueden incluso acudir a enunciados para dar un contenido razonable a la definición de funcionario estatal. Por ello, es necesario destacar de este articulado que los numerales 2, 3, 4, 5, y 6, incluyen como funcionarios públicos a personas excluidas por normas de corte administrativo, laboral y constitucional, reafirmando la definición amplia e independiente que se ha desarrollado en la presente tesis. Por ello, concluimos, que, de una revisión del ordenamiento jurídico, la normativa que otorga un mejor acercamiento a la definición de

funcionario estatal en el ámbito penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento jurídico peruano de forma automática (modelo monista); en virtud a lo dispuesto por el artículo 55 de nuestra Carta Magna que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Montoya, 2015).

Luzón (como se citó en Montoya, 2015), señala que las disposiciones referidas sobre los artículos 1 y 2 de la CICC y el artículo 2 de la CNUCC son normas autoaplicativas y por ende, deben ser tomadas en cuenta por los operadores del derecho cuando determinen quién es funcionario estatal; lo cual significa que, al ser la definición un elemento normativo del tipo penal que requiere para su comprensión que el operador jurisdiccional use otras normas penales del ordenamiento jurídico peruano, como el artículo 425 del Código Penal, o, el artículo 1 de la CICC, o el artículo 2, inciso a) de la CNUCC.

## **E. EL SERVIDOR PÚBLICO**

Mediante el Decreto Legislativo N.º 276, “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, se ha establecido en su artículo 3 que: Los servidores públicos están al servicio de la Nación. En tal razón deben: a) Cumplir el servicio público buscando el desarrollo nacional del país y considerando que trasciende los períodos de gobierno; b) Supeditar el interés particular al interés común y a los deberes del servicio; c) Constituir un grupo calificado y

en permanente superación; d) Desempeñar sus funciones con honestidad, eficiencia, laboriosidad y vocación de servicio; y e) Conducirse con dignidad en el desempeño del cargo y en su vida social<sup>6</sup>.

De este modo, bajo la óptica de lo establecido en el artículo 425 del Código Penal, y de la normativa antes indicada, se puede concluir que el concepto de servidor público tiene en nuestro ordenamiento jurídico identidad o relación de significado con la frase empleado estatal. Ello, pues tanto el servidor como el funcionario público sirven al Estado, con el fin de que se puedan cumplir sus objetivos. Así, las diferencias están en el hecho de que el servidor no representa al estado, trabaja para él; pero no expresa su voluntad; en cambio, el funcionario público es agente sin mando que brinda sus conocimientos profesionales o técnicos para tareas de integración y facilitador de los funcionarios estatales (Peña-Cabrera, 2010).

---

<sup>6</sup> En esa línea, se tiene que la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175, en su Artículo 4º, inciso 3), señala que: "Servidor público.- Se clasifica en: a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional. c) Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional. d) De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional".

## **F. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL**

Como bien se ha expuesto de forma ordenada y consecutiva en las líneas superiores, los Delitos contra la Administración Pública perturban o impiden el desarrollo normal y la organización de las funciones de los entes públicos. De tal modo, que la protección penal del Estado, debe adecuarse a los lineamientos constitucionales, protección que debe centrarse no en el cumplimiento de los deberes propios del cargo, sino en su repercusión sobre el correcto funcionamiento del aparato estatal y de las diversas actividades prestadas por ésta.

Asimismo, se debe señalar, que a nivel de la doctrina jurídico penal, existen distintas posturas sobre cuál sería el bien jurídico protegido por los Delitos contra la Administración Pública; por lo que, resulta necesario abordar el tema y analizar sobre el bien jurídico protegido, no de forma específica, sino en forma general, en todos los tipos penales de delitos de esta tipología. Así, se puede identificar las siguientes posturas: (Montoya, 2015)

- a)** La dignidad, probidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Hace referencia a un concepto subjetivo respecto del bien jurídico, pues se centra en características que el funcionario público debe ostentar para laborar en el aparato estatal.
- b)** Las expectativas basadas en las normas, respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. Como señala Reaño

(como se citó en Montoya, 2015), las expectativas normativas se vulneran cuando los agentes públicos incumplen su obligación institucional de “sujeción a la ley”; esto es, no actúan conforme a las normas estatales.

- c) El correcto y regular funcionamiento del aparato estatal. Esta posición es la que predomina actualmente en la jurisprudencia y doctrina.

En el presente trabajo de investigación, y siendo además una postura predominante, se ha creído a bien adoptar aquella postura, según la cual el bien jurídico relevante penalmente en los Delitos del Título XVIII del Código Penal es el “correcto y regular funcionamiento de la administración estatal”. Ello, debido a que desde una perspectiva de interpretación, el aparato estatal, desde una óptica penal, no son las instituciones ni las jerarquías; sino que Administración Pública, conforme al bien jurídico tutelado debe ser entendido como las funciones y servicios estatales, como las atribuciones y competencias de los funcionarios y servidores públicos, postulado que encuentra sustento en la doctrina que señala, que a donde apunta el bien jurídico protegido es precisamente a garantizar que los roles de estos agentes estatales se cumplan en una buena marcha administrativa. Por lo que, el bien jurídico protegido es aquel conjunto sistemático y eficiente de tareas y servicios públicos, que un Estado proyecta a la sociedad, para edificar Estado y para dar calidad de vida a la ciudadanía (Rojas, 2002).

Frente a lo expuesto, se deduce que, lo que le interesa proteger al Derecho Penal son determinados intereses que se hallan contenidos en los delitos contra la Administración Pública; así, se protege el asegurar una correcta marcha del aparato estatal, de los servicios y funciones. Sin embargo, a la vez que se está afectando en sentido general al aparato estatal, se vulnera o coloca en peligro un interés específico o valor, como el patrimonio estatal, en los delitos de Peculado y Malversación; o la dignidad de la función y del funcionario, en el Desacato; o, el principio de imparcialidad y probidad en los ilícitos penales como la Corrupción. Se hace referencia al objeto específico de la tutela penal, o bien jurídico específico (Pariona, 2011).

#### **G. TITULARIDAD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

En términos de Montoya Vivanco, sobre este punto existen dos grandes posturas, siendo las siguientes:

- a) El titular del bien jurídico es el Estado, esta es la postura dominante, según la cual, el sujeto pasivo específico sería el ente estatal afectado concretamente.
- b) Los titulares son los ciudadanos. Asúa (como se citó en Montoya, 2015), establece que los ilícitos contra la Administración estatal provocan un daño, y afectan a los derechos de los administrados y de la sociedad en general. Una posición en esta tesis, se refiere a que considera que la conducta penalmente relevante de la tipología de delitos que venimos analizando, ocasiona un peligro para la vigencia de un derecho de tipo subjetivo.

En contraste a lo indicado de forma precedente, se entiende que los ilícitos contra la Administración estatal no son los únicos que vulneran o colocan en peligro un derecho de tipo subjetivo; pues estos vulneran inmediatamente su adecuado funcionamiento y, solo de forma mediata, colocan en peligro la vigencia, acceso a servicios estatales, o la realización de derechos fundamentales. Por ello, no debe confundirse el fin político – criminal, con el objeto jurídico de protección del delito; de ahí, que el bien jurídico tutelado por la clase de delitos que venimos analizando, no es el derecho fundamental específico vulnerado (Montoya, 2015).

#### **H. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Conforme hemos podido analizar, en los delitos bajo análisis, el elemento “funcionario estatal” es el elemento central; así, el legislador ha establecido que, en esta tipología de delitos, necesariamente intervenga como autor un funcionario público, lo cual ocasiona que estemos frente a delito de naturaleza especial (Montoya, 2015).

Resulta difícil identificar quiénes son autores, coautores o cómplices en la comisión de un ilícito. Así, fue la Teoría Subjetiva de la autoría la que inicialmente explicó la definición de autor y partícipe; luego, la doctrina acudió a buscar otros criterios que lograron explicar con mayor corrección la autoría y participación, apareciendo la denominada Teoría del Dominio del Hecho, la que definía como autor a aquél sujeto que

ostente dominio del hecho, es decir, aquel que pueda decidir lo esencial de la ejecución de tal hecho. No obstante, no todos los tipos penales tienen una estructura que permita explicar las cuestiones sobre autoría, mediante la Teoría del Dominio del Hecho, como sucede con los Delitos contra la Administración Pública, los cuales son delitos especiales, cometidos por sujetos cualificados, en donde muchas veces el sujeto activo no tiene el dominio del hecho, pero se vale de otra persona (*extraneus*) para realizar la conducta descrita en el tipo penal. Así, queda claro, que con la Teoría del Dominio del Hecho no se puede explicar si el sujeto activo (funcionario estatal) es autor o partícipe.

De este modo, se hizo necesario la aparición de una teoría que explique el problema de la autoría y participación, para aquellos delitos especiales, originándose la denominada Teoría de Infracción de Deber (Pariona, 2011).

A continuación, se presentan las teorías antes precisadas, sus propuestas y consecuencias:

#### **a. La Teoría del Dominio del hecho**

La cual fue formulada, por primera vez, por Hegler, en el siglo pasado. Este autor entiende a la figura, solo respecto a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico – penal, referida a la imputabilidad, dolo, imprudencia y ausencias de causas de exculpación; por lo que se

considera que actuará con culpa aquel que tiene pleno dominio del hecho. Asimismo, junto a Hegler aparece la definición de dominio de hecho en Frank y Goldschmidt, centrándose en el contexto de culpabilidad. Luego, Hermann Bruns señala que la idea básica en esta teoría supone la posibilidad del dominio del hecho; así, Roxin considera que tal dominio solo concurre cuando la acción es adecuada en general para producir resultados del género de lo ocasionado (Roxin, citado en Marca, 2012).

Distinto es el concepto de dominio del hecho referido a la culpabilidad del autor; donde Welzel (Roxin, citado en Marca, 2012), desde una óptica de la Teoría Final de la acción y de la definición personal de lo injusto para la acción dolosa, se otorga a la Teoría del Dominio un contenido diferente. Así, el dominio del hecho se convertía en un factor general de la autoría, en donde el autor se presenta como señor de un hecho, es señor sobre la decisión y su posterior ejecución; quien lo instiga o colabora con él, interviene en el hecho, pero no es señor del hecho. En esta teoría cabe hablar de autoría y participación en los tipos penales dolosos, pues solo aquel que, a través de una conducción consciente del fin del acontecer causal, en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo penal. Bajo el supuesto, que el autor no menciona cuáles serían las reglas a tomar en consideración en aquellos ilícitos imprudentes.

Ahora bien, es menester evidenciar el aporte de Maurach, quien ha desarrollado un concepto integral del dominio del hecho; sosteniendo que esta categoría hace referencia a tener en las manos, abarcado por el dolo, el curso típico del evento, y tiene dominio del hecho todo sujeto que se encuentre en la situación por él conocida, que pueda, conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo (Pariona, 2011).

De este modo, autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de tal delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión, el ilícito no se podría cometer. En tanto que, el partícipe, es solo alguien quien ayuda, induce o coopera en la realización de un delito, cuya realización depende de la voluntad de otras personas que es el real autor (Pariona, 2011). El instigador y el cómplice, intervienen en la etapa de ejecución de la conducta, pero no tienen el dominio de su realización (Hurtado, citado por Pariona, 2011).

Hoy en día, podemos distinguir tres maneras de manifestación de la Teoría del Dominio del Hecho: i) Dominio de la acción, en donde el autor realiza personalmente el hecho delictivo (autoría directa). Este tipo de autoría sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo penal; ii) Dominio de la voluntad, cuando el sujeto usa a otra persona que le sirve a aquel de instrumento para realizar la acción típica (autoría mediata); y, iii) Dominio funcional, donde la realización del tipo penal consiste en un reparto de actividades (división del trabajo), desde la realización de la acción

típica hasta la ejecución del tipo - coautoría (Villavicencio, 2009).

Asimismo, García (como se citó en Marca, 2012), señala que el punto de inicio de la Teoría del Dominio del hecho es un concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo penal. Por lo que, no toda contribución causal puede fundamentar autoría, sino en acción típica.

Cabe indicar que, probablemente la formulación de la Teoría del dominio del hecho más exitosa sea la realizada por Roxin, pues no sólo gran parte de la doctrina penal se ha acogido; sino también, en nuestro caso, la Corte Suprema ha optado por asumir esta teoría para explicar las distintas formas de autoría expresamente previstas en el artículo 23 del Código Penal. Así, la autoría directa se basa en el dominio que tiene el autor de la ejecución, pues es él quien realiza de propia mano todos los elementos del tipo penal. No obstante, el dominio del hecho no se reduce únicamente al dominio de su ejecución, pues hay otras formas de dominio que suscitan una consideración equivalente desde una visión valorativa. Así, el dominio podrá aparecer bajo la forma de un dominio de la voluntad en el caso de la autoría mediata, en donde el hombre de atrás se sirve para la comisión del hecho de otra persona que no responde penalmente.

Finalmente, Bramont-Arias (como se citó en Pariona, 2011), considera que el dominio puede adquirir un carácter funcional en la denominada coautoría, basándose tal dominio en la decisión común de realizar el hecho mediante la distribución de los aportes para la ejecución del hecho delictivo.

No obstante, pese al éxito de su teoría, el propio Roxin considera que no en todos los ilícitos, la autoría se puede establecer basándose en el criterio del dominio del hecho. Por lo que, donde existe un conjunto de delitos, a los que denomina delitos de infracción de un deber, en el que la autoría no se basa en el criterio del dominio del hecho, sino en la infracción de un deber en específico. En estos supuestos, el autor delictivo será el especialmente obligado por el tipo penal, con independencia de si su actuar en el hecho delictivo tuvo lugar con un dominio del hecho o no.

Cabe citar un ejemplo al respecto: el trabajador público será autor del delito de peculado si se apropia directamente de los bienes (con dominio), o, si no impide que otro se los apropie (sin dominio), pues, si el obligado especial tuvo el poder de configurar el hecho, no es algo que interese para determinar la autoría del delito; sino la infracción del deber, pues en el ejemplo planteado, el funcionario público está encargado de custodiar los causales públicos, como así lo sostiene García (como se citó en Pariona, 2011).

#### **b. Teoría de la Infracción de Deber**

En los delitos especiales, como es el caso de los delitos que estamos analizando, para determinar la autoría y participación, se toma como pauta a la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber formulada desde la visión de Claus Roxin, pues fue él quien usó por primera vez en la literatura penal, la categoría de los delitos de infracción de deber en el año 1963, luego de realizar una investigación sobre la existencia de

delitos que respondan a otros criterios diferentes a la Teoría del Dominio del hecho (Marca, 2012).

Ahora bien, para diferenciar a la Teoría del Dominio del Hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito; por lo que, si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho.

Así pues, se tiene que la mayoría de ilícitos penales tipificados en nuestro Código Penal con el título de delitos contra la Administración Pública, en los cuales autor es quien ha infringido un deber especial que, obviamente, no les alcanza a todas las personas (Salinas, 2009).

Es importante señalar que, la figura principal del hecho delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione ese deber especial estipulado en el tipo penal, y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión; no siendo relevante el dominio del hecho o la medida del aporte que se hace al resultado, como lo sostiene Roxin (como se citó en Salinas, 2009).

En ese orden de ideas, queda claro que en los delitos de infracción de deber, existe una obligación que no se basa en la organización de la propia esfera de desarrollo social o de dominio; sino en la vulneración de una obligación inmediata que se basa en instituciones positivas, lo cual deriva del rol especial que ostenta el autor; por ello, aquí el deber se dirige al obligado especial; no para que simplemente “no lesione”,

sino para que fomente y mantenga seguro los bienes ubicados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de lesión o peligro, así lo sostiene Caro (como se citó en Marca, 2012).

En consecuencia, se aprecia que se sustenta la autoría en los delitos de infracción de deber, en un deber especial de carácter penal, el cual no recae en todas las personas; sino tan solo, en aquellos sujetos calificados. Por ende, el fundamento no es el deber general que se origina en el tipo penal; cuya infracción ocasiona la sanción establecida en el tipo; pues en los delitos contra la Administración estatal, los agentes públicos tienen obligaciones especiales, tales como el deber de lealtad, de proteger e impulsar el correcto funcionamiento del aparato estatal; así, según Pariona (como se citó en Salinas, 2011), será autor quien vulnere el deber especial penal e intervenga en el hecho sin poseer el deber especial.

