



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TESIS

**"LA ELIMINACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE
LA PENA PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR
FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS EN LAS
SECCIONES II, III Y IV DEL CAPITULO II DEL TÍTULO
XVIII DEL CÓDIGO PENAL"**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

BACHILLER:

RICARDO DANIEL CRUZ CISNEROS

ASESOR

DR. TEOFILO RAMÓN ROJAS QUISPE

CHICLAYO

Diciembre 2019

"LA ELIMINACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE LA PENA PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS EN LAS SECCIONES II, III y IV DEL CAPITULO II DEL TÍTULO XVIII DEL CÓDIGO PENAL "

Tesis presentada por el Bachiller Sr. Cruz Cisneros Ricardo Daniel, a la facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Ricardo Daniel Cruz Cisneros
Bachiller

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe
Asesor.

Aprobado por:

Mg. Lito Becerra Angulo
Presidente

Dra. Flor Elizabeth Obregón Vara
Secretario

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico
Vocal

DEDICATORIA

A Dios por brindarme la gran dicha de permanecer con mi familia; quienes son mis primeros instructores e inculcarme valores para mi desarrollo y enseñarme que con humildad y perseverancia podemos lograr nuestros proyectos

En especial a mis padres por ser mi soporte y mayor motivo para culminar mi carrera profesional.

AGRADECIMIENTO

A ésta prestigiosa Universidad Particular de Chiclayo, Facultad de Derecho, por contar con catedráticos de mucho prestigio que ayudan a la formación estudiantil, compartiendo sus experiencias profesionales con sus alumnos.

INDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
INDICE.....	v
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
1.- INTRODUCCION.....	x
1.1.- Planteamiento del problema.	14
1.2.- Formulación del problema.	20
1.3.- Hipótesis.....	22
1.4.- Objetivos.	22
2.- MARCO TEÓRICO	24
2.1. Antecedentes.....	24
2.2.- Bases Teóricas.....	26
SUB CAPITULO II: LA PENA EN EL DERECHO PENAL PERUANO	26
2.2.1.- Introducción.	26
2.2.2.- Las teorías absolutas.....	29
2.2.2.1.- Las teorías relativas (de la prevención).....	32
a.- La Prevención General	32
b.- La Prevención Especial	34
c.- Las Teorías Mixtas (de la unión).....	36
2.2.3.- La pena en el código penal peruano	38
2.2.3.1.- Concepción crítica de la pena.....	38
2.2.4.- La clase de pena	41
2.2.4.1.- La pena privativa de libertad.....	42
2.2.4.2.- Las penas restrictivas de libertad.	43
2.2.4.3.- Las penas limitativas de derechos.	44

2.2.4.4.- La pena de multa.	45
SUB CAPUTULO III: SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	46
2.3.1.- Denominación	46
2.3.2.- Carácter Jurídico (p. 236).....	48
3.3.3.- Finalidad.....	51
3.3.4.- Condiciones para su concesión.	52
a) Respecto a la pena	52
b) Pronóstico favorable.....	56
SUB CAPITULO IV: ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, RESPONSABILIDAD DE SUS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES.....	60
2.4.1.- Definición.....	60
2.4.1.1.- Objetivamente:	61
2.4.1.2.-Subjetivamente:.....	62
2.4.2.- Funciones del estado y la función administrativa.	63
2.4.2.1.- La función gubernativa o política.....	63
a) Aspecto sustancial:	63
b) Aspecto orgánico:.....	64
2.4.2.2.- La función administrativa de los órganos legislativos, judicial y de los entes no estatales.	64
2.4.2.3.- La función administrativa en el órgano legislativo.	65
2.4.2.4.- La función administrativa en el organo judicial.....	66
2.4.2.5.- La función administrativa de entes no estatales.	67
2.4.2.5.1.- El Ordenamiento Jurídico Administrativo.	68
a.- La función de predisposición normativa.	69
b.- La función normativa en la vía administrativa:.....	70
2.4.3.- La administración pública y el estado de derecho.....	70
2.4.4.- Bien jurídico protegido en el título xviii del código penal.....	72

2.4.4.1.- Antecedentes	73
2.4.4.2.- Desarrollo teórico-conceptual	75
2.4.5.-Responsabilidades de los trabajadores en la administración pública.....	78
2.4.5.1.- Los Funcionarios y Servidores Públicos.	78
2.4.6.-Responsabilidades en materia Administrativa, Civil y Penal.	80
2.4.6.1.- Definición de Responsabilidad.....	80
A.- La Responsabilidad Funcional Del Servidor Público.....	80
B.- Responsabilidad Administrativa.....	82
C.- Responsabilidad Civil.....	83
D.- Responsabilidad Penal.....	83
2.4.7.- El concepto de funcionario público.....	85
2.4.8.- Concepto de funcionario público en el derecho penal, conforme la reforma normativa al artículo 425°, vía la ley N.º 30124.	92
3.- METODOLOGÍA.	99
3.1.- Método empleado.....	99
Método analítico.	99
Método descriptivo y explicativo.	99
Método de síntesis.	99
3.2.- Variables.....	99
3.3.- Técnicas y recopilación de datos.....	100
Fichaje.	100
Recopilación de datos.....	100
Recopilación de leyes.	100
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	102
BIBLIOGRAFIA	104
ANEXOS	107

RESUMEN

El presente trabajo de investigación pretende efectuar un estudio de este complejo fenómeno que en los últimos tiempos ha perjudicado a nuestra sociedad, sobre todo por el hecho de haber afectado a las más altas esferas de nuestra clase política. Asimismo es menester señalar que si bien se está acostumbrado a efectuar un estudio de la corrupción desde una perspectiva estrictamente legal o exegética, en esta oportunidad hemos limitado dicha labor intelectual, profundizando en el ámbito político y sus efectos en las más diversas áreas de nuestra sociedad, como son lo social y económico, todo ello con el único propósito de destacar la importancia de una adecuada regulación normativa de dicho fenómeno por parte de nuestro derecho.

Los tres poderes del Estado se unieron para blindar a los funcionarios públicos que incurran en actos de corrupción al haber propuesto, aprobado y promulgado leyes que sancionan penalmente solo cuando se haya producido un daño económico contra el Estado y elimina la inhabilitación para ejercer cargos públicos a acusados de enriquecimiento ilícito.

ABSTRACT

The present research work intends to carry out a study of this complex phenomenon that in recent times has harmed our society, especially due to the fact that it has affected the highest spheres of our political class. It is also necessary to point out that although we are accustomed to conducting a study of corruption from a strictly legal or exegetical perspective, this time we have limited this intellectual work, deepening the political sphere and its effects in the most diverse areas of our society , as are the social and economic, all with the sole purpose of highlighting the importance of adequate regulatory regulation of this phenomenon by our law.

The three powers of the State joined together to shield public officials who incur acts of corruption by having proposed, passed and enacted laws that penalize criminally only when there has been economic damage against the State and eliminates the disqualification to hold public office. accused of illicit enrichment.

1.- INTRODUCCION

La Corrupción es tan antigua como el gobierno mismo y concomitantemente no hay sociedades ajenas a ella, no importa su nivel de desarrollo. La Corrupción puede ser vista como una práctica social que implica transacción entre quien corrompe -corruptor- y quien se deja corromper -corrupto- Lo que implica generar una "solidaridad" entre quienes entablan dicha relación o quienes están involucrados en este tipo de fenómeno que importa concomitantemente, encubrimientos, políticas de silencio, falta de pruebas tangibles, etc., que tornan muchas veces difícil la lucha contra este flagelo social.

Simultáneamente debe subrayarse que el denominado "Control de Políticas Públicas" como instrumento de combate a la corrupción, abarca infinidad de temáticas tales como: los procesos de reforma del Estado; el estudio de las políticas públicas; el análisis de la corrupción como fenómeno social, político y cultural; la ética y las políticas públicas; los mecanismos de control y la debida transparencia; el papel del parlamento y el Poder Judicial; la responsabilidad política, jurídica y ética; los medios de comunicación; el rol de las organizaciones no gubernamentales; y de la educación y participación social; entre otros.