Ahora bien, debemos indicar, que es recién, con la Teoría de los delitos de infracción de deber, que la problemática de la autoría y participación encuentran una solución convincente; pues según los lineamientos de esta teoría, el hombre de atrás, *intraneus*, es el autor; en tanto que el hombre de adelante, *extraneus*, es tan sólo el cómplice. En efecto, tal solución reposa en que solo la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundar la autoría, pues aquí no juega ningún papel el dominio del hecho (Pariona, 2011). Luego de lo expuesto, cabe explicar lo siguiente:

### **i.Los delitos de infracción del deber según Roxin**

Conforme a la postura establecida por Claus Roxin, el centro de estos ilícitos lo constituye el deber especial del autor, pues el mismo no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas; sino a obligaciones extra penales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son muy necesarios para su concretización; esto es que, se trata de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal y que, normalmente se originan en otras esferas del Derecho. En esta clase de ilícitos, el obligado ostenta una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en “figura central” del suceso del comportamiento. No obstante, Roxin no explica de qué trata tales obligaciones extra penales, conformadas como realidades previas al tipo, sea en función de delitos de dominio, o, en atención de delitos de infracción de deber, ya que, es una situación que atañe a la decisión valorativa del legislador. (Pariona, 2011).

### **ii.Los Delitos de Infracción del Deber Según Jakobs**

Debemos indicar, que, si bien esta categoría fue descubierta primigeniamente por Roxin, la evolución de dicha categoría se dio con el tratamiento otorgado por Jakobs, quien, en un contexto de un análisis normativista del sistema del Derecho Penal, ha guiado su enfoque dogmático a una diferenciación

entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, con el objetivo de que sea explicado mediante el criterio del ámbito de competencia del autor. Pues, se sabe que, donde la persona vive en un mundo regulado por normas donde debe satisfacer una diversidad de obligaciones que dan lugar a una competencia personal, siendo que, la vulneración de aquellos deberes a través de la inadecuada administración del ámbito de competencia personal, fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico – penal.

El primer fundamento de la responsabilidad del tipo penal, está conformada por la vulneración de los deberes genéricos de actuación, los cuales se identifican como obligaciones, en virtud de competencias de organización, cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituyen los delitos de dominio.

Entonces es válido afirmar que, cuando Jakobs se refiere a que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con las obligaciones generales de actuación, hace referencia al hecho de que cada persona está obligada a cumplir deberes generales que atañen a todos en el mismo plano de igualdad; siendo así la obligación genérica, la de no lesionar a los demás en sus bienes.

En lo que atañe al segundo fundamento de la responsabilidad, se hace mención a la no observancia de obligaciones especiales; esto es, deberes en virtud de una competencia

institucional, a los que pertenecen los ilícitos de infracción de deber. Estos deberes, no tienen que ver la afectación de los límites generales de libertad; sino con la inobservancia de los límites trazados por una situación especial. Para mayor entendimiento, se expone el siguiente ejemplo: Se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture; además es normal pensar que un padre cuide a su menor hijo cuando lo lleva al parque, en lugar de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de obligaciones especiales; por lo que la cualidad de los autores no desempeña papel alguno; sino tan solo la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto del bien jurídico. (Pariona, 2011).

Con lo cual, se concluye, que en la vulneración del deber radica para Jakobs el sustento de la imputación jurídico – penal, a diferencia de Roxin, para quien la vulneración del deber es tan solo un criterio que determina la autoría del hecho. (Caro, citado por Pariona, 2011).

## **I. EL PROBLEMA DE LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR**

Para abarcar este tema, es preciso realizarse la siguiente pregunta: ¿Un ciudadano que no es funcionario público puede ser sancionado penalmente por un delito funcional? Frente a ello, se sabe que los ilícitos especiales necesitan una cualidad específica en el actor y una postura especial con respecto del bien jurídico protegido. Por lo que,

para dar respuesta a la interrogante planteada, se debe recurrir a la doctrina penal, en la cual se reconocen dos teorías para solucionar la intervención del particular en este tipo de delitos:

#### **a. La Teoría de la Impunidad**

Según Robles Planas (como se citó por Montoya, 2015), representante de esta teoría, sostiene que: “El *extraneus* (extraño o ajeno), jamás podrá responder penalmente por un delito especial, pues su responsabilidad penal es principal o independiente, no derivada de la responsabilidad del autor del delito especial”. Esta teoría considera que la responsabilidad del *extraneus* no es accesoria a la del autor del delito; pues conforme al principio de accesoriadad “positiva” de la participación criminal, la sanción de los partícipes (inductores y cómplices), se sustenta en el comportamiento del partícipe con el propio hecho delictivo, y no en la relación de dependencia de la conducta del partícipe con la del autor. Por ello, al tratarse de delitos especiales, en los que el círculo de probables autores se encuentra limitado a aquellos sujetos sobre los que recaería un determinado deber jurídico especial; únicamente ellos podrían responder penalmente, pues los *extraneus* no incumplirían ninguna obligación especial. Siendo así, la conducta del *extraneus*, penalmente irrelevante.

## **b. La teoría de la responsabilidad**

Se plantea que el *extraneus* que participa en la realización de un ilícito especial, debe también responder penalmente. Dentro de esta postura se han identificado dos tesis, tales como:

- i. La tesis de la infracción de deber:** la misma que busca explicar la responsabilidad del *extraneus*, a partir de su contribución a la vulneración de obligaciones especiales o a la defraudación de expectativas positivas de actuación por parte del *intraneus*.
- ii. La tesis de la vulnerabilidad del bien jurídico:** el *extraneus* responde penalmente por un ilícito especial cometido por el *intraneus* a título de autor, pues, aunque este es un sujeto que formalmente no pertenece a la esfera de posibles autores (por ejemplo, no tiene la cualidad especial de funcionario público), contribuye de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en situación de vulnerabilidad respecto del *intraneus*. Según Rueda Martín (como se citó en Montoya, 2015), en el contexto de protección del delito especial abarca todos los ataques al bien jurídico, tanto de ataques de un autor *intraneus* -ataque directo- como de ataques de un partícipe *extraneus* -ataque accesorio-.

## **J. EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR**

Siguiendo la línea de lo antes expuesto, cabe indicar que aún no se ha podido solucionar el problema que plantea determinar el título de la imputación, bajo el cual responderá dicho *extraneus*. Es decir, falta resolver si el *extraneus* que interviene en el delito especial responde como partícipe (instigador o cómplice) del ilícito especial o como partícipe de un delito común diferente. Así, es necesario acudir a la jurisprudencia y doctrina penal, donde se han reconocido mayoritariamente, vertientes teóricas sobre el título de imputación del *extraneus*: a) Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación; b) Las teorías de la unidad del título de la imputación; c) Las teorías mixtas.

A continuación, se procede a explicar de forma sucinta cada una de ellas:

### **a. Las Teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación**

Desde este planteamiento, el *extraneus* que interviene en un ilícito especial debe responder como partícipe de un delito común diferente al realizado por el autor *intraneus*, pues los delitos especiales solo están dirigidos a estos últimos, mas no a los primeros. Por lo que, el *extraneus*, si la ley penal lo permite, responderá por el delito subyacente al delito especial. Esta teoría tiene como base normativa lo establecido por artículo 26 del Código Penal. Siendo que, Abanto

(como se citó por Montoya, 2015), refiere que esta normativa señala expresamente que, el *extraneus* jamás podrá responder penalmente por un delito que se base en una cualidad especial del autor, tal como ocurre con los delitos especiales.

#### **b. Las Teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación**

Actualmente, Villavicencio & Abanto (como se citó por Montoya, 2015), refiere que esta es la teoría dominante en la doctrina penal peruana y comparada.

La teoría referida, plantea que, el partícipe *extraneus* que participa en un delito especial deberá ser castigado como partícipe de tal delito especial; así, tanto *intraneus* como *extraneus* responden por el mismo delito especial. Se distinguen dos teorías – las cuales solo se harán referencia, pues ya han sido explicadas de forma previa-: a) La teoría de la infracción de deber y, b) La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico.

#### **c. Las Teorías mixtas**

El fundamento normativo se encuentra en el artículo 26 del Código Penal. Pues, menciona que el término “responsabilidad” está referido, únicamente, a la “culpabilidad” del sujeto. Una vez sentado que el artículo 26 solo se refiere a las cualidades que afectan la “culpabilidad” del agente; puesto que, la culpabilidad del agente incide en la determinación del quantum de la pena, en los ilícitos especiales se debe diferenciar la pena que le corresponde al *intraneus* de la del *extraneus*. Por lo que, al tener el *intraneus* una cualidad especial

personal que no tiene el *extraneus*, a este le corresponde una pena menos grave.

De ahí, que cuando se está frente a un denominado delito especial impropio, se debe sancionar al *extraneus* con una pena dentro del marco de la pena abstracta establecida para el delito común subyacente, mientras que, ante un delito especial propio, solo se le atenuará la pena establecida en el delito especial. (Rueda, citado por Montoya, 2015).

### **2.2.3 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS LÍMITES AL IUS PUNIENDI**

#### **A. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL**

Toda sociedad se organiza en torno de un determinado “orden” (conjunto de ideologías, valores, historia, etc. Socialmente predominantes), surgiendo el consenso de la sociedad de “organizarse” en torno a dicho orden. El Derecho es el instrumento jurídico, que, junto a los mecanismos sociales naturales como la familia, educación, religión, entre otros, procuran proteger dichos valores, con la finalidad última, de mantener el “orden social” y la convivencia social “pacífica”.

En realidad, las relaciones entre los integrantes de la sociedad, no siempre son pacíficas, pues muchas veces es violenta, que no pueden ser controlados por medios de control naturales o formales, siendo necesario la intervención de un control jurídico violento como es el Derecho Penal. Efectivamente, esta rama del derecho, no es otra cosa

que un medio de control social que utiliza la violencia, pero sometida a la Constitución y al derecho.

Debemos entender como control social, al cúmulo de mecanismos sociales o con efectos sociales que permiten ordenar y regular la conducta humana externa en muy diversos aspectos. El control social, no sólo establece los límites de la libertad; sino que es un instrumento que busca socializar a sus miembros.

Hay dos formas de control social:

i. Controles Informales: Son los que el Estado no manifiesta de forma directa su carácter represivo sobre las personas; sino que la presión viene de otros individuos o grupos de ellos, ejemplo: Escuela, familia, etc.

ii. Controles Formales: Aquellos en los que el Estado manifiesta su poder de reprimir y controlar a las personas, ejemplo: Derecho Penal, sanciones administrativas, etc.

Así, el Derecho Penal resulta ser un medio de control social que busca imponer sanciones, penas o medidas de seguridad, cuando se han cometido acciones graves que atenten contra los bienes jurídicos de mayor valor de la sociedad.

## **B. FUNCIÓN Y FINES DEL DERECHO PENAL**

El Derecho Penal cumple una función de ser un medio de control social, que interviene de forma subsidiaria, encargándose de regular

los delitos y las penas, y señalar con ello a la sociedad, las conductas que se encuentran prohibidas penalmente.

Respecto a qué persigue el Derecho Penal con la función de control social, se tiene que éste busca básicamente dos objetivos o fines, los que pasan a ser mencionados a continuación:

**a)** Protección de los bienes jurídicos: Esta rama del derecho, al prohibir los delitos, busca proteger ciertos bienes jurídicos de la agresión de tales conductas.

**b)** Prevención de los comportamientos delictivos: El derecho penal busca también prevenir los delitos, mediante la función motivadora de la Ley Penal. Esta finalidad se cumple con la prevención general y la prevención especial, siendo que la primera se dirige a la sociedad en general; en tanto que la segunda, a la persona culpable del delito.

## **C. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL**

### **a. Concepto de Principios Fundamentales**

Los denominados principios, son fuente de origen y fundamento de aquello a que se refieren. Por ellos comienza una cosa o un conocimiento; es decir, se trata de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado ámbito del saber. Por los principios comienzan las ciencias y por lo tanto ellos explican todos y cada uno de los conocimientos de cada ciencia particular; pero se encuentran fuera de esta y no pueden ser explicados por ello.

Por consiguiente, son el mejor punto de partida, pero de ninguna manera, representan un punto de llegada del conocimiento; para derivar conocimiento, deben ser desarrollados y concretados, de tal modo que el conocimiento que se quede en ellos no pasa de la generalidad. En el ámbito del derecho, esto significa que han de ser puestas en relación de sentido y armonía, con las normas a que se refieren y a las que inspiran.

Los principios jurídico – penales son formulaciones conceptuales y abstractas, en los que se fundamenta todo conocimiento y toda norma jurídico-penal, y de los cuales no puede separarse ninguna práctica (Teórica o judicial) del Derecho Penal Positivo.

Cabe indicar, que en el nivel en el cual enmarcamos el análisis de los principios penales es como principios lógicos, y no como principios de la naturaleza ontológica, debido a que ello nos llevaría a admitir que el delito tiene existencia por sí misma, la cual no compartimos.

#### **b. Importancia de los Principios Fundamentales del Derecho Penal**

Debemos indicar que los principios sirven para determinar la orientación ideológica y funcional del sistema penal y para manejar las normas penales y controlar su alcance, racionalidad y legitimidad, lo cual se logra a través de un manejo coherente de los principios jurídicos penales, de tal modo que sepamos de dónde provienen las instituciones penales, hacia dónde va la práctica del derecho penal, cuál es la orientación del sistema penal, qué es lo que verdaderamente

pretenden las normas penales y sobre todo cuál es el marco de referencia dentro del cual forzosamente ha de moverse cualquier interpretación de las normas subordinadas. (Muñoz, 1996).

### **c. Principios que recoge el Derecho Penal peruano**

El Derecho Penal en nuestro país, recoge diversos principios que lo que encontramos consagrados en la Constitución de 1993 y precisamente en el Título Preliminar del Código Penal de 1991, sin olvidar los Tratados de Derechos Humanos que suscribió el Perú. Así tenemos los siguientes: (Gutiérrez, & Amaya, 2019):

- i. El principio de carácter teleológico de las penas.
- ii. El principio de legalidad.
- iii. La inaplicabilidad de la analogía.
- iv. El principio de lesividad.
- v. El principio de que las sentencias se dictan por el juez competente.
- vi. El principio de ejecución penal.
- vii. El principio de responsabilidad penal del autor.
- viii. El principio de la responsabilidad penal por el hecho.
- ix. Las funciones de la pena y de las medidas de seguridad.
- x. Aplicación supletoria de la ley penal.
- xi. Principio de irretroactividad de la ley penal, la retroactividad y la ultraactividad.
- xii. El principio de la víctima.
- xiii. El principio de la reserva de la ley.

xiv.El principio de igualdad.

**d. Límites del ius puniendi en un Estado Social y Democrático de Derecho**

**i. Principio de utilidad de la intervención penal:** Con este principio se busca que sea capaz de evitar delinquir. Sin embargo, se sabe que la eficacia del Derecho Penal puede ponerse en tela de juicio por ejemplo reincidencia, empero para el autor. La eficacia de la pena puede valorarse por sí, no por sus posibles, y estos han de buscarse entre los que no han delinquido y acaso lo hubiesen hecho de no concurrir la amenaza de la pena.

Se da el caso de que cuando disminuye de forma manifiesta la intervención del Derecho Penal aumenta la delincuencia.

**ii. Principio de subsidiaridad y carácter fragmentario del derecho penal:** El Derecho Penal ya no sería necesario si hay otras medidas menos lesivas para los derechos de los individuos. El Derecho Penal ha de ser la última *ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho Penal, constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado Principio de Intervención Mínima (Bramont, 1995).

- iii. **Principio de subsidiaridad:** El mismo que tiene un orden de prelación:
  - a. Utilización de medios desprovistos del carácter de sanción.
  - b. Sanciones no penales.
  - c. Sanciones penales.
  
- iv. **Principio de carácter fragmentario:** Significa que el Derecho Penal no busca sancionar todos los comportamientos lesivos de los bienes que protege; sino solamente aquellas conductas más peligrosas.
  
- v. **Principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos:** En este punto, se tiene que, los intereses de la sociedad, que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho, se denominan “bienes jurídicos”, la cual es entendida en su sentido político – criminal, para reclamar protección en el ámbito jurídico penal. Así, la protección que realiza el Derecho Penal de los bienes jurídicos no implica que todos sean protegidos penalmente; menos que todos ataquen a los bienes jurídicos serán protegidos penalmente, ya que se debe determinar la intervención del Derecho Penal, pues de lo contrario, se opondrían a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho Penal. (Quintero, 1996).
  
- vi. **Principio de humanidad de las penas:** Es lo que destaca principalmente de la evolución del sistema penal. Puesto que, nació de la mano con la reivindicación de una humanización del

rigor de las penas establecidas en el antiguo régimen. Conforme el pasar de los tiempos y, con ello, el avance del sistema jurídico, la discriminación de la gravedad de la pena o hasta al reemplazo de las penas privativas de libertad por otras penas como las de multa, o hasta otras medidas consistentes en la suspensión del cumplimiento de la pena, hasta la renuncia a toda pena.

- vii. Principio de culpabilidad:** En sentido amplio se comprende a la culpabilidad, como presupuesto de la pena que puede “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva. Para lo cual, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: Se tiene que, los principios que se derivan de la culpabilidad en sentido amplio se fundan en gran parte sobre la dignidad humana, pues, a través de ello, se exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena, siempre que se comporte de acuerdo los parámetros de la ley establecidos en el país. Asimismo, lo descrito está relacionado con la seguridad jurídica, pues el individuo si actúa conforme a las normas no será castigado.
- viii. Principio de personalidad impide castigar a alguien por un hecho ajeno:** A través del cual se incluye a la responsabilidad colectiva. Sin embargo, hay una disyuntiva acerca de si culpar a las personas jurídicas o a sus gestores alternativamente.

- ix. **Principio por responsabilidad por el hecho:** El cual exige un “Derecho Penal del Hecho”, es decir, se opone a la posibilidad de castigar al carácter o el modo de ser. Aunado a ello, aquí se debe concordar con el principio de legalidad y, por ende, su exigencia de tipicidad de los delitos: según el mandato de determinación.
- x. **Principio de dolo o de culpa:** Aquí se tiene que, por considerarse insuficiente la producción de un resultado objetivo, se recurre a lo subjetivo. Tal es así que, actualmente se admite generalmente que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente y que no ha concurrido imprudencia, ya que el sujeto no pudo prever ni evitar el hecho, no cabe imponer pena alguna.
- xi. **Principio de atribuibilidad normal o de culpabilidad en sentido estricto:** Mediante el cual, se evita castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance una determinada condición psíquica que permita su acceso normal a la prohibición infringida, así tenemos que, como es conocido, se considera inimputable al menor de edad. Además, este principio puede apoyarse en la necesidad que el hecho punible pertenezca a un autor no solo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal, que permita verlo como obra de un ser responsable. Ello en concordancia con el principio de Igualdad Real, según el cual, se puede considerar preferible el mecanismo de la pena que el

de las medidas de seguridad, cuando puede afirmarse la culpabilidad del sujeto, pero también a excluir la posibilidad de una pena y admitir solo el recurso a medidas de seguridad si falta la culpabilidad. Claro está que, se debe tener en cuenta que las medidas de seguridad son de aplicación subsidiaria respecto de la pena.

**xii. Principio de proporcionalidad:** Es menester señalar que, no sólo es preciso que pueda “culpase” al autor de aquello que motiva la pena; sino también que la gravedad de éste sea acorde al hecho cometido, pues, este criterio sirve de referencia para la graduación de las penalidades. En ese sentido, se suele emplear este principio, como límites de las medidas de seguridad y como contrapartida del denominado principio de culpabilidad que limita las penas. Empero el principio de culpabilidad es aún deficiente para asegurar la debida proporcionalidad entre delito y pena. En esa línea, se distingue dos aspectos: (Gutiérrez & Amaya, 2019)

- a. Necesidad que la pena sea proporcionada al delito.
- b. La exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho. En un Derecho Penal democrático, se debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social al del ataque al bien jurídico.

- xiii. Principio de resocialización:** Al darse la privación de libertad de manera inevitable, se tiene que configurar su ejecución, de tal forma que se evite en lo posible su efecto disocializador, pues, debe fomentar determinada comunicación con el exterior y facilitar una debida reincorporación del recluso a la vida en libertad. Se ha de suponer la libre aceptación, por parte del recluso, que no ha de ser tratado como mero objeto de acción resocializadora de un estado intervencionista, sino como un sujeto no privado de su dignidad con el cual no se dialoga (Gutiérrez & Amaya, 2019).

#### **D. BREVES PAUTAS DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL PERUANO**

Nuestro Estado es uno que se precia de ser social y democrático de derecho, siendo que de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, tenemos que: “La Defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; esto es, se tiene como postulados esenciales: la supremacía constitucional, la limitación del poder y la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales (Espinosa-Saldaña, 2001). Asimismo, el Estado tiene la obligación de velar por el bienestar de la sociedad, atendiendo las demandas de todos los sectores, de manera que el contenido y alcance de su acción social deben ser determinados de conformidad con la regla de la democracia, que es establecida por el Parlamento (Pérez, 2003). Bajo esta línea de ideas,

tenemos que el profesor García Pelayo, procede a descomponer el postulado Estado social y democrático de Derecho, en tres elementos inseparables que se ubican en constante interacción recíproca: (i) el objetivo social; (ii) la concepción ascendente o democrática del poder, y (iii) la sumisión de ambos términos a la disciplina del derecho (García, 2008).

Es así que, dentro de este marco constitucional, el Derecho Penal tiene la función de legitimarse como un sistema efectivo de protección de la ciudadanía, lo que le atribuye la misión de prevención, respecto de conductas que considere reprochables. Por tal motivo, esta rama del derecho, debe respetar la dignidad de todas las personas; incluyendo al condenado, a quien debe ofrecer posibilidades para su reinserción y resocialización social (García, 2008).

Asimismo, en el marco del modelo de Estado democrático de Derecho, el artículo 139, numeral 22 de nuestra Carta Magna peruana, establece como principio y derecho de la tarea jurisdiccional que el régimen penitenciario tiene por finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad. Significa que, este otorga a la pena una función preventiva especial positiva. Asimismo, el artículo IX, del Título Preliminar del Código Penal peruano establece que la pena cumple tres funciones, tales como: la preventiva, la protectora y la resocializadora, mientras que, las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación, lo cual debe transformarse en compromisos concretos en el sistema penitenciario peruano.

De lo señalado líneas arriba se concluye que, el ordenamiento jurídico peruano establece que la pena cumple una función preventiva tanto especial como general, y su imposición ha de basarse en la ulterior consecución de efectos sociales que influyan en el comportamiento del autor del delito o de la comunidad; de modo que se evite la comisión de aquel. Es así que, una pena solo será legítima siempre que con ella se alcance un efecto social, pues una pena meramente retributiva, que solo apunte a la expiación del autor, iría contra los fundamentos de una Constitución democrática como la que se regula en nuestro país. Es indudable que la pena, en cierto modo, contiene un reproche personal para el autor del delito, en tanto este actuó contraviniendo la norma cuando pudo haber actuado de modo distinto. Por ese motivo, la pena no podría superar el límite de la culpabilidad del individuo y su función preventiva debe orientarse a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. (García, 2008).

Así también, cabe resaltar, que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, establece que la pena no podría sobrepasar la responsabilidad por el hecho. En otras palabras, no puede existir sanción penal sin culpabilidad, pues para establecer una pena se hace necesario prohibir únicamente los comportamientos que parezcan capaces de producir un resultado desvalorado de cara a un bien jurídico protegido. Por ende, el fundamento de la culpabilidad como límite al *ius puniendi* en un Estado Social y democrático de Derecho, radica en la dignidad del ser humano, siendo que la imposición de una pena, únicamente se justifica en la conducta contraria a derecho. Por

ello, el sistema de penas diseñado a nivel constitucional, en función a nuestro modelo de Estado, establece la función preventiva de la pena, descartándola como simple mecanismo de expiación, pues este es el presupuesto sobre el cual debe girar cualquier creación legislativa, así como la interpretación de las normas de derecho interno. En consecuencia, sobre la base de esta función que el marco constitucional asigna a la pena que, deben aplicarse las normas penitenciarias en nuestro país.

#### **E. FINALIDADES Y FUNCIONES DE LA PENA EN EL PERÚ**

A través de nuestra historia, el Derecho Penal ha estado sometido constantemente a un proceso de tensión entre sus finalidades; así, mientras, por un lado, se busca proteger derechos individuales; por otro, se busca proteger a estos últimos de una intervención arbitraria por parte del derecho. (Hurtado, 2005).

Así, tenemos que la legitimidad del Derecho Penal encuentra su fundamento en su capacidad minimizadora del daño social, a lo cual, Silva Sánchez denomina: “la regla del mínimo daño social”; pues el Derecho Penal reduce su aportación de daño, sin que ello implique una pérdida de eficacia disuasoria (Silva, citado por Hurtado, 2005). No obstante, el dilema de la legitimación y de la razón del ser del derecho Penal, se deriva de una segunda discusión en torno al sí, y por qué castigar; referido al de los fines y funciones de la pena, lo cual refleja el proceso de tensión que es el punto de partida para la justificación de la actuación penal, y que, tal como Baumann manifiesta, fue reflejado a

finales del siglo XIX por Von Liszt al señalar que: “la pena es una espada de doble filo: protección de bienes jurídicos mediante lesión de bienes jurídicos” (Baurmann, citado por Hurtado, 2005).

Siendo ello así, resulta necesario determinar los fines y funciones de la pena, pues podremos responder la pregunta para qué sirva la pena y cuál es el sustento dogmático que legitima su imposición; en tanto que las funciones, responden a la pregunta, cuáles son los efectos que la imposición de aquella genera en la sociedad. Cabe precisar, en cuanto a los fines de la pena, es necesario encontrar una justificación para que su imposición se encuentre conforme a los postulados constitucionales.

En ese marco, la imposición de una pena ha encontrado en las posturas doctrinarias diversas justificaciones, tales como la de prevención, resocialización, simple retribución, entre otras. Así, podemos sintetizar estas teorías en tres campos: i) teorías absolutas, ii) teorías relativas y iii) teorías de la unión. A continuación, se procede a describir de forma sucinta los aspectos más importantes de cada una de estas teorías:

#### **a) Teorías Absolutas**

Estas teorías son denominadas también como teorías retributivas, según Kant y Hegel, quienes las defienden; así se considera que el contenido de la pena está dado por la Ley del Tali3n, esto es, la funci3n de la pena consiste en la realizaci3n de la justicia (Jakobs, citado por Reyna, 2016). Es menester precisar, que, sobre estas posturas, se presentan divergencias, así, Kant basa su

fundamentación en argumentos éticos; en tanto que Hegel, se basa en razones de índole jurídico. Las teorías absolutas se encuentran desvinculadas de sus efectos sociales. Justifican la pena en orden a valores absolutos como la justicia, siendo irrelevante cualquier beneficio práctico de aquella (Kant citado por Marca, 2012).

Así, la pena es concebida como una reacción al ilícito penal cometido y será justa en la medida en que se encuentre una igualdad perfecta entre el mal que el delincuente realizó y el que se le impuso (retribución por el mal causado); por ende, la pena tendrá un efecto de expiación, y así deberá cumplirse en su totalidad y magnitud; de modo que, luego de satisfecha la condena, el penado haya saneado íntegramente el estado de impureza que lo aquejaba (Hurtado, 2005). No obstante, el problema de esta posición es que, en la medida en que el proceso de expiación es interno, resulta imposible comprobarlo de manera objetiva; por lo que, el esquema de determinación de la pena, se centra en una pena tasada o exacta acorde con la culpabilidad del sujeto.

Entre las teorías absolutas se encuentran: i) la teoría de la retribución moral de Kant, ii) la teoría de la retribución jurídica de Hegel y, iii) la teoría de la retribución divina.

Para Kant, la pena no tiene ni debe tener utilidad alguna; sino que debe encontrarse justificada en sí misma; pues la pena no es un instrumento para la consecución de un bien, pues la dignidad del

hombre impide que sea usada como un medio para fines que le son ajenos. Así, la pena debe existir incluso aunque la sociedad y el Estado se disuelvan, con el fin de que cada cual sufra los hechos que merecen (Marca, 2012).

Aunado a lo expuesto precedentemente, se tiene que, Kant justifica la retribución ética en el valor moral de la ley, cuyo sentido es la libertad. Es así que, según Nohl, no se contenta con el arrepentimiento, menos aún con el simple empezar de nuevo; tampoco quiere la pura reconciliación, lo que quiere es el castigo (Nohl, citado en Reyna, 2016).

En segundo lugar, Hegel parte de la idea de la equivalencia entre el delito y la pena, así el delito es la negación del derecho expresada libremente por el hombre; en tanto, la pena, es el mecanismo para el restablecimiento del derecho a partir de la vulneración de la voluntad del penado.

En tercer lugar, en cuanto a la teoría sobre la retribución divina, que encuentra dentro de sus seguidores a Santo Tomás de Aquino, considera a la justicia un mandamiento de Dios; por ende, la imposición de la pena sería la ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios (Hurtado, 2005).

En tal contexto, de acuerdo al postulado constitucional vigente en el Perú, este no es el fin de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, pues la mera retribución trastoca la dignidad del ser humano. No obstante, debemos precisar, que el principal aporte de las teorías absolutas se encuentra en la incorporación del

principio de proporcionalidad penal; pues exigir una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, lo cual se constituye en una garantía.

## **b) Teorías Relativas**

Dentro de estas teorías, encontramos a la prevención especial y a la prevención general; las cuales buscan conseguir con las penas fines sociales, ya sea buscando una influencia en el penado (prevención especial), o en la comunidad (prevención general), y así, evitar la repetición de la conducta desvalorada o la procreación de nuevos delitos (Hurtado, 2005).

**i) La Prevención Especial:** O, llamada también prevención individual, la cual está dirigida a prevenir la comisión de nuevos delitos por parte de aquellos sujetos que hayan transgredido la norma penal anteriormente; ello, mediante su inocuización, entendida como prevención especial negativa; o, a través de su resocialización, entendida como prevención especial positiva.

Se considera, que la pena debe actuar sobre el penado, en tanto su misión es intimidarlo, a fin de que se desista de ejecutar nuevos delitos, esto es, preservar la reincidencia a través de su corrección y proteger a la sociedad frente a los sujetos no susceptibles de resocialización. Técnicamente, la corrección se denomina resocialización; bajo esta teoría, el penado debe ser capaz de reinsertarse a la sociedad

(reeducarse) y de vivir en ella sin cometer delitos. De tal forma, que la pena se sustituye por un tratamiento individualizado. La teoría en mención es sustentada por los postulados de Von Liszt.

Con respecto a las ventajas que trae consigo esta teoría respecto de la retribucionista, tenemos que se busca la protección de la sociedad y a la vez del penado, contribuyendo a su reintegración. Sin embargo, en la medida en que su finalidad es la resocialización del penado, un diseño legislativo que sólo la tome en cuenta como fundamento de la pena, implicaría la introducción de una pena de duración indeterminada, esto es, hasta que el penado haya logrado resocializarse; lo cual, en ciertos casos, la pena no tendría sentido y no podría cumplir la misión impuesta.

De ahí, que, al aplicarse esta teoría en nuestro diseño constitucional, no se puede dejar de lado principios limitadores del ius puniendi, tales como el principio de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, entre otros (García, 1996).

Por lo que, el fin preventivo especial de la pena, supone un ordenamiento jurídico en el que la resocialización del penado sea el eje central; siempre bajo la consideración de que ello debe compatibilizarse con otros principios

constitucionales que limitan la actuación del Derecho Penal, en especial con el principio de mínima intervención. Se suele afirmar, que el artículo IX, del Título Preliminar de nuestro Código Penal, se orienta por la prevención especial, aunque, dicho precepto establece, junto a la resocialización con fin de la pena, a la prevención y protección; por lo que, el régimen carcelario al tener como objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sí perseguiría un fin preventivo – especial (Hurtado, 2005).

A su vez, la teoría de la prevención especial se clasifica en negativa y positiva. La Prevención especial negativa, admite funciones de prevención especial negativa en la pena, pues la sanción penal pretende evitar la futura comisión de delitos, separando, a aquellos sujetos que no tienen capacidad de corrección. En la misma línea, se tiene conocimiento que, dentro del sistema punitivo existe sanciones con sentido neutralizante, tales como la pena de muerte y la cadena perpetua; no obstante, la adopción de tales sanciones ha sido casi desaparecida en la mayoría de las legislaciones penales vigentes, salvo situaciones excepcionales.

Por su parte, la Prevención especial positiva, tiene por finalidad reintegrar a la sociedad al infractor de la norma por medio de su resocialización (Campos, 2015).

**ii) La Prevención General:** Esta teoría sostiene que el fin último de la pena se encuentra en su influencia en la sociedad; de tal forma que la pena impuesta al condenado sirva de ejemplo para evitar la comisión de ilícitos; por lo que encontramos dos aspectos: uno negativo, planteado por Feuerbach a través de su teoría de la coacción psicológica; y otro positivo, que busca incentivar los valores normativos existentes en el ordenamiento jurídico (Hurtado, 2005).