El impacto que tiene este fenómeno en su manifestación contemporánea, llama a la reflexión sobre lo que se ha denominado como "Cultura de la Corrupción" abarcativa de los Actos de Corrupción -solución "perversa" de un conflicto de interés, ya sea en el ámbito privado como en el público- hasta el llamado "Estado de Corrupción", es decir cuando la habitualidad o regularidad de los primeros se convierte en sistema.

Realidad Problemática.

El Perú se ubica entre los países en donde se perciben mayores problemas de corrupción, según el estudio índice de Percepciones de Corrupción de Transparencia Internacional.

El Perú se ubica en el puesto 96 de un total de 180 países. De esta manera, se encuentra por debajo de la mitad del ránking general, siendo uno en el que se perciben mayores problemas de corrupción.

Si se compara esta cifra con la de los 35 países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Perú ocupó en el año 2017 el puesto 24, con 37 puntos sobre 100. Por contraste, Canadá obtiene la mejor ubicación (82 puntos de 100), siendo considerado el país con menor percepción de corrupción.

PERÚ: INDICE DE PERCEPCIÓN DE “CORRUPCIÓN 2012-2017”

Año	IPC	Puesto General
2012	38	83
2013	38	83
2014	38	85
2015	36	88
2016	35	101
2017	37	96

(CPI. 2017).

Después de Lima, las regiones con mayor número de servidores públicos procesados por cometer actos ilícitos son Áncash, Junín y Cusco. Si bien la atención pública nacional está centrada en los casos de corrupción que giran alrededor de la constructora brasileña Odebrecht, el escenario no deja de ser sombrío en las distintas regiones del país en vísperas de un proceso para la elección de nuevas autoridades en las instancias de gobierno subnacional. En una reciente sistematización, el Poder Judicial dio cuenta de un total de 27 mil 20 funcionarios procesados por corrupción a nivel nacional. De esta cifra, 6 mil 731 corresponden a Lima y 20 mil 289 están repartidos en las regiones.

A mediados del 2017, la Defensoría del Pueblo publicó el "Reporte de la Corrupción en el Perú". Allí hizo propuestas de políticas que aún no han sido tomadas en cuenta, como la reglamentación de los criterios para la elección de los altos funcionarios del Estado.

La entidad defensorial también presentó ante el Congreso un proyecto de ley que promueve la transparencia en los proyectos ejecutados mediante asociaciones público-privadas (APP).

Durante el año 2016, hasta el tercer trimestre de 2017, las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios consiguieron que se condene a más de mil funcionarios de todo el país por delitos contra la administración pública.

En este mismo tiempo, el Ministerio Público consiguió que se declaren fundados 116 pedidos de prisión preventiva contra funcionarios, en el marco de investigaciones por presunta malversación de recursos del Estado. Se ha logrado condenar en los dos últimos años 1170 funcionarios.

Actualmente, el sistema de fiscalías anticorrupción se amplió a cada distrito fiscal y fiscalías supra-provinciales con competencia a nivel nacional.

Las fiscalías anticorrupción han permitido la recuperación de más de un millón de dólares desviados ilegalmente al exterior, a través de procesos de pérdida de dominio internacional vinculados al caso Montesinos y otros que se encuentran en trámite.

Entre los casos emblemáticos están los vinculados a autoridades regionales y locales, entre los que destacan las sentencias obtenidas contra los gobernadores regionales de Pasco y Tumbes, Klever Meléndez y Gerardo Viñas, respectivamente.

Asimismo, contra el ex alcalde de San Juan de Lurigancho, Carlos Burgos. De otro lado, destacan los avances en las investigaciones contra el gobernador regional de Cusco, Jorge Acurio Tito; y sus homólogos de Áncash, César Álvarez; del Callao, Félix Moreno; y de Cajamarca, Gregorio Santos.

Asimismo, entre los años 2014 a 2017 se registraron 5,383 casos de corrupción en funcionarios públicos. Además, el departamento de Áncash es el que presenta mayor número de investigados (2,578), seguido por Lima (2,369) y Junín (1,634).

Así lo dio a conocer el estudio del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (SEDCF) del Poder Judicial difundido por Gestión. El análisis reveló también que Lima es la región con más procesos en marcha, 547 en total. Le siguen Áncash con 457, Junín (372), Cusco (292) y La Libertad (241).

A través del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, se indica la existencia de bastantes casos sobre temas de contrataciones públicas. Los delitos más frecuentes son peculado, colusión y negociación incompatible”. También se indicó que la mayoría de los casos están vinculados a gobernadores regionales, alcaldes, policías, trabajadores de la UGEL, entre otros.

Además, se ha señalado al diario El Comercio que “las cosas, en lugar de mejorar, han empeorado”. Al ser consultada sobre si las revelaciones de corrupción del caso Lava Jato podrían ser mayores a las que había en la década de 1990, dijo que la primera “ha sido una política corrupta no solo en el Perú, sino lamentablemente en diversos países”. (rpp, 2018)

1.1.- Planteamiento del problema.

El principal problema se genera, a raíz de la propuesta legal por la Contraloría General de la República, mediante proyecto de ley N° 2529/2013-CG, el cual proponía que se agregue un párrafo final al artículo 57° del Código Penal.

Con el Proyecto de Ley 2529/2013-CGR se propone prohibir la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 57° del Código Penal a los funcionarios o servidores públicos que incurran en los delitos previstos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

En lo que respecta a la aplicación del referido dispositivo legal, la Contraloría General de la República ha informado sobre una alarmante estadística en las que se ha suspendido la ejecución de la pena privativa de libertad en el período 2009-2013 a favor de funcionarios o servidores públicos condenados por delitos contra la administración pública como se muestra a continuación:

Se tiene informe de estadístico de la Contraloría de la República que en el año 2013:

De 272 funcionarios sentenciados por delitos de colusión, negociación incompatible y peculado doloso **sólo 10 de ellos han sido condenados con pena privativa de libertad efectiva.**

Al respecto, la Contraloría ha indicado que: “la situación antes descrita genera en la sociedad una sensación de impunidad e indefensión. La población ve con enorme indignación la forma en que se desatienden sus necesidades y se retrasan sus expectativas de desarrollo mientras que los funcionarios corruptos van incrementando su patrimonio de origen ilícito ante la inacción de las autoridades; lo que ciertamente deslegitima el imperio de la Ley y el Estado de Derecho”.

Esa realidad es incongruente con las numerosas acciones que hasta el momento vienen siendo impulsadas por el Estado peruano en su conjunto contra la corrupción que, además, puede hacer presumir razonablemente que se viene realizando en otros procesos en los que la procuraduría pública de la Contraloría General de la República no haya participado. De ahí que se justifique una reforma legislativa en los términos propuestos por la Contraloría General de la República mediante la cual se impida que tanto jueces y tribunales apliquen la suspensión de la ejecución de la pena para los funcionarios o servidores públicos condenados por los delitos previstos en las Secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

La presente problemática se podría ajustar a las limitaciones de los jueces y tribunales, no son ajenos a nuestro ordenamiento jurídico, como es por ejemplo el caso del principio de oportunidad, el cual es inaplicable a los funcionarios públicos que hubieran incurrido en delito en ejercicio de su cargo.

En los casos que se viene registrando en la Provincia de Chiclayo, por delitos cometidos por funcionarios de la Municipalidad de Chiclayo, se tiene en cuenta el expediente 5462-2015. Teniendo como acusada a la ex funcionaria IRIS MARITZA ARCE REYES, por el delito de PECULADO DOLOSO, bajo lo que establece el artículo 387 del Código Penal, primer párrafo; que establece:

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de cuatro ni mayor de ocho años**; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

Que, en el desarrollo de la investigación, la Fiscalía, en el punto VIII.