En cuanto a la prevención general negativa, tenemos que el centro de la pena es la intimidación, la cual opera coaccionando a la sociedad para que luego de que se observe las consecuencias negativas de sus actos, se limiten y abstengan de cometer delitos (Roxin, citado por Marca, 2012); de tal forma que se usa al penado como instrumento para evitar la comisión de futuros ilícitos penales (García, 1996). No obstante, la mera aplicación de la pena sobre la base de su fin preventivo general, nos tendría que llevar a la imposición de penas suficientemente elevadas que sirvan para intimidar, generando terror en la ciudadanía, al lado de la eliminación de beneficios

penitenciarios, o incluso la introducción de la pena de muerte, lo cual vulneraría el modelo de Estado regulado en nuestra Constitución.

Además, la imposición de penas graves no confiere seguridad de triunfo a efectos de lograr una intimidación (Hurtado 2005).

Por su parte, la teoría de la prevención general positiva, cumple tres fines: i) el auto aprendizaje a partir de la relación que existe entre la conducta infractora de la norma y la necesidad de asumir las consecuencias que se generan; ii) la confianza en la aplicación del derecho frente al quiebre de una norma; y, iii) la pacificación que se genera al tranquilizar la conciencia jurídica en general, luego del restablecimiento del derecho (Roxin, citado por Marca. 2012). En tal sentido, la imposición de la pena encuentra su razón de ser en la confirmación de la norma que se vio quebrantada por una conducta contraria a derecho.

### **c) Teorías De La Unión**

Estas teorías constituyen una posición ecléctica que recoge postulados tanto retribucionistas, así como finalidades preventivas en función de la utilidad de la pena (teorías relativas). Así, una pena justa adecuada a la culpabilidad disuade y educa. A nivel doctrinario, se distingue entre la teoría

aditiva de la unión y la teoría dialéctica de la unión propuesta por Roxin (Marca, 2012). La primera suma las teorías absolutas y preventivas, priorizando el aspecto retributivo sobre la utilidad de la pena, pero sin dejar a esta última de lado.

La segunda teoría, no concibe la pena sin que esta pueda cumplir una utilidad, la cual se encuentra limitada por una pena justa; por lo que la culpabilidad no será el fundamento de la pena sino el límite de la misma (Hurtado, 2005).

Así, de lo antes mencionado, tenemos que la pena cumple en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, que regula nuestra Carta Magna, una función resocializadora, rehabilitadora y educativa, inmersa en los contornos de la prevención especial y general; no obstante, estos fines deben ir de la mano con los límites que establecen los principios limitadores del *ius puniendi*, como el de proporcionalidad, culpabilidad, mínima intervención, entre otros. Ahora bien, esta función que ha sido asignada constitucionalmente a la pena en el Estado peruano debe estar presente en todos los niveles de determinación de aquella, lo que será objeto de reflexión en el presente trabajo.

Por lo que, como parte del equilibrio entre el legalismo y el arbitrio judicial, nuestra legislación establece límites máximo y mínimos dentro de los cuales el juez deberá determinar la pena a imponer.

## F. DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA: PENA ABSTRACTA

La determinación legal de la pena, hace referencia a la determinación en abstracto hecha por el legislador del marco legal a imponer frente a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la legislación penal (Hurtado, 2005). Para tal efecto, cobra importancia lo dispuesto por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad<sup>7</sup> que limitan el *ius puniendi*. En el contexto de un Estado Social y democrático de Derecho, el legislador deberá tomar en cuenta de modo abstracto aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito penal, como el modo y forma de realización del delito, los agravantes y atenuantes que podrían concurrir y otros elementos que puedan servir para llevarlo a establecer un marco legal en el que la pena máxima corresponda a las manifestaciones más graves del delito, y la mínima, a las manifestaciones más leves. (Villavicencio, 2009).

Así, la modalidad dolosa de un delito recibe más pena que su modalidad culposa, la lesión de un bien jurídico es más desvalorada que su simple puesta en peligro, la lesión realizada con mediación de violencia es más grave que la lesión en la que no se utiliza dicho medio, etc. Resulta pues que, el legislador debe establecer un marco legal con máximos y mínimos que deben ser concordantes con los fines preventivos y reeducadores de la pena que impone el modelo de Estado recogido en la Constitución peruana. Por ello, resulta inconcebible con este objetivo la imposición de una pena única para sancionar una infracción (pena tasada). En las siguientes líneas se

---

<sup>7</sup> Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano: «La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley».

efectuará una descripción y análisis de lo señalado en el aspecto normativo por nuestro legislador alrededor de la pena, tomando en cuenta lo ya señalado sobre la función constitucional que aquella debe cumplir.

## **G. INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: PENA CONCRETA**

La individualización judicial de la pena alude a la pena impuesta por el juez, en caso concreto, dentro del marco legal, pena abstracta, establecida por el legislador. El arbitrio judicial requerido para la individualización de la pena no debe confundirse con la mera arbitrariedad para su imposición (Hurtado, 2005). Así, el juez se encuentra en el deber de tomar en consideración las condiciones personales del autor, su participación en el hecho en concreto, la gravedad del hecho delictivo, entre otros, imponiendo la pena en función a las posibilidades reeducativas y de reinserción del penado a la sociedad.

Prueba de lo sostenido en la parte superior, son las diversas instituciones creadas por el ordenamiento jurídico peruano, que permiten al juez valorar las finalidades preventivas de la pena, en cada caso, como la sustitución de la pena privativa de libertad, la suspensión de la ejecución de la pena, la desaparición de la condena, la reserva de fallo condenatorio, la exención de pena, la rehabilitación automática, etc.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Artículos 52, 57, 61, 62 y 63, 68, 69, respectivamente, del Código Penal peruano.

Ahora, si bien estas instituciones permiten al juez hacer una valoración de cara a los fines preventivos de la pena, devienen en insuficientes a la luz de la función constitucional de la pena y que, en la práctica, no funcionan de forma adecuada.

Por consiguiente, en la determinación del marco legal de la pena el legislador analiza en un plano abstracto las posibles condiciones del autor, los grados de participación de los intervinientes en el delito y los supuestos relacionados con la realización misma del tipo para determinar el mínimo y el máximo imponible, en la individualización judicial, entendida como pena concreta, el juez no analiza las circunstancias concurrentes en un plano abstracto, sino que las valora en un plano tópico, considerando las circunstancias específicas en concreto. Por tal motivo, no debe perderse de vista la prohibición de una doble valoración, pues no es posible agravar dos veces la misma circunstancia: en la elección del tipo penal y en la elección de la pena a imponer concretamente. Puesto que, ello estaría vulnerando el principio de *ne bis in idem*<sup>9</sup>, así como el principio de división de poderes propio de un Estado como el peruano.

A pesar de lo expuesto, la vinculación entre legalismo y arbitrio judicial no es muy pacífica, ya que hay posturas variadas para establecer la pena a imponer. Siendo la primera postura retribucionista (teoría de la pena exacta o puntual), la cual considera que la culpabilidad permite

---

<sup>9</sup> Este principio ha sido reconocido de modo expreso en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957, publicado en El Peruano el 29 de julio de 2004 y vigente en algunos distritos judiciales del Perú). Posee una doble significación, al ser un principio material según el que nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción, y un principio procesal, en tanto nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

determinar el punto exacto que corresponde a lo merecido por el delincuente, considerando a la pena como compensación de la culpabilidad. Esta postura claramente contraviene los postulados de un Estado social y democrático de derecho, en tanto descarta cualquier fin preventivo de la sanción (García, 2008).

La segunda postura, también de corte retribucionista (teoría de la proporcionalidad con el hecho), tiende a objetivos de igualdad y justicia, planteando una proporcionalidad absoluta y una relativa. Esta última postula la equivalencia entre las penas de cara a diferentes delitos (si diversas personas realizan delitos equiparables, recibirán penas equiparables). En contraste, la proporcionalidad absoluta hace referencia a la determinación proporcional de la pena de otros delitos que permitan fijar la del resto. Esta teoría no indica cuál es la pena inicial como variable de la que se parte para fijar la pena final y tampoco señala cuáles son los criterios que determinan la cantidad de necesidad de pena.

Respecto a la tercera postura (teoría del margen de libertad), donde señala que, la pena debe ser medida en función a la culpabilidad y no puede ser concretizada exactamente; sino dentro de un marco de máximos y mínimos dentro del cual el juzgador ostenta un espacio de juego para graduar la pena, conforme con las necesidades preventivas de su imposición. El problema con esta teoría es que la culpabilidad como medida para la determinación del marco máximo resulta vaga, imprecisa y abstracta para el objetivo de ir precisando hacia abajo la

pena a imponer; es decir, no establece fronteras definidas sino solo límites flexibles.

Por último, la cuarta postura (teoría del valor jerárquico del empleo) plantea dos niveles y, tiene por fin la simplificación del problema de las antinomias de los fines de la pena. Estos dos niveles estriban, en que, en el primero, el juez fija el peso del injusto culpable para establecer el quantum de la pena, de tal forma que las consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales se aplican en segundo lugar, en el modo de la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad (Villavicencio, 2009).

Una versión similar a la anterior, la conforma la Teoría del valor de la posición o del valor posicional, que asigna a la culpabilidad el rol de decidir por sí sola la duración de la pena, mientras que atribuye a la prevención el rol de orientar la decisión acerca de si se tendría que suspender o sustituir la pena por otra medida, aspecto este último en el que solo interesa la prevención especial.

Ahora bien, es cierto que las diversas teorías discurren en pretender un mejor manejo de las antinomias que presenta la individualización de la pena (prevención y culpabilidad, en sus dos versiones general y especial, tanto negativa como positiva), en el Perú, tenemos que la dogmática de la individualización judicial de la pena, se ha visto fijada por la dogmática del derecho penal, con lo que su desarrollo aún es incipiente. Lo mismo ocurre con los puntos de referencia para diferenciar qué variables se aplican en la fijación de la pena final: caso

normal, culpabilidad individual, la ya mencionada convicción jurídica de la población, o de cómo considerar la presencia o ausencia de la reincidencia, o la dependencia toxicológica. Este es un punto muy problemático para los jueces peruanos y una materia muy poco tocada en los cursos de derecho de las diferentes universidades del Perú.

Empero, lo que resulta evidente es que la gravedad de los ilícitos penales es valorada en función de la importancia de los bienes jurídicos y corresponde al legislador efectuar esta valoración cuando fija la pena abstracta para cada tipo penal. Por lo que, el juez no puede valorar a su libre arbitrio la gravedad del injusto perpetrado, dado que corresponde al legislador brindar al juez los márgenes para que este alcance la fijación de la pena final. Por esta razón, resulta indispensable un programa de política criminal a nivel legislativo que establezca los márgenes mínimos y máximos de pena, tomando en consideración la función preventiva de aquella en un Estado de derecho como el que regula la Constitución peruana. La falta de coherencia en la determinación legislativa de las penas, como viene ocurriendo en el Perú, solo propiciará una falta de coherencia en la determinación de la pena en cada caso en concreto.

En resumen, tenemos que el ordenamiento jurídico peruano no recoge ninguna de las teorías mencionadas en los párrafos previos, es más ni siquiera ha superado el diseño de normas coherentes y acordes con el fin preventivo de la pena regulado por la Constitución. El juzgador no ha tomado en cuenta que las normas de la Parte General se aplican al hecho punible previsto en las leyes especiales (artículo X del Título

Preliminar del Código Penal), teniendo como referencia que la sanción penal no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (artículo VIII del mismo cuerpo normativo). Por ello, se debe desarrollar en qué consiste esta responsabilidad por el hecho, así como si esta tiene a la pena máxima como la necesidad de pena para legitimarla o limitarla en función de la culpabilidad.

Cabe agregar que, el juzgador peruano, salvo ciertas excepciones, se ha limitado a señalar y hacer referencia a un conjunto de artículos del Código Penal y Procesal Penal que no dan cuenta de cómo se ha racionalizado la fijación del quantum de la pena final (motivación de su imposición), haciendo al condenado imposible contradecir lo que no conoce y no aparece en la sentencia condenatoria. Situación que, no hace más que reflejar el poco garantismo del sistema y, con ello, la necesidad de que la pena abstracta y la pena concreta se encuentren conforme con los fines preventivos previstos por el texto constitucional (Villavicencio, 2009).

## **2.2.4 SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

### **A. CONSIDERACIONES GENERALES**

Conforme sostiene Hurtado (2005), a nivel doctrinal y en el derecho comparado, se entiende como medidas alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales, a los distintos procedimientos y mecanismos que establecen las normas, a fin de limitar o eludir la

aplicación, el cumplimiento de las penas privativas de libertad efectivas de mediana o corta duración; teniendo estas medidas alternativas, la función de impedir provisional o definitivamente la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad.

De igual modo, como manifiesta De La Cuesta (citado por Hurtado, 2005), se debe considerar que estas medidas alternativas pueden distinguirse en diversas categorías; por ejemplo, una de ellas, que agrupa a aquellas medidas que se utilizan para atenuar, moderar, suavizar la ejecución de la pena privativa de libertad; otra, constituida por aquellas, en las que en razón a que no es necesario imponer una pena gravosa al condenado, son útiles para reemplazarlas, y, evitar perjuicios contra éste; y la última, que agrupa a las que, debido a la probable falta de necesidad de pena, persiguen evitar la privación de libertad, mediante la instauración de un determinado periodo de prueba, que el condenado debe superar, con el objetivo de que se le excluya la ejecución de la pena interpuesta.

En el Perú, el vigente Código Penal, alberga cinco modalidades de dichas medidas alternativas, como son: sustitución de penas privativas de libertad, conversión de penas privativas de libertad, suspensión de la ejecución de la pena, reserva de fallo condenatorio y la exención de la pena. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, dada la investigación realizada, nos centraremos en la institución de la suspensión de la ejecución de la pena.

## **B. ANTECEDENTES HISTORICOS**

Sostiene Hurtado (2005), que los orígenes del instituto bajo análisis, se encuentran hacia finales del siglo X en los procedimientos de sursis aplicados en Francia y Bélgica, así como en la probation norteamericana e inglesas. Se trata de uno de los procedimientos más tradicionales desarrollados por la doctrina con el objetivo de limitar el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de mediana o corta duración. Corresponde a las medidas alternativas de régimen de prueba, intercambiar la ejecución de la pena privativa de libertad por un periodo de prueba, durante el cual el condenado queda sujeto a un régimen de restricciones o reglas de conducta.

Se le denomina condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena. Designaciones que, en las legislaciones, son utilizadas como sinónimas, este es el caso de nuestro Código (arts. 57 y 58). Pero, no se trata de medidas iguales, ya que se diferencian conceptual y formalmente, sobre todo respecto a sus presupuestos y efectos. En el Código Penal español de 1995 (arts. 80 a 87), se encontraba prevista como “suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”. En el Código Penal brasileño, esta medida es denominada “auspensão condicional da pena”, y en el Código Penal colombiano de 1980 “condena de ejecución condicional”. (Hurtado, 2005).

Así tenemos, que, en estas leyes, la suspensión de la ejecución de la pena no es regulada de la misma manera, pues se dan notorias diferencias en cuanto a la extensión de la pena privativa de libertad que

se suspende, así como a los límites que corresponden al periodo de prueba. En España, por ejemplo, el condenado debe haber satisfecho las responsabilidades civiles que le alcanzan y ser un reo primario. Según el Código Penal brasileño (art. 77), sólo procede para penas privativas de libertad no mayores de dos años y el plazo de prueba puede atenderse hasta cuatro años; en esa línea el Código Penal colombiano de 1980 (art 68), era aplicable cuando la pena privativa de libertad impuesta no excedía a tres años de prisión y el periodo de prueba podía extenderse hasta por cinco años.

En el derecho penal peruano, esta medida fue prevista, en el Código Penal de 1924, bajo la denominación de condena condicional. Inicialmente, se disponía su aplicación para el caso de delitos culposos. Con posterioridad, se amplió su aplicación a toda condena a penas privativas de libertad no superiores a dos años y siempre que el condenado no fuera reincidente. Por su parte, Villavicencio (1991), sostiene que un sector de la doctrina nacional considera más adecuado hablar de “suspensión de la ejecución de la pena”, como se hace en el actual Código, pues sólo se suspende la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que se impuso al condenado y no condiciona ni suspende los efectos accesorios e indemnizatorios de la condena. Sin embargo, para otro sector, la denominación “condena condicional” era la más coherente con la modalidad del régimen de prueba que adoptó el legislador nacional en aquel entonces. No obstante, se trata de una discusión terminológica, que pierde importancia cuando se identifica la perspectiva que se adopta.

Siguiendo la postura de García (1995), si se toma en consideración en qué consiste la medida y su consecuencia inmediata, resulta mejor hablar de suspensión condicional de la ejecución de la pena; no obstante, si consideramos su efecto mediato y decisivo, pues la condena se tiene por no pronunciada, no es del todo errado denominarla condena condicional. La ventaja de la primera propuesta es que comprende todos los casos, en tanto que la segunda, se refiere únicamente a casos exitosos.

### **C. CONCEPTO Y DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCION DE LA PENA**

En palabras del autor Luis Reyna, la suspensión de la ejecución de la pena es una de las innovaciones que trajo consigo el actual Código Procesal, el mismo que establece una tendencia flexible en el Derecho Penal destinada a reducir los supuestos que impliquen el ingreso a prisión del sentenciado. Pues, con ello la pena privativa de libertad que el juez debería imponer al condenado, es suspendida en su ejecución a cambio de la satisfacción de una serie de condiciones. (Reyna, 2016).

Así, la suspensión de la pena de prisión constituye una segunda oportunidad que el juez penal puede brindar al condenado, en la medida en que cumpla con ciertos requisitos que le son impuestos por un plazo determinado (Sanz, 2010). Estos últimos suelen ser funciones de control dirigidas a superar lo que llevó al sujeto a delinquir y no tienen fundamentalmente un fin de resocialización. Ello ha hecho que,

en el Perú, de forma indebida, la suspensión se convierta realmente en una medida de gracia para no llenar las cárceles.

Cabe precisar, como sostiene Hurtado (2005), que se trata de una medida de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y no de sustitución de dicha pena. Así, la simple suspensión de la condena no constituye un mecanismo de sustitución de la pena, sino, en todo caso, una renuncia provisional al pronunciamiento o ejecución de la misma que, en su momento, puede convertirse, en definitiva. La suspensión de la ejecución de la pena implica también una forma de tratamiento en régimen de libertad, consistente en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria; de esta manera, el sentenciado no es internado en un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, sino que permanece en libertad, pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir. Por lo que, si durante este periodo, el condenado ha cumplido con las reglas de conducta y no ha cometido un nuevo delito doloso, se da por extinguida la pena y se cancela su inscripción en los registros judiciales correspondientes.

Por el contrario, cuando durante el periodo de prueba el condenado viola las reglas de conducta o comete un nuevo delito doloso, se le impondrán mayores restricciones o sanciones y, en última instancia, se revocará la suspensión, disponiéndose el cumplimiento efectivo y total de la pena privativa de libertad que se suspendió (Hurtado, 2005).

En nuestro Código Penal, la suspensión de la ejecución de la pena se encuentra regulada en el Capítulo IV, del Título III, de la Parte General, arts. 57 a 61. En ese contexto, tenemos que el Artículo 57 del Código Penal establece que: “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, conducta 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.
4. El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122”.

Conforme se puede advertir, la institución jurídica a la cual se hace alusión, permite al juez suspender la ejecución de la pena por un plazo de uno a tres años, siempre que se presenten los siguientes requisitos: i) que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; ii) que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hicieran prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y, iii) que el agente no tenga la condición de habitual o reincidente.

Por su parte, el artículo 58 del mismo cuerpo legal establece que, al otorgar el juez esta condena condicional, impondrá la realización de ciertas conductas. Tal como lo sostiene Luis Reyna, al señalar que, la suspensión de la ejecución de la pena no significa que, la aplicación de ésta no genere al penado ninguna carga, puesto que el artículo mencionado líneas arriba, establece la posibilidad de imponer al condenado una serie de reglas de conducta (Reyna, 2016).

Así, entre las reglas de conducta que el juez puede imponer, se encuentran las siguientes: (i) prohibición de frecuentar determinados lugares; (ii) prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez; (iii) comparecer obligatoria y personalmente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades; (iv) reparar los daños ocasionados por el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; (v) que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la comisión de otro delito; (vi) Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol, (vii) Obligación de seguir tratamiento o programas laborales

o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente, (viii) los demás deberes que el juzgador considere convenientes a la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado; y (ix) Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico (Villavicencio, 2009).

El juez deberá elegir las pertinentes al caso y, además, puede integrar otras que estime adecuadas a los fines de prevención especial. La ley estatuye como único límite que las reglas que se fijen en la sentencia no afecten la dignidad del condenado. Por consiguiente, las reglas de conducta deben guardar conexión con las circunstancias particulares del delito y con la personalidad del imputado (Hurtado, 2005).

Incluso, la reparación del daño ocasionado o reparación civil puede incluirse como regla de conducta. En este caso, es necesario especificar un plazo determinado para su cumplimiento.

Debe precisarse, que el incumplimiento injustificado de las reglas de conducta, da lugar a la aplicación de tres tipos de sanciones que se especifican en el art. 59, las cuales se aplican de manera gradual y según un orden de prelación que comienza por la menos severa. Las sanciones aplicables son las siguientes (Hurtado, 2005):

**a. La amonestación del infractor:** La amonestación debe ser expresada de manera formal y clara para que tenga el efecto de intimar al condenado a cumplir con los deberes que se le han impuesto.

**b. La prórroga del plazo de prueba:** que tiene la finalidad de modificar el primer plazo en base a un mejor conocimiento de la personalidad del agente (rebelada por el incumplimiento de las reglas) y a darle una nueva oportunidad para que colabore en su reinserción. La determinación de la prórroga debe ser establecida teniendo en cuenta las necesidades y características de cada caso.

**c. La revocación de la suspensión:** es la sanción más severa, por lo que debe ser aplicada de manera excepcional y luego de haberse recurrido a las sanciones de amonestación o de prórroga. Su aplicación debe limitarse, en lo posible, al hecho de que el sentenciado haya cometido un nuevo delito doloso mereciendo, por ello, otra condena a pena privativa de libertad efectiva. Es, por tanto, incorrecto y desproporcionado revocar el régimen de suspensión por el mero incumplimiento del pago de la reparación civil, lo cual ha ocurrido con cierta frecuencia en la praxis judicial.

Al respecto, es de advertir que la ley sólo regula un supuesto de revocación directa e inmediata del régimen de suspensión de la ejecución de la pena. Según el art. 60, se impone esta sanción sólo si el condenado es nuevamente reprimido (con pena privativa de libertad superior a tres años) por un delito doloso, realizado dentro del periodo de prueba. Además, conforme el citado artículo, el efecto de la revocatoria significa el cumplimiento total, acumulado y continuo de la pena inicialmente suspendida y de la correspondiente al “segundo hecho punible”. (Hurtado, 2005).

Es menester precisar, que la suspensión de la ejecución de la pena es de aplicación facultativa; pues el juez debe motivar debidamente su decisión de concederla o denegarla. También, tendrá en cuenta otros aspectos, como la condición de primario del infractor y la escasa gravedad de la conducta delictiva cometida o su adecuado comportamiento procesal.

La duración del periodo de prueba es de uno a tres años. Dentro de estos límites, el juez señala la duración concreta e individualizada, a la que considera como idónea y prudente para convalidar la corrección del pronóstico favorable de conducta futura del condenado. Con lo cual, nuestro legislador ha preferido dejar cierta libertad al juez para que determine la duración del plazo en consideración a las circunstancias particulares del caso y entre las cuales es decisivo el aspecto personal de condenado (Hurtado, 2005).

Debe resaltarse, que no cabe equivalencia entre la magnitud de la pena impuesta y el periodo de prueba que corresponda al caso; no obstante, tratándose de un imperativo legal, el plazo del periodo de prueba no puede ser inferior a un año, aun cuando la pena impuesta sea de menor duración.

Asimismo, conforme con el art. 61, la condena se considera como no pronunciada, si no se ha revocado la medida por incumplimiento reiterado de las reglas de conducta o por comisión de nuevo delito doloso.

Es así que, en los casos en los que el condenado cumpliera con las reglas de conducta, no las infringiera persistentemente o no cometiera un nuevo delito doloso, la condena se considera como no pronunciada, sin llegarse a generar antecedentes penales. Este es un aspecto positivo que el legislador ha previsto a la luz del fin preventivo constitucional de la pena, y que debe ser aplicado propiciando dicha resocialización por los jueces penales peruanos.

En la línea de lo expuesto, la suspensión de la pena de prisión no puede ser considerada como una mera medida de gracia, sino que debe ser impuesta por el juez en función de las posibilidades de resocialización del penado, así como a sus condiciones personales.

Asimismo, la suspensión no debe ser la primera opción con la que cuenten los jueces para el incumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, pues previamente debe recurrirse a otros mecanismos menos gravosos previstos por el ordenamiento jurídico, como es el caso de la sustitución de pena. De esta forma, en caso de poder aplicar el juez penal la sustitución y la suspensión de la condena, deberá preferir la primera. Esto de cara a conseguir los fines de prevención general y especial, perspectiva desde la que es preferible sustituir que suspender la condena de prisión (Reyna, 2016).

## CAPITULO III

### CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Conforme hemos explicado, el objetivo trascendental de esta investigación ha sido identificar las razones jurídicas que justifican la extensión de la Ley N.º 30304 y del Decreto Legislativo N.º 1351 a otros Delitos contra la Administración Pública, con la finalidad fundamental de que exista un tratamiento homogéneo en la forma de imposición de la pena, por razones de política criminal, teniendo como base para ello, la Teoría de la Prevención General, pero además con la finalidad de que la sociedad no vea defraudada sus expectativas en el aparato estatal, además de garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública; máxime cuando estamos atravesando por una situación en la cual existe un alto índice en la comisión de ilícitos penales de esta tipología.

Los resultados que a continuación se detallarán, respecto de cada razón jurídica que presentamos como respuesta al problema identificado, los proponemos, como ya lo hemos señalado, realizando una reflexión crítica, tomando como base los postulados de la corriente filosófica del derecho conocida como “tetradimensionalismo jurídico” propuesta por el Dr. Miguel Polaino Navarrete, es decir, entender a la institución jurídica de la Suspensión de la Ejecución de la Pena, a partir de su dimensión social, valorativa, normativa y temporal, para sustentar su función y fin dentro del Derecho Penal; por lo que luego de utilizar los métodos de la hermenéutica jurídica: literal, lógico o *ratio legis*, e histórico, desde el punto de vista del tetradimensionalismo del derecho, fundamentos o valoraciones que consideramos se tomaron en

cuenta dentro de cada una de las dimensiones antes indicadas, cuando se reguló la suspensión de la ejecución de la pena y de ese modo diseñar y fundamentar tanto las bases teóricas y críticas, que como síntesis de la labor de investigación realizada en el presente trabajo nos ha permitido contrastar las hipótesis planteadas en nuestro estudio.

De ese modo, con la utilización del método literal, al analizar el artículo 57º del Código Penal, que regula la figura de la Suspensión de la Ejecución de la Pena, se ha podido determinar que el instituto jurídico en referencia no resulta aplicable a todos los delitos contra la administración pública, sino tan sólo a unos cuantos, sin tener en cuenta lineamientos de política criminal equitativos para establecer tal diferenciación, menos aún el fin de la pena conforme a lo establecido en nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Por su lado, con el método de la *ratio legis* o método lógico, hemos podido dar respuesta a las interrogantes siguientes: ¿por qué se emitió la Ley N.º 30304? ¿Cuál fue su razón de ser?, ¿Para qué se emitió el Decreto Legislativo N.º 1351?; y, ¿Cuáles son los fines detrás de dichos dispositivos legales?; para de ese modo lograr entender la dimensión axiológica del instituto jurídico penal de la Suspensión de la Ejecución de la Pena en el marco de los delitos contra la administración pública, desde que se reguló en nuestro ordenamiento jurídico con la dación del Código Penal de 1924, hasta tiempos actuales, pues se ha dictado durante este transcurso del tiempo, el Código Penal de 1991, la Ley N.º 30304 y el Decreto Legislativo N.º 1351, en los cuales también se reguló la figura bajo estudio; por lo que en su desarrollo, con el método histórico, se ha buscado además reconstruir la intención del legislador de cada tiempo en que se dictaron cada uno de los dispositivos legales antes indicados, sobre la figura

de la Suspensión de la Ejecución de la Pena. Así, veamos a continuación el análisis crítico señalado, respecto de la evolución y modificaciones de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena, a través del cuadro siguiente:

**Perspectiva de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a través del Código Maurtua y el Decreto Legislativo N.º 126:**

	DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL
<b>SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>	<b>CODIGO PENAL DE 1924 – CODIGO MAURTUA</b>			
	-Evitar aplicación efectiva PPL de corta duración. -Aplicación limitada a PPL no > 06 meses de duración -Asimilación del sistema Franco-Belga.	-Evitar efectos negativos de encarcelamiento.	- Art. 53, <i>in fine</i> hacía referencia “ <b>beneficio de la suspensión condicional</b> ”  - Criterio adoptado también por la jurisprudencia de la Corte Suprema	<b>Ley N° 4868 27-07-1924</b>
	<b>DECRETO LEGISLATIVO N.º 126</b>			
-Aplicación a PPL no > 02 años	Ibidem	Ibidem	<b>D. Leg. N° 126 12-06-1981</b>	

Fuente: Elaboración propia

**Perspectiva de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a través del Código Penal de 1991 aprobado por Decreto Legislativo N.º 635:**

	DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL
<b>SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>	<b>CODIGO PENAL DE 1991</b>			
	<p>--Evitar aplicación efectiva de PPL <b>corta y mediana</b> duración.</p> <p>-Ampliación de aplicación a PPL <b>no &gt; de 04 años.</b></p> <p>-No reincidencia.</p> <p>-No habitualidad.</p>	<p>-Evitar efectos negativos de encarcelamiento.</p> <p>-Pronóstico favorable de cambio positivo del ser humano.</p> <p>-Disuadir al delincuente de no volver a delinquir *prevención especial”.</p>	<p>- Art. 57 El juez puede suspender la ejecución de pena <b>reúnan</b> requisitos siguientes: 1. <b>Condena</b> a PPL no &gt; 04 años. 2. <b>Naturaleza, modalidad</b> del hecho punible, comport. procesal y personalidad de agente, permitan inferir <b>no volverá a cometer delito.</b> -Debida motivación. 3. Agente <b>no reincidente o habitual. Plazo suspensión de 01 a 03 años.</b>”</p>	<b>D. Leg. N° 635 03-04-91</b>

Fuente: Elaboración propia

Cambio de perspectiva de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a raíz de que el Estado Peruano asume compromisos internacionales de lucha severa contra la corrupción, y se promulga la Ley N.º 30304, como inicio de tal finalidad:

	DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL
<p style="text-align: center;"><b>SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA</b></p>	<b>LEY N.º 30304</b>			
	<p>- Perú <b>suscribe</b> y <b>ratifica</b> Convención ONU contra Corrupción.</p> <p>- <b>Compromiso</b> adoptar medidas de lucha más severas.</p> <p>- <b>Corrupción</b> principal problema social del país.</p> <p>- <b>Merma recursos</b> del Estado destinados a atender necesidades de población.</p> <p>- Pérdida de no menos de S/. 6 000 000.00.</p> <p>- <b>Inaplicación</b> de suspensión de ejecución de pena para algunos delitos de corrupción de funcionarios "colusión y peculado".</p>	<p>- <b>Política criminal</b> Estado debe <b>responder a la gravedad de la lesión</b> que infringe al Estado los funcionarios corruptos.</p> <p>- Delitos de colusión y peculado, <b>considerados graves</b> en perjuicio de Administración Pública.</p> <p>- Jueces <b>no podrán aplicar</b> suspensión de ejecución de pena en dichos delitos afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública y el Erario Estatal.</p> <p>- <b>Lesión</b> de la confianza de los ciudadanos, para con sus instituciones públicas y sus funcionarios o servidores.</p> <p>- <b>CIDH</b>, este tipo de delitos <b>afectan o impiden el ejercicio pleno</b> de una multiplicidad de derechos de la colectividad (alimentación, salud, vivienda, educación entre otros).</p> <p>- <b>Estimula la discriminación</b> y agrava la situación-económica de quienes viven en situación de vulnerabilidad.</p> <p>- Debilitan la Institucionalidad democrática.</p>	<p>"Artículo 57.- Requisitos El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: ... La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387".</p>	<p><b>28-02-2015</b></p>

Fuente: Elaboración propia

**Consolidación del cambio de perspectiva de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a raíz de que el Estado Peruano asume compromisos internacionales de lucha severa contra la corrupción, y se promulga el Decreto Legislativo N.º 1351:**

	DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA A	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL
<b>SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>	<b>DECRETO LEGISLATIVO N.º 1351</b>			
	- Ampliación de Inaplicación de suspensión de ejecución de pena <b>para más delitos de corrupción</b> "malversación agravada, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito"	- <b>Política criminal Estatal</b> debe responder a gravedad de lesión que infringe al Estado los funcionarios corruptos. - <b>Delitos</b> de colusión, peculado, malversación agravada, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito, → <b>graves</b> en perjuicio de Adm. Pública. -Jueces <b>no aplicar suspensión</b> de ejecución de pena en dichos delitos que afectan correcto funcionamiento de Adm.Pública y Erario Estatal. - <b>Lesión</b> de la confianza de los ciudadanos, para con sus instituciones públicas y sus funcionarios o servidores. - <b>CIDH</b> , estos delitos <b>afectan o impiden ejercicio pleno de multiplicidad de D's de colectividad</b> (alimentación, salud, vivienda, educación entre otros). - <b>Estimula</b> discriminación y agrava situación-económica de quienes viven en situación vulnerable. - <b>Debilitan</b> Institucionalidad democrática.	"Artículo 57.- Requisitos  El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:  ...  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."	07-01-2017

Fuente: Elaboración propia

Todo lo antes descrito y analizado nos permite señalar que la extensión de la normatividad bajo análisis a los demás Delitos contra la Administración Pública se debe dar en razón a:

### 3.1. TRATAMIENTO NORMATIVO HOMOGÉNEO

Como ya hemos detallado en la problemática planteada, en virtud al Proyecto de Ley N.º. 2529/2013-CGR, elaborado por la Contraloría General de la República, se propone una Ley que modifique el artículo 57 del Código Penal, normativa que establece los requisitos para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena; sobre la base de una alarmante estadística que trajo como resultado que de una muestra de 276

funcionarios sentenciados por los delitos de colusión, negociación incompatible y peculado doloso, sólo 10 de ellos habían sido condenados a penas privativas de libertad efectivas, en el periodo 2009-2013.