Respecto a la cuantía de la pena que se solicita: pena conmina y pena concreta.

*Solicita se imponga **04 años de pena privativa de libertad**.*

Artículo 36. Inhabilitación

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

Igual tiempo que la pena principal, esto es durante CUATRO AÑOS, como indica el último párrafo del artículo 39° Código Penal.

En audiencia de juicio oral, el ministerio público demuestra la culpabilidad de la acusada, por lo que, la Juez **RESUELVE: CONDENAR A IRIS MARITZA ARCE**

REYES, en calidad de **AUTOR** del DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA en su figura de **PECULADO DOLOSO**, por apropiación, previsto en el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal, bajo el alcance de la Ley N° 30111. Se le impone **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, suspendida condicionalmente en su ejecución por el periodo de prueba de tres años. (Anexo 01)**

Lo que se considera es que la política criminal a imponer para los servidores y funcionarios públicos es que las penas que se deban aplicar no permitan que se de imponerse en pena **suspendida condicionalmente en su ejecución por el periodo de prueba.**

La existencia de una sobre población penal en el Centro Penitenciario de Chiclayo, nos hace hacer una revisión de las estadísticas poblacionales registradas por delitos cometidos, y obtenemos como datos que en los delitos contra la administración pública sólo existen 52 internos; de los cuales son 05 por delito de concusión, 16 por el delito de corrupción de funcionarios, y 11 por el delito de peculado. (Anexo 02).

Así mismo la problemática que se viene suscitando es la comisión del delito de colusión simple, siendo uno de estos delitos de mayor incidencia.

(Artículo 384° Código Penal) la dice:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, **será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años**; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Artículo 382. Concusión.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con **pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años**; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Artículo 383. Cobro indebido.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, **será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación**, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

Artículo 388. Peculado de uso.- El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, **será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años**; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Lo que podemos observar es que ante la incidencia de los delitos contra la administración pública, cometidos por servidores y funcionarios públicos que se aprovechan de los activos del Estado para favorecerse personalmente, por tanto es necesario ser severos y drásticos para sancionar a los malos funcionarios, esto mediante política criminal para los delitos contra la administración pública.

El Derecho Penal como disciplina encargada de la interpretación y sistematización de los preceptos penales y de los conceptos y principios derivados; y la Política Criminal

como conjunto de técnicas y estrategias elaboradas y destinadas por los poderes públicos para hacer frente al fenómeno criminal. Esta utilizaría todos los medios que estuviesen a su alcance para combatir la criminalidad, pero encontraría su límite en el conjunto de garantías del ciudadano que postularía el Derecho Penal.

Se tiene el **EXPEDIENTE 06941-2014**.- por delito de Cohecho Activo Genérico, que tiene como imputado a WALTER ABEL MALASQUEZ MENDOZA.

Hechos ocurridos el día 14 de setiembre del año 2014, por haber entregado al efectivo policial Artemio Barrantes Arellano, la suma de 15 soles con la finalidad de que el mencionado efectivo policial permita descargar su fruta en horas prohibidas por la Ley. Los hechos expuestos se encuadran en el delito de cohecho activo genérico, prescrito en el artículo 397° primer párrafo del Código Penal. Esto aceptado en audiencia de conclusión anticipada. Por tanto el juzgador FALLA, imponiendo una pena privativa de libertad de **TRES AÑOS, 05 MESES Y 04 DÍAS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN POR EL PERIODO DE PRUEBA DE TRES AÑOS.**

- **EXPEDIENTE 04860-2015**, por el delito de TRAFICO DE INFLUENCIAS, se le atribuye a DANY MARGOT DÍAZ VILLALOBOS ser cómplice primario del delito de Tráfico de influencias (influencia simulada)], por cuanto ésta le entregó la suma de cuatro mil quinientos nuevos soles en dos armadas a la persona de Ylmar Exon Romero rojas, para la realización de un cambio de lugar de trabajo a su enamorado Hans Cristian Torres Ramírez, quien se desempeñaba como policía en la ciudad de Moyobamba. Y el cambio era para la ciudad de Chiclayo, siendo que la persona de Ylmar Exon romero rojas, alegaba influencias con un superior que se encargaría del Proceso administrativo.

Por la cual su conducta desplegada constituye los supuestos típicos del delito de Tráfico de Influencias, en calidad de cómplice primario.

Mediante conclusión anticipada se le impone una pena privativa de **TRES AÑOS, CINCO MESES Y CUATRO DÍAS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN.**

1.2.- Formulación del problema.

¿Es necesario mediante una política criminal la eliminación de la suspensión de ejecución de la pena para los delitos cometidos por funcionarios públicos y servidores públicos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal?

Justificación e importancia del problema.

La presente investigación surge del debate dogmático y jurisprudencial, no sólo en el ordenamiento jurídico nacional, sino también en el ámbito, internacional, toda vez que, varios doctrinarios y los propios funcionarios de la Contraloría General de la República han realizado una investigación respecto a los recursos y fondos del estado, por lo que, bajo esa vigilancia se ha generado denuncias contra varios funcionarios y servidores públicos de diferentes instituciones públicas de nuestro país. Por ello, el propósito de este trabajo es brindar una perspectiva política de futuro obedeciendo a una relevancia social y jurídica.

SOCIAL: En la actualidad tiene una significativa importancia dentro del ordenamiento jurídico peruano, toda vez que se encuentran incorporados en nuestro Código Penal, por lo que amerita que el Estado incorpore el Proyecto de Ley propuesta por la Contraloría General de la República.

ECONÓMICA: Para seguir con el lineamiento que nosotros planteamos, su justificación económica tiene como objeto determinar seguridad jurídica a la población

en general, a través de boletines que determinen la justificación no política para llegar al gobierno, sino a través de una propuesta legislativa responsable y una política criminal exhaustiva, del conocimiento de esta figura jurídica.

ACADÉMICA: La justificación académica beneficiará de manera directa a los operadores del derecho en general, dado la importancia, la presente investigación resulta útil y pertinente para la formación académica y profesional de todo abogado, toda vez que, se orienta a servir como base a otros estudios, y a despertar el interés en la comunidad jurídica para profundizar o ampliar la naturaleza jurídica de la suspensión de ejecución de la pena, así como también de los diferentes delitos de corrupción de funcionarios.

INSTITUCIONAL: Obedece básicamente cómo se debe organizar las diferentes instituciones jurídicas a nivel nacional, para profundizar el tema en comento, y definir así a través de una política criminal.

LEGAL: Considero necesario un marco jurídico idóneo y que las diferentes entidades públicas, y los organismos constitucionalmente autónomos, unan fuerzas, para incorporar la eliminación de la suspensión de ejecución de la pena para los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

METODOLÓGICA: Ayudará a la comunidad jurídica y a la población general, en brindar respuesta respecto a la justificación del porqué sería legítimo la incorporación de eliminación de la suspensión de ejecución de la pena para los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

PRÁCTICA: Con esta investigación se busca crear una plataforma de ayuda para resolver problemas que se generan y al mismo tiempo proponer estrategias que al aplicarse contribuirían a resolverlos.

1.3.- Hipótesis

Si, la mayoría de los delitos de corrupción de funcionarios son condenados a través de la suspensión de ejecución de la pena, el cual genera sanción de impunidad e indefensión frente a la sociedad, entonces; se requiere un proyecto de Ley a fin de incorporar pena efectiva a los funcionarios y servidores públicos que cometan cualquiera de los delitos previstos en las secciones II, III, y IV del capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

1.4.- Objetivos.

1.4.1.- General.