Así, el día 28 de febrero del año 2015, se promulgó la Ley N° 30304, mediante la cual se modifica el artículo 57 del Código Penal, en el sentido de que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualesquiera de los delitos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal; es decir, que aquellos funcionarios o servidores públicos condenados por los delitos de colusión y peculado, tendrán que cumplir su condena en un establecimiento penitenciario, perdiendo así el derecho de solicitar la suspensión de la ejecución de la condena por más de que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 57 del Código Penal.

Posteriormente, el día 06 de enero del año 2017, se promulga el Decreto Legislativo N° 1351, "Decreto legislativo que modifica el Código Penal", a través del cual, nuevamente, se modificó el artículo 57 del Código Penal, en el sentido de que la suspensión de la ejecución de la pena no resulta aplicable a los servidores o funcionarios públicos condenados por cualquiera de los delitos previstos, además de los artículos 384 y 387, a los delitos previstos en el segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal (delito de malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito); ampliándose la gama de delitos contra la Administración estatal, respecto de los cuales no será posible aplicar la suspensión de la ejecución de la pena a aquellos funcionarios y servidores

públicos que hayan cometido este tipo de delitos; debiendo así cumplir su condena en un establecimiento penitenciario, no interesando así la existencia o no de los requisitos previstos en el artículo 57 del Código Penal.

Sin embargo, a través de estas modificaciones legislativas, se han dejado de lado otros delitos contra la administración pública, tan importantes como los ilícitos antes indicados; que incluso traen consigo mayor reproche penal por la vulneración del bien jurídico protegido Administración Pública, lo cual demostraría que no existe un tratamiento normativo homogéneo para esta clase de delitos.

Conforme se puede apreciar, por medio de estas modificatorias normativas se ha buscado dar severidad en la sanción penal contra funcionarios o servidores públicos que atentan contra la Administración Pública; no obstante, solamente ello aplicaría para algunos Delitos contra la Administración Pública, dejándose de lado otros delitos de esta gama tan importantes y de alta incidencia en nuestra sociedad. En estos casos, y de presentarse los requisitos, no habría límite alguno para que pueda disponerse la suspensión de la condena para funcionarios y servidores públicos, lo cual evidentemente resulta seriamente preocupante, ya que no entendemos el porqué de esta diferenciación.

Es decir, que, en los casos en donde los funcionarios y servidores públicos cometan un delito contra la administración pública, distinto de los establecidos en el artículo 57 del Código Penal, y de presentarse los requisitos establecidos en el mismo, no habría restricción alguna para que

el Juez pueda disponer la suspensión de la condena; lo cual indefectiblemente seguirá generando en la sociedad una situación de impunidad e indefensión.

Así, tenemos que por ejemplo, se ha dejado de lado otros delitos importantes comprendidos también dentro de la tipología de delitos contra la Administración Pública previstos en el Código Penal, como los delitos de concusión (art. 382), cohecho pasivo propio (art. 393), soborno internacional pasivo (art. 393-A), cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398), cohecho activo en el ámbito de la función policial (398-A), tráfico de influencias (art. 400), que conforme se puede apreciar de su propia redacción del tipo penal, oscilan con penas mínimas promedio no menor de 04 años de pena privativa de libertad, y que incluso pueden tener penas máximas de 08 años de pena privativa de libertad, esto en su tipo base, pues de existir agravantes, la pena privativa de libertad es mucho mayor.

Así, los espacios punitivos de estos 11 delitos, son casi similares como los límites punitivos de los 07 delitos que han sido incluidos en el artículo 57 del Código Penal, lo cual permite corroborar que no ha existido un tratamiento normativo homogéneo por parte del legislador, al momento de ir incluyendo algunos delitos contra la Administración Pública, como excluyentes para la aplicación del instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena.

Ello, como veremos en el cuadro siguiente:

**Cuadro comparativo de delitos contra la Administración Pública incluidos en el artículo 57 del Código Penal y de otros delitos no incluidos**

<b>Delitos incorporados en el artículo 57 del Código Penal</b>	<b>Espacios punitivos sin agravantes</b>	<b>Delitos que deben incorporarse en el artículo 57 del Código Penal</b>	<b>Espacios punitivos sin agravantes</b>
Colusión simple (art. 384)	Pena privativa de libertad no menor de 03 ni mayor de 06 años.	Concusión (art. 382)	Pena privativa de libertad no menor de 02 ni mayor de 08 años
Colusión agravada (art. 384)	Pena privativa de libertad no menor de 06 ni mayor de 15 años		
Peculado (art. 387)	Pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 08 años	Cohecho pasivo propio (art. 393)	Pena privativa de libertad no menor de 05 ni mayor de 08 años
Malversación (art. 389)	Pena privativa de libertad no menor de 01 ni mayor de 04 años	Soborno internacional pasivo (art. 393-A)	Pena privativa de libertad no menor de 05 ni mayor de 08 años
Cohecho pasivo específico (art. 395)	Pena privativa de libertad no menor de 06 ni mayor de 15 años	Cohecho pasivo impropio (art. 394)	Pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 06 años
Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396)	Pena privativa de libertad no menor de 05 ni mayor de 08 años	Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A)	Pena privativa de libertad no menor de 05 ni mayor de 10 años
Negociación incompatible (art. 399)	Pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 06 años	Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B)	Pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 07 años
Enriquecimiento ilícito (art. 401)	Pena privativa de libertad no menor de 05 ni mayor de 10 años	Cohecho activo genérico (art. 397),	Pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 06 años
		Cohecho activo transnacional (art. 397-A)	Pena privativa de libertad no menor de 05 ni mayor de 08 años
		Cohecho activo específico (art. 398)	Pena privativa de libertad no menor de 05 ni mayor de 08 años
		Cohecho activo en el ámbito de la función policial (398-A)	Pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 08 años
		Tráfico de influencias (art. 400)	Pena privativa de libertad no menor de 04 ni mayor de 06 años

Fuente: Elaboración propia.

Cabe indicar, que la suspensión de la ejecución de la pena no es un beneficio penitenciario, sino un análisis de necesidad y merecimiento de la pena del sujeto que ha delinquido por razones de política criminal; análisis que lo realiza el juez en base a una valoración individual y motivada, mediante la cual determina si para el caso en concreto, el sujeto necesita y/o merece una pena privativa de la libertad, tomando como base las características señaladas en el artículo 57 del Código Penal.

Así, ante la problemática existente, surge un cuestionamiento respecto a la valoración jurídica realizada por nuestros legisladores respecto de los hechos planteados por la Contraloría General de la República y por la necesidad de reforzar la seguridad ciudadana; en el sentido de: ¿por qué nuestro legislador ha considerado que era necesario esta modificatoria del artículo 57 del Código Penal, para establecer que la suspensión de la ejecución de la pena proceda solamente para ciertos delitos contra la Administración estatal como son los delitos de colusión, peculado doloso, malversación de fondos, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito; y no para otros delitos contra la Administración Pública?; si como bien sabemos este grupo de delitos, de igual forma, vulneran bienes jurídicos tutelados por nuestro ordenamiento jurídico, lesionan la confianza que tiene la ciudadanía en el aparato estatal, con lo cual continúa generándose esa sensación de impunidad.

De igual forma, teniendo en cuenta que el Derecho Penal únicamente protege los bienes jurídicos más importantes, entonces: ¿podría terminarse justificando la eliminación de la suspensión de la pena para todos los

delitos en aras de la eficacia y búsqueda de prevención de delitos? Esto sería desde una primera óptica sumamente grave, pues únicamente responde a una lógica represiva y no respeta los límites del *ius puniendi* en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Y, desde una segunda óptica, se advierte que la suspensión de la pena está pensada también para ser aplicada en delitos cuyo desvalor social, en el caso específico, el juez valore que no resulta tan grave, por lo que como se puede apreciar se está generando una diferenciación respecto de los mismos delitos contra la Administración Pública.

Ello, en atención a que los delitos contra la administración Pública perturban o impiden el desarrollo normal y la organización de las actividades de los entes públicos, por lo que la tutela penal del ente estatal debe ceñirse a los parámetros constitucionales, no centrándose en el cumplimiento de los deberes propios del cargo; sino en su repercusión sobre el correcto funcionamiento de la Administración estatal y de las actividades que brinda.

De este modo, al estar conformado el bien jurídico administración pública, por diferentes valores en un todo único; es posible hacer referencia al objeto genérico de la protección penal para toda la clase de delitos contra la Administración Pública, dando a entender de este modo la naturaleza denotativa amplia de la administración pública como bien jurídico homogéneo a proteger penalmente, como es el normal o correcto funcionamiento de la administración pública, situación que no ha sido considerada ni a través de la Ley N.º 30304; ni del Decreto Legislativo N.º 1351.

Demostrando todo ello, la necesidad de la existencia de un tratamiento normativo homogéneo en la forma de imposición de la pena por razones de política criminal, cuanto y más si vivimos en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en donde los derechos y deberes de los ciudadanos deben ser reconocidos y exigidos de forma igualitaria para todos; y logrando con ello un respaldo al correcto funcionamiento de la organización estatal, tomando como base axiológica a los valores instaurados en la Constitución, y de ese modo, sancionar de manera adecuada las conductas ilícitas antes descritas que hayan cometido autoridades, funcionarios y particulares que han vulnerado la eficacia y fines que tiene constitucionalmente asignado la Administración Pública, no olvidando además que estos delitos, conforme lo veremos más adelante, son considerados como un eje contra la lucha contra la corrupción, dada la naturaleza jurídica de los mismos, permitiendo a su vez entender las tendencias hacia la punición o impunidad de los mismos, que es una política de Estado.

### **3.2. OBSERVANCIA DEL FIN POLÍTICO – CRIMINAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Como se ha podido evidenciar, a través de las modificaciones efectuadas al artículo 57 del Código Penal, respecto a la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena únicamente para 07 delitos contra la Administración Pública, se ha dejado de lado la observancia del fin político criminal de esta gama de delitos, pues lo que el Estado busca con su regulación es garantizar el correcto funcionamiento de la Administración

Pública; y, además garantizar la plena confianza que la sociedad tiene en el aparato estatal y sus funcionarios, que indudablemente se ve defraudada con la conducta del funcionario contrario a derecho.

A través de lo analizado, hemos podido determinar que el fin político-criminal de los Delitos contra la Administración Pública es el asegurar el correcto funcionamiento del aparato estatal; pero, además, la no lesividad de sus intereses patrimoniales; así como también encontrar en los agentes estatales un comportamiento leal, íntegro y probo; para sí satisfacer los derechos fundamentales de toda la ciudadanía; sobre todo de los más vulnerables.

Pero, además, debe considerarse que los delitos contra la Administración Pública son muy antiguos, pues fueron identificados incluso en la Biblia; tal es así que Grecia y Roma regulaban los delitos contra la Administración Pública, asignándoles castigos muy severos, como la pena de muerte, sancionándose a aquél que llevara bienes del Estado, o de los funcionarios, o de la religión, y se los conocía como delito de *peculatus*. Por lo que, desde la época antes y después de Cristo, la humanidad está en contacto con este tipo de ilícitos, que no es más que una forma de corrupción y desvalores por parte de toda persona que ejerce funciones públicas. De ahí, que posturas en contra de la punibilidad de estos comportamientos ilícitos, deviene además en ahistórica, pues no establece una relación ella.

En esta variedad delictiva encontramos como uno de los valores fundamentales ligado al interés nacional, que la teoría del delito y la ley

penal han decidido proteger, nos referimos a la correcta administración pública; pues la sociedad se alarma cada vez más por la conducta de funcionarios o servidores públicos que se aprovechan del cargo para obtener bienes o dinero en forma ilícita, alterando el orden administrativo, vulnerando derechos, otorgando pagos indebidos; esto es, corrompen la gestión pública porque abusan del poder que el Estado les ha confiado para obtener beneficios privados.

Estas prácticas de corrupción van alcanzando niveles muy perjudiciales en las compras de bienes para el Estado, la contratación de servicios, la construcción de obras públicas y suministros, concesiones y otros; tal es así, que Activa Perú reveló en una reciente encuesta de opinión que el 46,2% de los peruanos confesaron considerar la corrupción como el principal problema del país; y que el contralor de la República, Nelson Shack, informó que el Estado peruano ha perdido más de 24 millones de soles por actos de corrupción durante el año 2021, esa cifra representa el 13.6% del presupuesto; además que durante los últimos 30 años los siete presidente del Perú están involucrados en actos de corrupción. (INFOBAE, s.f.).

Además de ello, no olvidemos que, en el caso de los delitos contra la Administración Pública, dentro de la tipicidad se exige que el agente ostente alguna cualidad o circunstancia especial, con determinadas características o relaciones que se establece en la tipificación; delitos que fueron regulados dada la creciente patologías de la acción administrativa en sus diversos aspectos.

Por lo que, si la razón de ser de incluir 07 delitos contra la Administración Pública dentro del artículo 57 del Código Penal, como parte de la política criminal de nuestro Estado, entonces, por qué no se tuvo en consideración otros delitos de alta incidencia delictiva y con una prognosis de pena similar, como los mencionados precedentemente, que de igual forma tienden a proteger el mismo bien jurídico tutelado por esta clase de delitos; y que como bien lo afirma Donna, Maurach, Antolisei, Goscilo, Molinario y Aguirre, es la fidelidad a la pureza de la Administración Pública o dicho de otra forma el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales (Creus, 1999).

### **3.3. LA OBSERVANCIA DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL COMO FUNDAMENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE PENAS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Nuestro Estado Peruano se evidencia como un Estado Social y democrático de Derecho, en el cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, conforme así se propugna en el artículo 1 de nuestra Carta Magna; es decir, tiene como postulados fundamentales: la supremacía de la Constitución, la limitación del poder y el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales (Espinoza- Saldaña, 2001).

Así, dentro de este marco constitucional, el Derecho penal debe legitimarse como un sistema de protección efectiva de todos los ciudadanos, teniendo así una función de prevención, respecto de comportamientos que considere reprochables (Mir, 2002).

Por ello, nuestra Carta Magna, en el artículo 139, numeral 22, establece como principio y derecho de la función jurisdiccional que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; con lo cual, tenemos que se asigna a la pena una función preventiva especial positiva; lo cual guarda coherencia con lo establecido en el Código Penal, en cuyo artículo IX del Título Preliminar, se ha establecido que la pena cumple una función preventiva, protectora y resocializadora; asignándose asimismo a la pena, una función preventiva general; de tal modo, que su imposición se base en la posterior obtención de consecuencias sociales que influyan en la conducta del autor del hecho delictivo o de la sociedad en general.

Como hemos podido demostrar, la suspensión de la ejecución de la pena no es un beneficio penitenciario, sino un análisis de necesidad y merecimiento de la pena del sujeto que ha cometido un delito por razones de política criminal; análisis que lo realizará el juzgador sobre la base de una valoración individual y motivada, a través de la cual se determinará si para el caso en concreto, el sujeto necesita o merece una pena privativa de libertad efectiva; tomando como sustento las características señaladas en el artículo 57 del Código Penal.

Sin embargo, con las modificatorias del artículo que venimos analizando, se tiene que se ha excluido la posibilidad de suspender la ejecución de la pena cuando los delitos hayan sido cometidos por funcionarios y servidores públicos condenados por los delitos de colusión, peculado doloso, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito; es decir,

que todo funcionario o servidor público que cometa cualquiera de estos delitos, no podrías solicitar ni menos aún esperar que el Juzgador ordene que la ejecución de su pena sea suspendida, pues de ser condenados a pena privativa de libertad, obligatoriamente tendrán que cumplir su condena en un establecimiento penitenciario; por más de que en su caso en concreto se presenten y cumplan a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 57 del Código Penal.

Así, con estas modificatorias formuladas al artículo 57 del Código Penal, en nuestro ordenamiento jurídico - penal, se ha buscado generar un efecto amedrentador mediante la pena como reproche punitivo en la conducta del funcionario o servidor público transgresor de la norma penal, estableciéndose que la suspensión de la ejecución de la pena ya no se aplique en siete delitos en específico pertenecientes a la gama de delitos contra la Administración Pública; bajo una visión de la función del derecho penal de la pena: Prevención General; y por tanto, la pena privativa de libertad deba ser efectiva.

En tal contexto, frente a esta finalidad político criminal adoptado por nuestro Estado para luchar contra la corrupción y conseguir la disminución del alto índice de comisión de delitos contra la Administración Pública, cabe preguntarse: ¿Por qué si la valoración de la situación actual por parte del Poder Legislativo y Ejecutivo fue eliminar la sensación de impunidad y la desconfianza por parte de la sociedad; así como generar un efecto amedrentador en los funcionarios y servidores públicos (función de prevención general de la pena), ello no se hizo extensivo también para otros delitos contra la Administración Pública, que al igual que los delitos de

colusión, peculado doloso, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito, atentan contra el bien jurídico protegido “correcto funcionamiento de la Administración Pública”?, máxime si en nuestro ordenamiento jurídico tenemos regulados 28 ilícitos de esta tipología, siendo que la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena sería aplicable únicamente a 07 delitos, quedando de lado otros delitos tan graves, como los delitos de concusión (art. 382), cohecho pasivo propio (art. 393), soborno internacional pasivo (art. 393-A), cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398), cohecho activo en el ámbito de la función policial (398-A), tráfico de influencias (art. 400); los cuales, por la propia redacción del tipo penal, oscilan con penas mínimas promedio no menor de 04 años de pena privativa de libertad, y que incluso pueden tener penas máximas de 08 años de pena privativa de libertad, esto en su tipo base, pues de existir agravantes, la pena privativa de libertad es mucho mayor. Situación punitiva muy similar a los 07 delitos incluidos en el artículo 57 del Código Penal.

Así, hemos considerado que la pena tiene como función la prevención general; es decir, la prevención frente a la colectividad, de tal forma que se pueda considerar a la pena como un mecanismo para contrarrestar la criminalidad latente en nuestra sociedad, y en consecuencia servir como una amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que estos

cometan ilícitos penales. Pues como bien sostenía Roxin, si la función de la pena es, en el momento legislativo, la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, ello habrá de tener lugar por la vía de la prevención general. (Kant, citado por Hurtado, 2005).

Por lo que, si bien hemos demostrado que a través de las modificatorias dadas al artículo 57 del Código Penal, se ha buscado cumplir con la función de la pena de prevención general; no obstante, la verdadera situación que viene atravesando nuestro país, no ha sido valorada en todas sus aristas, pues se ha dejado de lado, a otros ilícitos penales cometidos por funcionarios y servidores públicos, como los ya detallados, que también forman parte de los Delitos contra la Administración Pública; manteniéndose el clima de desconfianza e impunidad en la sociedad.

Por lo que, haciendo un análisis a nuestro tema de investigación mediante la corriente iusfilosófica del tetradsimensionalismo jurídico (hecho, valor, norma y tiempo), cuyo desarrollo epistemológico se ha detallado en segundo capítulo de la presente investigación, y analizando las dimensiones de la problemática planteada, tenemos como resultado lo siguiente:

- a. Dimensión Social (Hecho):** - Delitos contra la Administración Pública -conducta humana que genera ingentes daños y perjuicios al correcto funcionamiento de la Administración Pública, producto del quebrantamiento de los deberes de carácter especial que asumen en su condición de garantes (funcionarios y servidores públicos). En donde se encuentran comprendidos no

solo los delitos de colusión, peculado doloso, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito peculado; sino también otros Delitos contra la Administración Pública.

**b. Dimensión valorativa (Valor):** De la revisión de la tipología de Delitos contra la Administración Pública, al momento de establecerse los mismos, quienes propusieron su regulación han valorado los siguientes aspectos:

V1: Sensación de impunidad por parte de la sociedad.

V2: Desconfianza por parte de la sociedad.

V3: Generar un efecto amedrentador.

V4: Suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de colusión, peculado doloso, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito.

En consecuencia, si bien el Estado debe enviar un mensaje político claro de que la corrupción no se tolera; y en atención a ello es que nuestros legisladores han considerado y establecido que la prisión efectiva cumpliría una función ejemplarizante al constituir la sanción máxima contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siguiéndose así una teoría de la pena de prevención general, y de este modo, la sociedad podría volver a confiar en el sistema y saber que la norma válida es la que señala que “está prohibido

corromper”; no obstante, no entendemos por qué el legislador ha establecido una diferenciación, o mejor dicho una discriminación respecto de prohibir la suspensión de la pena sólo para algunos delitos contra la administración pública, y en todo caso, por qué no debió considerarse a otros tipos penales de alta incidencia delictiva y que generan un gran reproche penal.

Con lo que, tenemos que no se ha realizado una correcta valoración de la situación que aflige a nuestro país, inobservándose la función de la pena, desde la óptica de la prevención general para todos los Delitos contra la Administración Pública, como fin político criminal del Estado; y por tanto, no protegiéndose de manera correcta y homogénea el bien jurídico tutelado, como es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y así ajustar sus contenidos de tipicidad, en razón a que la misma constituye una temática de gran trascendencia para la existencia de nuestro Estado peruano.

**c. Dimensión Normativa (Norma):** Se promulgó la Ley N.º 30304 y Decreto Legislativo N.º 1351. No valorándose en todas sus aristas los valores antes señalados.

**d. Dimensión temporal (Tiempo):** Al realizar el análisis del derecho, teniendo como base la temporalidad en el conocimiento científico, se nos permite aproximarnos al derecho vivo y palpitante, en acción, como dice Polaino Navarrete, no se estudia al Derecho Penal estáticamente, sino en forma dinámica; es decir, en su ámbito temporal, valorando

su evolución anterior y relacionándola con la venidera (Polaino, 2004).

Sin embargo, a través de las modificatorias dadas al artículo 57 del Código Penal, como hemos podido advertir, lo que el legislador ha pretendido es otorgar una mayor protección al bien jurídico protegido por esta clase de delitos, primero prohibiendo la suspensión de la ejecución de la pena para 02 delitos contra la Administración Pública (colusión y peculado doloso), a través de la dación de la Ley N.º 30304 en el año 2015; y luego, ampliando dicha prohibición a 05 delitos más (Delito de Malversación, Cohecho Pasivo Específico, Corrupción Pasiva de Auxiliares Jurisdiccionales, Negociación Incompatible y Enriquecimiento Ilícito); a través del Decreto Legislativo N.º 1351, promulgado en el año 2017, y para lo cual toma como base la denominada prevención general; pero, obvia dicho análisis para otros delitos contra la Administración Pública, como son los delitos de concusión, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, cohecho activo en el ámbito de la función policial, tráfico de influencias; pese, a que tanto al momento de emitirse dicha normativa, como también en la actualidad, se presenta un alto índice de la comisión de estos ilícitos penales inobservados por el legislador, lo cual mantiene la sensación de impunidad y por tanto el clima de desconfianza de la sociedad en el aparato estatal; además de no cumplirse el verdadero efecto amedrentador propio de la política criminal de nuestro Estado Peruano en materia de

delitos funcionales, máxime cuando la legitimación de una condena penal se desprende precisamente de los fines que se persiguen en un Estado de Derecho.

En consecuencia, con la problemática planteada se puede acreditar que no se ha realizado una valoración adecuada de todas las aristas de la situación por la cual se emitió la Ley N.º 30304, “Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos”, y del Decreto Legislativo N.º 1351, “Decreto legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana”, manteniéndose el clima de sensación de impunidad y desconfianza de la sociedad, pues la sociedad aprecia con gran indignación la forma en que se desatienden sus necesidades y se limitan sus expectativas de desarrollo; en tanto que los funcionarios y servidores públicos corruptos van incrementando su patrimonio de naturaleza ilegal ante la inacción de las autoridades, lo cual deslegitima el imperio de la ley y el Estado constitucional de Derecho (Campos, 2013); además de no cumplirse el efecto amedrentador que se propuso (prevención general), y que conforme lo venimos sosteniendo, en la presente investigación, debe ser ampliado para otros delitos contra la Administración Pública, para los cuales no se ha establecido la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena.

### **3.4. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO INTERÉS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO Y COMO POLÍTICA DE ESTADO**

Se debe partir señalando o reconociendo, que la Administración Pública como función pública deviene en un interés constitucionalmente protegido, cuyo fin es garantizar de igual modo, el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas de manera igualitaria, pues en un Estado Constitucional de Derecho, por intermedio del aparato estatal, se otorga a la sociedad en cumplimiento efectivo del interés general, los diversos servicios públicos, como parte de su función.

En ese contexto, durante la presente investigación, se ha logrado establecer que, pese al aumento considerable de los delitos que venimos estudiando, en todas las esferas del Estado, y que el fenómeno de la corrupción es considerado como uno de los principales problemas que aquejan a nuestro país; nuestros legisladores han desconocido tal realidad, haciendo una discriminación en la forma de imposición y ejecución de las penas para los delitos en estudio, estableciendo rigurosidades únicamente para algunos delitos, sin que exista justificación jurídica alguna.

De ahí, que posturas contrarias a la punibilidad de las conductas bajo análisis, afectan la prevención y control del flagelo de la corrupción como interés constitucionalmente protegido, pues la lucha contra la corrupción es un mandato dado por nuestra Constitución, que se devalúa de los artículos

39<sup>10</sup>, 41<sup>11</sup> y 44<sup>12</sup>; lo cual también ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional peruano en diversas resoluciones, señalando expresamente que: "(...) el propio combate a toda forma de corrupción goza también de protección constitucional"<sup>13</sup>; es por ello, que nuestro Estado ha buscado reafirmar este compromiso al suscribir y ratificar los principales instrumentos internacionales, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción, de fecha 29 de marzo de 1996, adoptada en Caracas, Venezuela, por los estados integrantes de la Organización de Estados Americanos (OEA), ratificada por nuestro país el 06 de abril de 1997; así como también la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual fue ratificada por el estado peruano el 16 de noviembre del 2004; convenciones en las que se establece como delito reprimible por los estados parte, distintas conductas corruptas, y en las cuales se propone una serie de medidas para detectar, investigar y sancionar comportamientos corruptos, así como la promoción de medidas preventivas y de cooperación internacional.

De igual modo, nuestro país ha reiterado su compromiso de luchar contra este flagelo de la corrupción en otros espacios internacionales, como son la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el Foro Económico Asia Pacífico (APEC), Comunidad de Estados

---

<sup>10</sup> Artículo 39 de la Constitución Política del Perú: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación..."

<sup>11</sup> Artículo 41 de la Constitución Política del Perú: "Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos..."

<sup>12</sup> Artículo 44 de la Constitución peruana: "Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrio de la Nación..."

<sup>13</sup> Expedientes N.º 006-2006-PCC/TC y N.º 00017-2011-PI/TC.

Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Cumbres de Las Américas; pero también nuestro Estado se ha comprometido a desarrollar los planes de desarrollo sostenible de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que tiene como objeto disminuir la corrupción y el soborno en todas sus esferas y crear así instituciones eficaces, transparentes y responsables.

Pero, además, a nivel nacional, tenemos que mediante Decreto Supremo N.º 044-2018-PCM, se aprobó el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, a fin de contar con un instrumento que establezca las acciones priorizadas que sobre la materia se deben emprender para prevenir y combatir la corrupción, e impulsar la integridad pública, en el marco de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción; el cual se dio en virtud a que, sin necesidad de acudir a encuestas o estadísticas, todos los ciudadanos peruanos conocemos que el fenómeno de la corrupción se ha convertido en uno de los principales problemas que aquejan a nuestro país, y que tiene como raíz, a la débil institucionalidad, la falta de valores, la falta de meritocracia y la injerencia política en el aparato estatal. Por ello, a partir del año 2001, se han generado espacios gubernamentales destinados a generar sinergias y definir acciones anticorrupción, los cuales, por diversos motivos, no lograron consolidarse en el tiempo; por ello, con no poca frecuencia, los ciudadanos peruanos, buscamos alternativas y respuestas inmediatas que permitan revertir los efectos nefastos que la corrupción genera en términos de gobernabilidad, institucionalidad, desarrollo y crecimiento económico.

Por ello, combatir contra la corrupción en nuestro país se ha concentrado principalmente en desarrollar medidas que enfatizan el enfoque punitivo

buscando la sanción y la reparación del daño con posterioridad a la comisión de un acto corrupto; y, si bien, el ámbito punitivo es importante; ello constituye una perspectiva un tanto limitada e insuficiente, pues parte de la no comprensión de la corrupción como un fenómeno bastante complejo, multidimensional y multicausal; debido a que se necesita principalmente de medidas bien estructuradas, destinadas no sólo a construir una sólida gestión estatal basada en valores, meritocracia, rendición de cuentas; sino además, que necesita de reformas institucionales conducentes a revertir los factores de vulnerabilidad socioeconómica y de género en la sociedad. En línea con esta finalidad, tenemos que el fenómeno de la corrupción no es neutro y que, por el contrario, impacta de manera diferenciada a los miembros de una sociedad según, precisamente, los factores de vulnerabilidad socioeconómica y de género propiciando la profundización de esquemas de desigualdad y abuso de poder; razón por la cual se aprobó este plan.

### **3.5. TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE NO LESIVIDAD DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

A nivel global, con la finalidad de fortalecer la lucha contra la corrupción, a fin de evitar que se vulneren los intereses patrimoniales de la Administración Pública, se han ido estableciendo estándares mínimos para que las políticas establecidas por los Estados, se tornen efectivas en su lucha contra este flagelo.

Tal es así, que la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en su artículo 29, ha señalado que: "Cada estado parte establecerá,

cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”; asimismo, en su artículo 30, numeral 1, sanciona que: “Cada estado parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tenga en cuenta la gravedad de esos delitos”.

Regulación de la cual podemos apreciar, que se establece como política criminal global, evitar la impunidad para actos lesivos de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, pues propugnan su persecución y sanción; además de evitar su prescripción, estableciendo incluso, plazos amplios.

De igual modo, en la Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo II, de la cual nuestro estado también es parte desde el año 1997, se sienta posición acerca de la necesidad de fortalecer y promover el desarrollo de cada uno de los Estados parte, así como de establecer mecanismos que sean necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar el fenómeno de la corrupción; así como del apoyo real y constante entre los Estados para combatir dicho flagelo.

Por otro lado, debemos indicar, que si bien, existen posiciones que consideran cualquier tipo de no efectividad de la pena privativa de libertad a los funcionarios y/o servidores públicos que cometen esta clase de delitos; no obstante, creemos modestamente que dicho criterio es equivocado, pues el *ius puniendi* estatal debe guardar coherencia con los

fines constitucionales y a la vez con su razón de ser como Estado Constitucional de Derecho; y por ende consagrar la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración estatal.

Así, tenemos que las normas jurídicas tienen un contenido y una valoración ideológica, las cuales no son absolutas, sino que están determinadas por las circunstancias concretas, sociales, económicas e históricas; por lo que hemos podido evidenciar al realizar un análisis tetradimensional del objeto de estudio de la presente tesis, que al expedirse las normas, no se ha descartado, por un tema mínima lesividad, la no punibilidad de comportamientos que afectan a la Administración Pública; tampoco se ha minimizado los mismos por temas del valor patrimonial; sino todo lo contrario, existiendo una tendencia a incrementar las penas, a agregar comportamientos que ameritan un mayor reproche penal, incluyéndolas como agravantes; pues la ideología imperante es sancionar aquellas conductas que vulneren el correcto funcionamiento de la Administración estatal; máxime cuando existe una tendencia nacional y convencional de lucha contra la corrupción.

## CAPÍTULO IV

### PROPUESTA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL

#### 4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Las modificaciones de las normas y su evolución guardan conexión en gran parte con el desarrollo de la vida social. Pues conforme bien se sabe, las normas tienen por finalidad regular las relaciones entre las personas, y como estas cambian, las normas necesitan ser modificadas y adaptarse a los cambios surgidos en esas relaciones humanas; así en ese sentido, las leyes no se encuentran establecidas de forma imperecedera, sino más bien que ésta puede modificarse de acuerdo a las necesidades humanas dados los nuevos cambios en las relaciones humanas producidas.