Analizar: La necesidad de regular la incorporación de la eliminación de la suspensión de ejecución de la pena para los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

1.4.2.- Específicos

- **EXPLICAR** los antecedentes, características, el derecho comparado respecto a la suspensión de ejecución de la pena.
- **ANALIZAR** el Proyecto de Ley 2529/2013-CGR que propone prohibir
- la aplicación de la suspensión de ejecución de la pena prevista en el artículo 57° del Código Penal a los funcionarios o servidores públicos que incurran en los delitos previstos en las secciones II, III y IV del Título XVIII del Código Penal.

- **IDENTIFICAR Y DESARROLLAR** una política criminal legislativa, para incorporar la eliminación de la suspensión de ejecución de la pena prevista en el artículo 57° del Código Penal a los funcionarios o servidores públicos que incurran en los delitos previstos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal.

2.- MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

A nivel internacional.

Tesis doctoral del Dr. Raúl B. Pariona Arana, cuyo título de la tesis es “El delito de peculado como delito de infracción de deber quien concluyen en los siguientes:

a) La noción de bien jurídico del Peculado en el Código Penal Peruano toma la conjetura dual, acorde lo enuncia Manuel Abanto Vásquez es la propiedad de la Administración Pública comprendido de manera funcionarial. Se entiende como el “correcto encargo y utilización del dominio público por parte de la Intendencia Pública de cara a servir los intereses usuales de la sociedad”.

b) El burócrata público del delito de Peculado tanto sea dolosamente como culposamente coexistirá el funcionario o asistente público, sin distinción, que apiña las tipologías de correspondencia funcional requeridas por el tipo penal, o sea, quien por el peso tenga bajo su dominio o ámbito de vigilancia (inmediata o funcional) en percepción, resguardo o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro”. (PARIONA A. R., 2012, p. 120).

c) “Se aprecia una propensión actual a discriminalizar conductas de poca nimiedad patrimonial en atención al riesgo de la afectación al dominio público gobernado, lo cual no debe involucrar con el destino de los bienes cuando se trate de programas sociales, en el cual el valor de la propiedad estatal es indiferente”. (PARIONA A. R., 2012, p. 120).

Nacional

ERICK GUIMARAY.- “SOBRE EL FINANCIAMIENTO DE PARTIDOS POLÍTICOS COMO FACTOR CRIMINOLÓGICO DE CORRUPCIÓN”. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ.

La ley N° 28094 se esfuerza en explicar que la existencia de los partidos políticos representa no solo el pluralismo democrático, sino además que se constituyen como instrumento de participación activa por parte de los ciudadanos en la vida pública de su sociedad. Siendo así, es lógico que al Estado le interese garantizar una serie de

presupuestos que permitan que los partidos políticos cumplan realmente el rol asignado o atribuido. El financiamiento de partidos políticos puede explicarse desde distintos argumentos. Parece ser que el más razonable tiene que ver con la competencia entre los contendores electorales. No porque en sí mismos lo valgan, sino porque se parte de que cada uno de ellos representa una particular ideología, postura o pensamiento, de parte de la sociedad. Y en tanto ello, asegurar mínimos de competencia igualitaria es algo que a la postre permite la participación igualitaria de las distintas posiciones políticas en la sociedad. De allí que por lo menos se cuente con una franja electoral igualitaria y con un tope de minutos contratados para las propagandas.

El riesgo prohibido del financiamiento de los militantes tiene que ver con las sumas que aportan. No porque aportar mucho sea negativo o porque indique la comisión de lavado de activos (no tiene que tratarse necesariamente de cifras exorbitantes para hablar de lavado de activos), sino porque la inversión económica en una gesta electoral no puede ser el único mecanismo de victoria. Antes bien, habrá que dar protagonismo a los proyectos, bases y propuestas políticas de gobierno sostenibles, reales y democráticas.

2.2.- Bases Teóricas.

SUB CAPITULO II: LA PENA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

2.2.1.- Introducción.

La función de la pena es la “*prevención integradora*” esto es, evitar la comisión de disfunciones (delitos), para lo que es menester la internalización de las normas. Según Jacobs la conciencia social y el ordenamiento no reaccionan sólo cognoscitivamente ante las violaciones de “*expectativas legales*”, sino normativamente, contraponiendo la pena,¹ que tiene como función constatar que la norma infringida se encuentra vigente, y lograr su estabilización; la pena ejercita al ciudadano en su fidelidad al derecho como una manifestación de prevención general positiva, pues comunica que se puede seguir confiando en la vigencia de la norma; constata que la sociedad se niega a renunciar a su propia identidad, a configurarse de manera diferente.²

El escepticismo de la teoría respecto a la resocialización obliga al reforzamiento del sistema penal.³ Si el delito lesiona los sentimientos colectivos de la comunidad (lo tenido por bueno y correcto) la pena actualiza ⁴ la vigencia de los valores violados por el criminal, refuerza la convicción colectiva en torno a la trascendencia de los mismos, fomenta y encauza los mecanismos de integración y solidaridad social frente al infractor, y devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema. Remárcase la función

¹ Baratta: “Integración-Prevención.” Ps. 536-538

² C. A. Gómez Pavajeau: “Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal” P. 202 (E. Jurídicas Gustavo Ibáñez)

³ Baratta, cit. Antonio Pablos de Molina en “Criminología, Introducción”. P. 197

⁴ Esta posición fue adoptada por Carrara, cuando sostuvo que el único objetivo de la pena es el restablecimiento del derecho violado por el delito.

principal de la pena es la estabilización social; esto es, el mantenimiento del sistema mediante la fidelidad al derecho.⁵

Actualizando la tecnología, estas ideas podrían pertenecer a don Francisco Carrara, para quien la única finalidad de la pena era el restablecimiento del derecho violado por el delito.

Según Ferrajoli, Jakobs no añade nada nuevo a la teoría de la desviación de Durkheim, quien concebía a la pena como factor de estabilización social «*destinada sobre todo a actuar sobre las personas honestas*» reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad contra los desviados. Ferrajoli califica a la teoría de Jakobs de “*ideología de legitimación apriorística tanto del Derecho Penal como de la pena*”.

Al reducir al individuo (subsistema físico-psíquico) a un ser funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social, Jakobs se alinea con los partidarios del derecho penal máximo e ilimitado, indiferente a la tutela de los derechos de la persona.⁶

Jakobs, lo que ha creado es una variante del estructural-funcionalismo de Talcott Parsons, para quien las normas –como vimos en líneas precedentes- tenía por misión estabilizar el sistema excluyendo todo cuestionamiento al mismo.

Los derechos humanos y la justicia, como los concibe Jakobs son completamente distintos de los que el mundo jurídico entiende por tales, principalmente autonomía de la personalidad respecto a otros sistemas, especialmente el político.^{7- 8} Con Jakobs la pena y de la dogmática se divorcian de los principios garantistas y de mínima intervención.

⁵ Claus Roxin: “La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”, P. 66 (Tirant lo Blanc)

⁶ “Derecho y Razón” P. 275 (Editorial Trotta)

⁷ Ramón Soriano, ibídem, P. 255,256

⁸ En el lenguaje jurídico tradicional se entiende por función las consecuencias queridas de una cosa, equiparándolas a “meta” o “misión”. En el lenguaje sociológico se entiende por función, la

Habermas la acusa de reducir problemas fundamentales de la sociedad a cuestiones prácticas o técnicas, sustrayéndolas del debate social. La califica de teoría de las sociedades capitalistas modernas; una interpretación tecnocrática de la sociedad que ofrece un programa de estabilización política y económica orientada a la solución de sus cuestiones específicas.⁹

Igual que la vieja Criminología, centra su interés en el examen del crimen convencional de las bajas clases sociales, contempla al delito donde se manifiesta y cuando se exterioriza, no cuando y donde se genera, lo que denota una inequívoca alineación conservadora tendiente a legitimar “*sistemáticamente*” el “*statu quo*”.¹⁰

Zaffaroni la declara un equivalente de la nefasta “*doctrina de la seguridad nacional*”; sus consecuencias jurídicas penales conducen al ocaso del derecho penal liberal (de garantías, de los derechos humanos) afirmando que su transferencia a América Latina implicaría un robustecimiento de la tendencia represiva del sistema punitivo y la deslegitimación del discurso jurídico penal vigente en el área.¹¹

La supuesta neutralidad de la teoría es incompatible con la amarga realidad de un derecho penal que en todos los países, incluidos los más avanzados y democráticos, padecen de graves conflictos (aborto, penalización del consumo de drogas, penas de

suma de las consecuencias objetivas de una cosa. Esta segunda acepción deberá ser empleada en el derecho penal para designar las consecuencias (accesorios) no deseados del sistema (por ejemplo las repercusiones económicas y afectivas que la pena privativa de la libertad inflige a la familia del recluso. Los términos “misión”, “fines”, o “metas”, deberían utilizarse para denominar las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema. Winfried Hassemer – Fco. Muñoz Conde: “Introducción a la criminología y al Derecho Penal”. P. 99 (Tirant lo Bland)

⁹ Carlos Alberto Elbert: “Manual Básico de Criminología”, P. 69 (EUDEBA)

¹⁰ Antonio Pablos de Molina, ídem, P. 198

¹¹ (“Hacia un realismo Penal marginal P. 60, Monte Avila Editores Latinoamericanos.)

muerte) y se aplica a los sectores mayormente marginales y desfavorecidos económicamente.¹²

Según Alfred Büllersbach, la teoría no ha sido adoptada de modo expreso en el seno de la ciencia jurídica, si bien determinadas aportaciones parecen denotar su influjo como cuando se habla de teoría del derecho como teoría de sistemas.¹³

Para el autor de este ensayo, el funcionalismo de Jakobs constituye la más palmaria e irrefutable evidencia de la veracidad de los postulados de la Nueva Criminología, principalmente que el derecho penal es un instrumento de control y dominación al servicio de las clases dominantes en cualquier latitud. Sin embargo lo que hizo Jakobs fue dotar de cierta aura científica lo que la experiencia cotidiana señalaba, que la justicia opera solo en función de quienes detectan el poder y dictan las normas que Jakobs, mediante el formidable instrumento del derecho penal depende a rajatabla. Fue notoriamente sincero mientras las hermosas y retóricas doctrinas liberales y garantistas del derecho penal neo causalista, finalista o político-criminal, sólo sirven para el lucimiento en la cátedra y en los libros de hombres brillantes y de buenas intenciones que portan algunos sin saberlo, la roca de Sísifo.

2.2.2.- Las teorías absolutas¹⁴

El fundamento de la pena ha sido un interrogante planteado a través de los años, al igual que preguntas que indagan por el cómo y el por qué se legitima su uso.

¹² Fco. Muñoz Conde – Mercedes García Arán: “Derecho Penal Parte General, 4ta edición. P. 232 Tirant le Blanch.

¹³ Arthur Kaufmann-Winfried Hassemer: “El Pensamiento Jurídico Contemporáneo”, P. 316 (EDITORIAL DEBATE)

¹⁴ Claus Roxin: “La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”, P. 66 (Tirant lo Blanc)

A lo largo de la historia han surgido diferentes concepciones tendientes a legitimar la acción punitiva estatal; entre ellas encontramos la expiación, la retribución, la prevención (tanto general como especial), las teorías de la unión y la unificadora dialéctica, entre otras.

Ni las teorías de la expiación, la retribución y la prevención lograron en forma separada dar cuenta del por qué el Estado se reservaba para sí la capacidad de castigar ciertas conductas y personas. Ante esta problemática, surge una teoría ecléctica - la de la unión- y otra que recoge los postulados de las concepciones tradicionales en diferentes estadios en que el Derecho Penal se nos da a conocer.

La teoría unificadora dialéctica se debe a Claus Roxin, jurista contemporáneo, pero esto no significa que de una u otra forma en el pasado no se haya hecho mención (por lo menos someramente) a dicha teoría. Esto es lo que se pretende hacer en esta disertación: Mostrar un Beccaria que nos legitima la pena por medio de la prevención general, de la retribución y de la prevención especial, cada una centrada en una instancia diferente, similar a como lo planteó Roxin. El verificar esta tesis no significa restarle mérito al trabajo de Roxin, quien concilió posturas que parecían contradictorias, identificó la supremacía de cada teoría en un momento determinado de la pena y propuso límites concretos y fuertes al *ius puniendi*.

Pues bien, para llevar a cabo lo propuesto es necesario realizar un análisis corto a cada una de las teorías tradicionales que han dado sentido y fin a la pena, obedeciendo, claro está, a diferentes concepciones del Estado; igualmente, descubrir lo propuesto por Roxin para superar la crisis teórica surgida de la incapacidad de legitimar y limitar la acción punitiva del Estado.

En la concepción de Kant la pena es el resultado que se impone cada vez cuando se comete un delito. Es la retribución que siempre debe accionar, y debe ser equivalente al daño causado por delito punitur quia peccatum est. En su opinión el castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social porque el hombre es fin en sí misma y no un instrumento en beneficio de la sociedad. Entonces la pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal.

Por eso, la ley penal se presenta como un imperativo categorico, una exigencia de la Justicia. Ella debe ser arriba de las consideraciones utilitarias como protección de la sociedad por otras. La pena es un fin, y no un medio para conseguir un bien, ni en la situación en que el se consiga para sociedad porque el hombre nunca puede ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.

Otro representante de las teorías absolutas es Hegel con su teoría retribucionista. Él mira la pena como la afirmación del Derecho. El delito es la negación de orden jurídico (tesis) y la pena (antítesis) es la negación del delito. En esta construcción negación de la negación, la pena se concibe como reacción, como un instrumento que restablece el orden jurídico sin tener fines utilitarios posteriores.

Se han dicho que estas teorías no atribuyen a la pena ninguna utilidad social y el resultado es que la pena no sirve para nada.

La función de la pena se funda en una exigencia intercondicionada – ya sea religiosa, moral o jurídica de Justicia. Es una Justicia absoluta, que no depende de conveniencias utilitarias.

La escuela Clásica de Derecho Penal se ha asumido estas ideas que han sido adaptados en los principios formulados en obra de Montesquieu y Cesare Beccaria.

2.2.2.1.- Las teorías relativas (de la prevención)

La falta de la utilidad social de las teorías retribucionistas ha conducido a su fracaso.

Por este razón han nacido algunas teorías donde la pena no se justificaría como una respuesta retributiva al mal cometido sino como una modalidad de prevenir delitos futuros.

Frente a las teorías absolutas, estas teorías (preventivas) reciben el nombre de teorías relativas.

Como se dijo mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

Las teorías relativas han conocido dos corrientes :

- Prevención general;
- Prevención especial.

a.- La Prevención General

Las teorías de la prevención general conciben la pena como medio de prevenir los delitos en sociedad.

El Derecho puede tener en la sociedad 2 efectos :

- Un efecto intimidatorio (la prevención general negativa);
- Un efecto integrador (la prevención general positiva).

La prevención intimidatoria concibe la sociedad como un cúmulo de delincuentes y la pena como una amenaza para los ciudadanos.

Pero el concepto moderno de prevención general ha sido introducido por Feurbach con su teoría de la coacción psicológica. Con esta teoría se trata de inhibir determinadas conductas consideradas delictivas.

La pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal.

La ejecución de la pena debe confirmar la seriedad de la amenaza legal.

Entonces la pena no corresponde siempre a el mal sufrido de la víctima. Ella es proporcional con el mal amenazado : cuanto mas grave sea el mal amenazado, mas grave sea el efecto intimidante.

Una corriente doctrinal sostiene que la prevención general no significa solo intimidación positiva del Derecho Penal, al respeto por la ley. Mientras que la prevención intimidatoria se llamo tambien prevención negativa”, el aspecto de confirmación del Derecho Penal se denomina prevención general positiva” o integradora

La prevención general positiva debe ser entendido como una forma de limitar el efecto puramente intimidatorio de la prevención general.