Así, todo suceso en el que interviene la voluntad humana cambia sin tregua, por ello, Rudolf Stammler señala, que los dos aspectos de la transformación social, a saber: el de la técnica y el de las disposiciones y aptitudes de los hombres, son los que condicionan las transformaciones en la vida del derecho. A ellas debemos, pues, dirigir nuestra atención si pretendemos estudiar las mutaciones del orden jurídico (Stammler, 2005).

Por ello, debemos tomar en consideración que nuestra Carta Magna establece en su artículo 1, que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado; y tal como lo señala Carlos Fernández Sessarego, esta disposición

constitucional es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas constitucionales, así como de todas aquellas que integran el ordenamiento jurídico peruano (Fernández, 1995).

Así, utilizando la Teoría Tetradimensional del Derecho, podemos señalar que la misma partiendo de la Teoría Tridimensional, considera que el Derecho está constituido por una dimensión Social (Hecho), una dimensión Axiológica (Valor) y una dimensión Normativa (Norma) como sus dimensiones conformantes, siendo que Miguel Polaino Navarrete le suma la dimensión Tiempo (la Historia), pues las tres primeras dimensiones del derecho (sociedad, norma y valor) no son suficientes para entender el fenómeno del derecho en su conjunto, ni para propiciar un conocimiento lo más aproximado posible del Derecho (Polaino, 2004).

Así pues, debemos partir señalando que el legislador no ha realizado una correcta valoración de todos los posibles hechos que se pueden presentar en la realidad, y que encuadran en los distintos tipos penales contra la Administración Pública, generándose, por tanto, impunidad y que el funcionario o servidor público continúe ejecutando conductas antijurídicas en el ejercicio de sus funciones.

No obstante, hemos demostrado en la presente investigación, que nuestros legisladores no han realizado una correcta valoración en lo que respecta a los hechos, problemas y posibles consecuencias que se presentan o que se pueden llegar a presentar cuando se comete un delito contra la Administración Pública, pues la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los Derechos Humanos en su

integridad, al derecho al desarrollo; debilitando y repercutiendo negativamente en la gobernabilidad y en las instituciones públicas, generando impunidad y desigualdad en un Estado Democrático y social del derecho, en su desarrollo histórico.

Lo cual, genera un impacto de gran magnitud en el respectivo goce y ejercicio de los Derechos Humanos de personas en situación de pobreza, mujeres, pueblos indígenas, migrantes y personas privadas de libertad, afectando el correcto desempeño de las instituciones administrativas o judiciales. Sumándose la deficiente transparencia de la Gestión Pública, que facilita la corrupción e impide el control de la ciudadanía sobre asuntos públicos.

Así, podemos advertir que la tendencia legislativa en nuestro país, es establecer mecanismos como parte de la prevención general, para coadyuvar a esta lucha frontal contra la corrupción, y que si bien, conforme hemos podido apreciar se ha ido ampliando e incluyendo a los delitos contra la administración pública dentro del Artículo 57 del Código Penal, para efectos de limitar la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena; ello ha procedido solo para ciertos delitos, desconociéndose y dejándose de lado a otros delitos de esta tipología que también tienen bastante incidencia en nuestro país, y, que del mismo modo, deslegitiman a nuestro Estado y siguen acrecentando la desconfianza de la sociedad en sus instituciones. Por ello, la presente propuesta tiene como objeto que la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena, se aplique también a otros delitos contra la Administración Pública, de alta incidencia delictiva y que tienen una

prognosis de penal muy similar a los delitos ya incluidos, y que por ende generan un considerable reproche pena; con lo cual se evitará que estas conductas queden impunes.

#### **4.2. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO**

Con la presente propuesta modificatoria, lo que se busca, en primer lugar, es evitar un tratamiento legal diferenciado y discriminador respecto de la aplicación del instituto jurídico penal “suspensión de la ejecución de la pena” (regulado en el artículo 57 del Código Penal) en los delitos contra la Administración Pública, como se ha venido presentando hasta nuestros días, al inaplicarse a los agentes estatales condenados por cualquiera de los ilícitos dolosos previstos, además de los artículos 384 y 387 del Código Penal, a los delitos previstos en el segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal (malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito), pero dejándose de lado otros delitos importantes incluidos también dentro de esta clase de ilícitos penales; tales como los delitos de concusión, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, cohecho activo en el ámbito de la función policial, tráfico de influencias; en los cuales de presentarse los requisitos establecidos en el artículo 57 del Código Penal, no habría límite para que el juzgador pueda disponer

la suspensión de la condena para funcionarios y servidores públicos, es decir, no cumplirían su condena en una cárcel, sino en libertad, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de comportamiento; lo cual resulta seriamente preocupante, pues no entendemos el porqué de esta diferenciación.

En segundo lugar, dicha modificatoria permitiría un Tratamiento Normativo Homogéneo, en la forma de imposición de la pena por razones de política criminal, cuanto y más si vivimos en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en donde los derechos y deberes de los ciudadanos deben ser reconocidos y exigidos de forma igualitaria para todos.

En tercer lugar, se lograría una Observancia del Fin Político-Criminal en los Delitos contra la Administración Pública, pues lo que el Estado busca con su regulación es garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, bien jurídico tutelado; pero además garantizar la plena confianza que la sociedad debe tener en el aparato estatal y sus funcionarios, que indudablemente se ve defraudada con la conducta del funcionario contrario a derecho.

En cuarto lugar, se lograría la observancia de la teoría de la prevención general como fundamento para el establecimiento de penas en los delitos contra la administración pública, pues la suspensión de la ejecución de la pena no es un beneficio penitenciario, sino un análisis de

necesidad y merecimiento de la pena del sujeto que ha delinquido por razones de política criminal; análisis que lo realizará el juez en base a una valoración individual y motivada, mediante la cual determinará si para el caso en concreto, el sujeto necesita o merece una pena privativa de la libertad efectiva; tomando como base los presupuestos establecidos en el artículo 57 del Código Penal.

En quinto lugar, solidificar la lucha contra la corrupción como un interés constitucionalmente protegido y como lineamiento de Estado, pues debido al aumento considerable de ilícitos contra la Administración pública, la corrupción es considerada como el segundo problema más latente que aqueja a la sociedad peruana, y, que por ende, se constituye en un objetivo estatal; no obstante, parece ser que nuestros legisladores han inobservado dicha finalidad, haciendo una discriminación en la forma de imposición y ejecución de las penas para los delitos en estudio, estableciendo rigurosidades únicamente para algunos delitos, sin que existe justificación jurídica alguna.

En sexto lugar, evitar la vulneración del principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración estatal, pues nuestros legisladores han inobservado ello, haciendo una discriminación en la forma de imposición y ejecución de las penas para los delitos en estudio, estableciendo rigurosidades únicamente para algunos delitos, sin que existe justificación jurídica alguna.

#### 4.3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta de modificación propone regular de manera más idónea la inaplicación del instituto jurídico penal “suspensión de la ejecución de la pena” (regulado en el artículo 57 del Código Penal) al momento de establecerla como una medida para la efectivización de la pena impuesta a los delitos contra la Administración Pública.

##### 4.3.1. PROPUESTA PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL	SE PROPONE REGULAR DE LA SIGUIENTE MANERA
<p><b>Artículo 57.- Requisitos</b>            “El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.</li> <li>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.</li> <li>3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.</li> </ol> <p>El plazo de suspensión es de uno a tres años.</p> <p><i>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, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122.”</i></p>	<p><b>Artículo 57.- Requisitos</b>            “El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.</li> <li>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.</li> <li>3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.</li> </ol> <p>El plazo de suspensión es de uno a tres años.</p> <p><b>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 382, 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 393, 393-A, 394, 395, 395-A, 395-B, 396, 397, 397-A, 398, 398-A, 399, 400 y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122.”</b></p>

## CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que las razones jurídicas para justificar la extensión de la prohibición de la Suspensión de la Ejecución de la Pena a otros delitos contra la Administración Pública son:
  - a) La necesidad de la existencia de un tratamiento homogéneo en la forma de imposición de la pena.
  - b) La observancia del fin político-criminal en los Delitos contra la Administración Pública.
  - c) La necesidad de acoger a la Teoría de Prevención General, dentro de los fines de la pena, en esta clase de delitos como política criminal para su homogeneidad normativa;
  - d) La lucha contra la corrupción como interés constitucionalmente protegido y como política de Estado.
  - e) La no transgresión del Principio de No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública.
  
2. La modificatorias del artículo 57 del Código Penal, sobre la no procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena para algunos delitos contra la Administración Pública; ha generado una discriminación normativa inmotivada, dejándose de lado otros delitos, tan importantes, que incluso traen consigo mayor reproche penal.
  
3. Se ha logrado establecer que con las modificaciones del artículo 57 del Código Penal, se deja de lado la observancia del fin político criminal de este tipo de delitos, como es, el garantizar el correcto funcionamiento de la

Administración Pública y la plena confianza que la sociedad tiene en el aparato estatal y sus funcionarios o servidores públicos.

4. Se ha podido determinar que la justificación de la inaplicación de la suspensión de la pena a los demás Delitos contra la Administración Pública se debe a un análisis de necesidad y merecimiento de la pena del sujeto que ha delinquido por razones de política criminal.
5. Se ha podido establecer, que al no hacerse extensiva la modificación del artículo 57 del Código Penal a otros Delitos contra la Administración Pública; se lesiona el interés constitucionalmente protegido, así como la política de Estado, consistente en la lucha contra la corrupción.
6. Se ha logrado corroborar en la presente tesis, que de mantenerse la no efectividad de la pena privativa de libertad a los funcionarios y/o servidores públicos que cometen Delitos contra la Administración Pública, no comprendidos en el artículo 57 del Código Penal; el *ius puniendi* estatal no guardaría coherencia con los fines constitucionales del mismo, así como con la razón de ser como Estado Constitucional de Derecho.

## RECOMENDACIÓN ÚNICA

Recomendar a nuestros legisladores la modificación del artículo 57 del Código Penal, en el sentido de que la prohibición de la aplicación de la Suspensión de la Ejecución de la Pena, sea extensible también a los siguientes delitos regulados en el Código Penal: delitos de concusión (art. 382), cohecho pasivo propio (art. 393), soborno internacional pasivo (art. 393-A), cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398), cohecho activo en el ámbito de la función policial (398-A), tráfico de influencias (art. 400), que conforme se puede apreciar de su propia redacción del tipo penal, oscilan con penas mínimas promedio no menor de 04 años de pena privativa de libertad, y que incluso pueden tener penas máximas de 08 años de pena privativa de libertad, esto en su tipo base, pues de existir agravantes, la pena privativa de libertad es mucho mayor; al igual que los 07 delitos contra la Administración Pública ya incluidos en el artículo 57 del Código Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.

ALZAMORA VALDEZ, M. (1976). *Filosofía del Derecho*. Lima: Minerva.

ANGELES CABALLERO, C. (1992). *La Tesis Universitaria en Derecho: investigación jurídica, selección, notas e introducción*. Lima: San Marcos.

ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. (1998). *Código Penal* (Vol. Tomo VII). Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

ASENCIO, H. (2013). *Vulneración de la manifestación de la voluntad en la emisión de letras de cambio incompletas*. (Tesis para obtener el grado de maestro, Universidad Nacional de Cajamarca). Repositorio académico de la Universidad Nacional de Cajamarca. <https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14074/2022/TESIS%20MAESTRIA%20ASENCIO%20DIAZ%20HUBERT.pdf?sequence=1>

BACIGALUPO, E. (2004). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: ARA.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

BOBBIO, N. y. (1992). *Sociedad y estado en la filosofía política moderna: el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. México DF: FCE.

BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS TORRES. (1995). *Código Penal anotado*. Lima: San Marcos.

CABANELLAS, G. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vol. V). Buenos Aires: Heliasta.

CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer; GARCÍA NAVARRO, Edward; PAREDES CHÁVEZ, Nilo; PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; PRADO SALDARRIAGA, Víctor; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; ROJAS VARGAS, Fidel & VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Shikara. (2014). *La imputación del delito y de la pena en los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro.

CARO JOHN, J. A. (2003). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CATALÁN SENDER, J. (1999). *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*. Barcelona: Bayer Hnos.

CHIRINOS SOTO, Enrique & CHIRINOS SOTO, Francisco. (1994). *Constitución de 1993, Lectura y comentario*. Lima: NERMAN.

CORNEJO, Á. G. (1938). *Derecho Penal especial*. Lima: Librería Peruana.

CREUS, C. (1999). *Derecho Penal parte especial*. Editorial Astrea, Argentina.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1991). *La autoría en el Derecho Penal*. Barcelona: PPU Editorial.

DONNA, E. A. (2002). El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 262.

ESPINOZA SALDAÑA BARRERA, E. (2001) *Derechos Fundamentales y proceso justo*. Lima: ARA.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1995). *Derecho y Persona*. Trujillo: Normas Legales.

FERREIRA DELGADO, F. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Temis.

FONTAN BALESTRA, C. (1985). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FRISANCHO APARICIO, M. (2011). *Delitos contra la Administración Pública* (Cuarta ed.). Lima: Editora FECAT.

GÁLVEZ VILLEGAS, T. (2001). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa.

GARCIA CAVERO, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Lima: Grijley.

GARCÍA MARTÍN, L. (1986). *El actuar en lugar de otro*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

GARCIA MAYNEZ, E. (1997). *Filosofía del Derecho*. Mexico DF: Porrúa.

GUTIERREZ POLO, C. & AMAYA MONZÓN, W. (2019). “*Motivación del extremo sobre reparación civil en Sentencias condenatorias por Delitos de Peligro*”. (Tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad Nacional de Trujillo). Repositorio académico UNT. <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/13038>.

HURTADO POZO, J. (2005). *Manual de Derecho Penal - Parte General I*. Lima: Grijley.

KELSEN, H. (2003). *Teoría Pura del Derecho: Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Buenos Aires: Losada S.A.

LAMAS PUCIO, L. (1996). *Derecho Penal Económico*. Librería y ediciones jurídicas.

MANZINI, V. (1961). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. 8). Buenos Aires: Ediar.

MARCA ROMERO, E. (2012). *La Participación en los Delitos de Infracción de deber: ¿Impunidad del extraneus?* *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 85-105.

MIR PUIG, S. (2002). *Derecho Penal. Parte General. Sexta Edición*. Barcelona: Editorial Reppertor.

MOLINA ARRUBLA, C. M. (2000). *Delitos contra la Administración Pública*. Santa Fe de Bogotá: LEYER.

MONTES FLORES, E. (Setiembre de 2009). Análisis del Delito de Peculado por Apropiación. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(3), 141-149.

MONTOYA VIVANCO, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Columbus S.R.L.

MUÑOZ CONDE, F. (1996). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant to blanch.

ORE SOSA, E. A. (2011). La Ley N° 29703 y la reforma de algunos delitos contra la Administración Pública. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(24), 13-27.

PARIONA ARANA, R. (Enero de 2011). La Teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 19.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2010). Comentarios a la Ley N° 29703: Una expresión del Clientelismo del Derecho Penal. *Gaceta Penal y Procesal Penal. Especial: Recientes Modificaciones a los Delitos Contra la Administración Pública*.

POLAINO NAVARRETE, M. L. (2004). *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*. Lima: Grijley.

QUINTERO OLIVARES, G. (1996). *Curso de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: CEDECS.

REAÑO PESCHIERA, J. L. (2004). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista .

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2009). *Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: Jurista Editores.

RECASENS SICHES, L. (1977). *Introducción al Estudio del Derecho*. México DF: Porrúa.

ROCA AGAPITO, L. (1999). *El Delito de Malversación de Caudales Públicos*. Barcelona, España: Bosch.

RODAS VERA, C. (Noviembre de 2009). Consideraciones en torno al Delito de Peculado. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(5), 177-184.

ROJAS VARGAS, F. (1999). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.

ROJAS VARGAS, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública* (Tercera ed.). Lima: Editorial Grijley.

SALAZAR SÁNCHEZ, N. (2004). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: JURISTA EDITORES.

SALINAS SICCHA, R. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: IUSTITIA-GRIJLEY.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLE, J. (2002). Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid: Tirant to Blanch.

STAMMLER, R. (1930). Tratado de Filosofía del Derecho. Madrid: Reus.

TRELLES, S.-V. G. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Barcelona.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2009). *Derecho Penal- Parte General*. Lima: Grijley.

ZARAZO OVIEDO, L. A. (1996). *El enriquecimiento ilícito*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.