La teoría de la prevención general es criticable desde el punto de vista empirico porque no se ha demostrado que puede prevenir el delito por el temor que puede infundir la pena.

Tambien es criticable porque es incompatible con la dignidad de la persona. No es etico castigar una persona por lo que puedan hacer los demas, utilizarla como ejemplo para los demas.

La persona no es un medio para lograr un fin.

La persona es un fin en si misma.

b.- La Prevención Especial

A diferencia de la prevención general que usa como sujeto la colectividad, la prevención especial tiende a prevenir los delitos de una persona determinada.

Por eso, la prevención especial opera en el momento de la ejecución de la pena y no de la conminación legal como la prevención especial.

El fundamento de la pena es evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro.

Los principales tendencias en la prevención especial ha sido :

- La Escuela positiva en Italia;
- La Escuela de von Liszt en Alemania.

En Italia, la Escuela Positiva ha cambiado la imagen promovada en el sistema de Derecho Penal y Criminología porque ha puesto en el centro de la atención al delincuente. Sus principales representantes Lombroso, Ferri y Garofalo han hecho un estudio completo del delito como un hecho natural y social y han concluido que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libre arbitrio.

Porque el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, razón para que ella debe ser reemplazada con las medidas de seguridad.

En Alemania la Escuela Sociológica conducida de Franz von Liszt ha establecido que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor¹⁵.

Von Liszt en su Programa de Marburgo ha echo un programa politico-criminal:

- Para el delincuente de ocasión la pena constituye un recordatorio” que le inhiba ultteriores delitos; frente al delincuente no ocasional pero corregible debe perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecucion de la pena;
- Para el delincuente habitual incorregible la pena puede ser perpetua.

La dirección iniciada por van Liszt ha sido continuada en Italia por Filippo Gramatica que propone la substitución de Derecho Penal con la defensa social” y con linea mas moderado de Marc Ancel La défénse sociale nouvelle.

Un gran cambio en la teoria de van Liszt en los años sesenta de este siglo en Alemania en que se vivio retorno a von Liszt y cuando han apareciendo una serie de instituciones que permiten sustituir la pena en delitos pocos graves, cuando la permiten las condiciones del delincuente por ejemplo: la condena condicional, la libertad condicional, etc.

¹⁵ Claus Roxin: “La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”, P. 66 (Tirant lo Blanc)

Pero las teorías de prevención especial que parecen a una vista que han encontrado soluciones muy buenas para los delincuentes no explican tampoco el fundamento de la pena.

La prevención especial no puede justificar por sí sola el recurso a la pena:

1. En algunas situaciones la pena no sería necesaria para la prevención especial porque los delincuentes primarios y ocasionales no manifiestan peligro de volver a delinquir por ejemplo los delitos cometidos con culpa.
2. En otros casos no se puede resocializar usando la pena porque el delincuente habitual no puede a veces ser resocializado;
3. En otros casos la resocialización puede no resultar lícita por ejemplo los delincuentes por convicción políticos, terroristas, con quien no se debe intentar persuasión por la fuerza de un tratamiento porque en un Estado democrático la resocialización no debe ser obtenida contra la voluntad del delincuente.

c.- Las Teorías Mixtas (de la unión).

El resultado de la lucha entre las escuelas fue las teorías mixtas que combinan los principios de las teorías absolutas con los principios de las teorías relativas.

Para las teorías de la unión la pena debe cumplir en el mismo tiempo las exigencias de la retribución y prevención. Ella debe ser justa y útil.

Una primera dirección ha dado prioridad a las exigencias de la justicia.

La segunda dirección de las teorías mixtas es la utilidad pero a diferencia de las teorías preventivas, se busca soluciones útiles que no sean injustas.

Porque la utilidad es el fundamento de la pena solo es legítima la pena que opere preventivamente. La segunda orientación es preferible desde el punto de vista de la política social, pero en Derecho Penal solo se pueden trabajar con una serie de criterios justificantes de la pena en su trayectoria : el momento de la amenaza, el momento de la aplicación y la ejecución.

El autor alemán Roxin¹⁶ ha propuesto una concepción dialéctica” (teoría dialéctica de la unión) en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis.

En el momento de la amenaza el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos.

En el momento de la aplicación (individualización judicial) la pena no sirve para prevención general, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal, pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor.

En el momento de la ejecución, la pena sirve para resocialización del delincuente como forma de prevención especial.

Ninguna de estas teorías no explican suficientemente la utilidad y en el mismo tiempo la necesidad de la pena. En general la conclusión es que la pena es un mal necesario, pero se trata de una cuestión abierta, en que se busca soluciones para un Derecho Penal más humano.

¹⁶ Claus Roxin: “La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”, P. 66 (Tirant lo Blanc)

2.2.3.- La pena en el código penal peruano

2.2.3.1.- Concepción crítica de la pena

Una explicación crítica de la pena parte de considerar a ésta como un mal, y plantea la negación de su fundamento y la utilidad de la pena. Otras explicaciones, parten de la misma premisa, pero admiten la posibilidad de comprobar cierta eficacia de la pena. Dependiendo de si en la realidad del ejercicio del poder penal es posible demostrar la eficacia de los fines preventivos de la pena (prevención general y especial) podrá ser posible aceptar o negar políticamente la legitimidad de la pena.

BUSTOS distingue dos niveles en la pena: uno referido a lo que es la pena y el otro a la imposición de la pena. En cuanto a lo primero, considera que históricamente la pena es la autoconstatación ideológica del Estado. «En un Estado social y democrático de derecho, que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado». Agrega que existe un segundo nivel en la pena: su imposición. Esta imposición requiere de un fin, para tener sentido. «La finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de la sociedad democrática que no es otra que aumentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales. De lo que se trata es de lograr que la pena cumpla este fin. La pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales». A partir de estas afirmaciones, BUSTOS considera que el problema del delito y del sujeto responsable es un problema político, y señala la corresponsabilidad del Estado, quien al fijar el delito debe también establecer las condiciones para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto.

Para BINDER resulta inadmisibile el uso por parte del Estado de instrumentos violentos si no están orientados al logro de una unidad social. «La pena (la violencia del Estado, insistimos) sólo puede ser reacción ante un hecho producido por la acción de una persona responsable, pero ello no quiere decir que pueda consistir en una mera reacción ante ese hecho». Por otro lado, tampoco se debe entender que «el cumplimiento de esas finalidades implica dotar de un fundamento de la pena. Ello no es un problema de la dogmática penal. La dogmática penal se enfrenta a la pena como un *factum* al cual debe limitar: uno de los límites que le impone es que cumpla con alguna utilidad, pero con ello no le otorga ningún fundamento (será el análisis político-criminal quien se preocupe por dotar de orientaciones a la política criminal acerca de cómo y porqué usar los instrumentos violentos)». La dogmática penal se encargará de identificar cuál es el tipo de utilidad admisible y no cuál es el fundamento mejor. De ello, BINDER plantea que «la pena concreta debe demostrar que tiene una probabilidad razonable de producir algún bien social y que, pese a que indudablemente se trata de un castigo, es decir, un mal que recae sobre una persona, esta persona obtendrá al menos, algún beneficio para la vida en libertad. Si no se dan estas dos condiciones la pena no tiene una utilidad admisible para el derecho penal y no debe ser autorizado el ejercicio de la violencia estatal».

FERRAJOLI plantea un doble fin preventivo en el sentido de prevención de delitos y la prevención de las penas informales. Sin embargo, afirma que la razón primordial del Derecho Penal es el fin de la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, siendo la primera función el límite mínimo, y el segundo el límite máximo de las penas. Esta concepción del Derecho Penal mínimo sobre la pena sólo supone una intervención estatal en conflictos muy graves y que comprometen intereses generales, de manera que el punitivo estará siempre de lado del más débil: la ley del más débil. Es decir del débil ofendido o amenazado por el delito o

por la venganza y, contra el más fuerte. «En particular reconoce que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador y de hecho en último término aflictivo. Aun siendo un mal, sin embargo, la pena es con todo justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (solo si) el condenado obtiene de ella el bien de que le sustrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados».

Por su parte, ZAFFARONI formula una teoría negativa y agnóstica de la pena, que entiende que la pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Así, la pena es un ejercicio de poder. Es negativo porque no le asigna ninguna función positiva de la pena y se obtiene por exclusión. Es agnóstico en cuanto a su función porque parte de su desconocimiento.

Encontramos así:

Teoría absoluta de la pena: Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social;

Teoría relativa de la pena: Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico;

Teoría mixta o de la unión: Estas sostienen que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas antes mencionadas, y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas.

2.2.4.- La clase de pena

El legislador penal establece, en primer lugar, la clase de pena aplicable a cada delito. En el artículo 28º del Código penal se precisan las diversas clases de pena que pueden preverse para los delitos de la parte especial del Código penal y, por aplicación supletoria (artículo X del Título Preliminar del Código penal), para los delitos tipificados en las leyes penales especiales. Estas clases de penas pueden presentarse de diversas formas en el tipo penal respecto de su imposición. En primer lugar, puede presentarse como una pena única, es decir, como la única pena de determinada naturaleza que puede imponerse al delito. Pero también el tipo penal puede contemplar varias penas para el delito, pudiendo imponerse éstas de forma cumulativa (pena compuesta) o alternativa. Por otra parte, el delito puede admitir la imposición de dos penas, pero no como penas cumulativas, sino una como principal y la otra como accesoria. En nuestro Código penal se contempla la pena de inhabilitación como pena accesoria si el delito cometido constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley (artículo 39º). Hay que precisar que la pena accesoria requiere ser expresamente impuesta por el juez en la sentencia condenatoria.

Las clases de penas previstas en el artículo 28º del Código penal son las siguientes: Pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa. Con este artículo, se hace una primera delimitación legal de la

consecuencia jurídico-penal del delito, en la medida que se establecen las diversas clases de penas que el legislador puede prever para los delitos de la parte especial. Se trata, por tanto, de una norma que asume un sistema de *numerus clausus* de las clases de pena, de manera que no podrá castigarse con una clase de pena distinta a las previstas en el artículo 28º del Código penal. Así, pues, este artículo del Código penal no constituye una norma superficial de carácter puramente declarativo, sino, más bien, una expresión del mandato de certeza derivado del principio de legalidad.

2.2.4.1.- La pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario. Como lo reconoce expresamente la exposición de motivos del actual Código penal, este texto punitivo ha unificado la pena privativa de libertad, sin diferenciar las diversas modalidades de la pena privativa de libertad, como lo hizo, por ejemplo, el Código penal de 1924, en el que se distinguían el internamiento, la penitenciaría, la relegación y la prisión. La diferencia se encuentra solamente en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se prevén tres regímenes distintos: El régimen privado, el régimen semiabierto y el régimen abierto (artículo 97a del Código de Ejecución Penal). En el actual Código penal se diferencian solamente entre penas temporales y cadena perpetua.

Pese a las críticas que ha sufrido la pena privativa de libertad, sobre todo desde los defensores de la criminología crítica, en las sociedades modernas, construidas sobre la base de la libertad individual, esta pena sigue siendo la sanción penal más adecuada para reprimir la criminalidad más grave. Si bien no se ha excluido del catálogo de penas, la pena privativa de libertad tendría que reservarse para los hechos más intolerables. En este sentido, parece inconveniente que el legislador prevea penas privativas de libertad cortas para delitos no tan graves, pues el tiempo de la privación de libertad no aconsejaría

hacerla efectiva, siendo más recomendable, desde el punto de vista de la resocialización, recurrir quizá a otras penas menos gravosas (penas restrictivas de derechos, por ejemplo).

2.2.4.2.- Las penas restrictivas de libertad.

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad de tránsito. Son de dos tipos:

- La pena de expatriación para el caso de nacionales: duración máxima era de diez años

- La pena de expulsión del país para el caso de extranjeros: este era definitiva

En el artículo 30 C.P Peruano de 1991, se contempló a la expatriación como una Pena Restrictiva de la Libertad, precisando que tenía una duración máxima de diez años y se aplica después de cumplida la Pena Privativa de Libertad. Sin embargo, la regulación de La Pena de Expatriación fue criticada por la Doctrina Nacional.

Se cuestionaba que vulneraba el artículo 22.5 de la convención Americana de Derechos Humanos tratado ratificado por el Estado Peruano y por tanto de Obligatorio cumplimiento en el País – en el cual se señala “Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es Nacional, ni ser privado del Derecho a ingresar al mismo”

Así mismo, con el referido dispositivo legal se modificó el artículo 346 de C.P, eliminándose La Pena de Expatriación para el delito de rebelión, penalizándose tan solo con una Pena Privativa a la Libertad.

Quedando vigente como una única Pena Restrictiva de la Libertad La pena de Expulsión del País, que se aplica a los extranjeros que han cometido delito señalados en nuestro código.

2.2.4.3.- Las penas limitativas de derechos.

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos. Por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, la libertad personal, los derechos políticos, etc. El Código penal reconoce, como penas limitativas de derechos, la pena de prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la ' inhabilitación. Las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres tienen como rasgo común el constituir restricciones de derechos durante los fines de semana y días feriados, sea obligando a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, o en obras públicas (prestación de servicios a la comunidad), sea permaneciendo en un establecimiento organizado con fines educativos (limitación de días libres). Estas penas están contempladas, por lo general, para delitos de mediana gravedad, sea de forma exclusiva o como pena alternativa a otra clase de pena (privativa de libertad, limitativa de derechos o multa). Pero aun cuando no estén contempladas expresamente por el tipo penal de la parte especial, estas penas pueden imponerse en sustitución de penas privativas de libertad de hasta cuatro años, con la finalidad de evitar el internamiento del condenado en prisión con los efectos desocializadores por todos conocidos.

En cuanto a la pena de inhabilitación, cabe señalar que el nuevo Código penal ha suprimido el carácter perpetuo que tenía dicha pena en el Código penal anterior, convirtiéndola ahora en temporal. En caso que la inhabilitación sea la pena principal, su tiempo de duración se extenderá de seis meses cinco años, mientras que si se impone como pena accesorio, la inhabilitación se extenderá por igual tiempo que la pena principal. El uso de esta pena limitativa de derechos se ha hecho muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, pero también podría aplicarse a los

particulares, como sería el caso de la inhabilitación profesional contemplado en el artículo 36º, inciso 4 del Código penal, que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria.

2.2.4.4.- La pena de multa.

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito. Esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o mediana gravedad como, por ejemplo, el delito de calumnia. La determinación de la cuantía de la multa sigue en la actualidad el sistema de los días» multa. Por un lado, se establece un factor de referencia de la multa, el llamado día-multa, en el que se tiene en consideración el ingreso promedio diario del condenado, determinado sobre la base de su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Por el otro, el monto de la multa se obtiene en función de los días-multa previstos por cada tipo penal de la parte especial, lo cual depende de la gravedad del delito. De esta manera, la pena de multa tiene en consideración no sólo la gravedad del hecho delictivo, sino también la capacidad económica del delincuente. La pena de multa puede imponerse de manera exclusiva o conjunta, así como también convertirse en otra pena en función de las razones de su incumplimiento. Mecanismos como la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena proceden igualmente en el caso de la multa.

Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido aumentar las penas de multa en detrimento de la pena privativa de libertad, la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente. En efecto, diversos estudios han demostrado que en la empresa moderna las posibles penas de multa se contabilizan como un costo de producción que trasladan a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo frente a la empresa. Es más, las empresas recurren con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, personas incorporadas a la estructura empresarial con la

única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos desde la empresa. En este sentido, la sanción de multa perdería completamente su virtualidad preventiva si quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita. Para evitar esta desvirtualización del efecto preventivo de la pena, se ha desarrollado la consecuencia accesoria del decomiso de ganancias ilícitas, aunque, como se verá más adelante, la desafortunada forma como se ha regulado en nuestro Código penal le quitan toda virtualidad operativa. En el plano doctrinal, BOTTKÉ ha propuesto como medida adicional a la multa que evitaría trasladar el malum de la pena a terceros (trasladar la multa a los consumidores), un registro de multa a las empresas al que puedan acceder terceros interesados en contactar con la empresa. El efecto preventivo de la pena de multa se vería así reforzado.

SUB CAPUTULO III: SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

2.3.1.- Denominación

Antes de entrar en materia, es conveniente plantear una cuestión de terminología. La denominación condena condicional utilizada en el Código de 1924 y, frecuentemente, en la doctrina para designar la suspensión condicional de la ejecución de la pena ha sido criticada afirmándose que no es la condena la afectada por la condición sino la ejecución de la pena. Por esto se ha preferido emplear, en el Código de 1991, la expresión “suspensión condicional de la ejecución de la pena”¹⁷. La discusión pierde importancia cuando se precisa la perspectiva que (p. 235) se adopta¹⁸. Si se tiene en cuenta en que

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal, Parte General, Valencia 1993, p. 498.

¹⁸ ZAFFARONI, E., Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires 1979, p. 646.

consiste la medida y su efecto inmediato, resulta mejor hablar de suspensión condicional de la ejecución de la pena. Pero si se considera su efecto mediato y decisivo (la condena se tiene por no pronunciada), no es del todo desacertado denominarla condena condicional. La ventaja de la primera fórmula es que comprende todos los casos, mientras que la segunda se refiere sólo a los casos exitosos¹⁹.

En lo que concierne a la medida prevista en el art. 62, los redactores de nuestro Código han preferido el término reserva en lugar del de suspensión, utilizado en los proyectos españoles. La denominación aparece acertada en la medida en que, según el art. 63, el juez “se abstendrá de dictar la parte resolutive de la sentencia”. Tratándose de sentencia condenatoria, en el fallo o parte resolutive de la sentencia se fija la pena, individualizada conforme a las circunstancias materiales y personales establecidas en los considerandos de la misma. De modo que al no dictarse la parte resolutive, el juez se reserva la posibilidad de hacerlo en caso de incumplimiento de las condiciones que el sentenciado debe ejecutar durante el plazo de prueba. En este sentido, resulta mejor hablar de reserva de fallo que de suspensión. Pero depende, en definitiva, de la manera como se haya regulado la medida. Por ejemplo, en Alemania, se prefiere la expresión reserva de pena (Strafvorbehalt) debido a que, según el art. 59 del Código Penal, se trata más bien de una amonestación con reserva de pena. El juez debe, además de establecer el veredicto de culpabilidad (Schuldanspruch), determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva. Lo que se suspende entonces es la imposición de una pena que ya ha sido fijada. En Francia, se hace referencia claramente al aplazamiento del pronunciamiento de la pena (ajournement du prononcé de la peine). El nuevo Código penal francés prevé tres tipos de aplazamiento de pena: uno simple (art. 132-29 y ss), otro

¹⁹ GRAVEN, J., “ Le sens du sursis conditionnel et son développement ”, en Revue pénale suisse, 1954, p. 274.

con plazo de prueba, parecido al nuestro (art. 132-40 y ss), y, un tercero, con mandato de cumplir un trabajo de interés general (art. 132-54).

2.3.2.- Carácter Jurídico (p. 236)

En la doctrina extranjera, especialmente de habla alemana, se discute mucho sobre cómo clasificar a la suspensión de la ejecución de la pena. Las opiniones divergen en la medida en que se le considera una especial clase de pena²⁰; un modo de ejecutar determinadas penas privativas de libertad²¹; una medida de corrección²²; un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad²³; un procedimiento para individualizar la pena²⁴; o, finalmente, como un sucedáneo de las penas privativas de libertad.

La deficiencia de estos criterios radica en su carácter unilateral. La complejidad de la condena condicional se debe a que cumple múltiples funciones tanto de índole preventiva como punitiva. Esta realidad es implícitamente considerada en las propuestas mencionadas. Sus autores no hacen sino poner en primer lugar uno de los aspectos. Para superar estas dificultades, se ha sostenido, por ejemplo, que ésta es, materialmente, una medida correctiva que implica la cooperación del autor, y, formalmente, una particular

²⁰ 4HANS WELZEL dice: “La suspensión a prueba de la pena contiene una auténtica sanción”, Derecho penal alemán, Parte general, 11a edición, Santiago de Chile 1970, p. 345; RICARDO NÚÑEZ, siguiendo a Herrera, afirma: “Es una verdadera pena de advertencia o de intimidación, fruto del principio de la individualización de la pena”, Derecho penal argentino, t. II, 21a edición, Buenos Aires 1965, p. 523.

²¹ LACKNER, K., Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22a edición, München 1997, § 56, n. 2; SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., Strafgesetzbuch, 24a edición, München 1991, p. 730.

²² SCHMIDT E., “ Reform des Strafvol1zugs ”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1952, p. 1; THORMANN, PH./VON OVERBECK, A., Das Schweizerisches Strafgesetzbuch, t. I, Zürich 1940, p. 168.

²³ JÜRGEN BAUMANN manifiesta: “La suspensión de la ejecución de la pena es una consecuencia jurídica de tipo especial, si se pretende seguir una tercera vía en el derecho penal”, Strafrecht, 5a edición, Tübingen 1968; cf. JESCHECK, H.-H., Tratado de derecho penal. Parte general, 4a edición, Granada 1993, p. 759; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F, Derecho Penal, Parte General, 3a edición, 1997, p. 748.

²⁴ SALEILLES, R., L'individualisation de la peine, París 1898, p. 190 y s

pena privativa de libertad (aunque no ejecutable condicionalmente)²⁵. Y que la condena condicional, (p. 237) de acuerdo a las disposiciones legales, no es una pena ni una medida de seguridad, sino tan sólo una modalidad de ejecución de la pena, pero que si se tiene en cuenta sus fines, debe ser concebida como un medio para resocializar el condenado²⁶.

Problemas semejantes se presentan al momento de caracterizar la reserva de fallo condenatorio. Debido a la manera como ha sido regulada en Alemania, los penalistas alemanes sostienen en su mayoría que es la sanción menos severa del Código, de carácter peculiar y muy parecida a una medida. Su carácter punitivo está dado por la declaración de culpabilidad, la fijación de la pena y la imposición de reglas de conducta. No se trata de una pena propiamente dicha porque ésta, precisamente, no es impuesta en la sentencia. Si bien en nuestro Código no se dice expresamente que debe declararse culpable al procesado, ni se estatuye que debe fijarse la pena sin imponerla, es de reconocer que la reserva de fallo del art. 62 debe ser caracterizada de la misma manera. No es una pena ni una medida de seguridad, sino un medio de reacción penal sui generis, muy parecido a la suspensión de la ejecución de la pena. En particular, en la medida que la sentencia, en su parte considerativa, contiene una desaprobación del acto realizado y la constatación de que el procesado es culpable y que además se le fijan reglas de conducta obligatorias.

Sin embargo, ninguna de las dos medidas debe ser considerada como una gracia, una medida de indulgencia o de clemencia²⁷. La reserva de fallo constituye, ciertamente,

²⁵ MAURACH, R/ZIPF, H., Strafrecht, A. T., p. 507.

²⁶ LACKNER, K. § 56, n. 3 (nota 5).

²⁷ Esta concepción ha sido sostenida, en Francia, por DONNADIEU DE VABRE, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3ra. edición, Paris 1917, p. 518. Entre nosotros, GÓMEZ DE LA TORRE sostuvo que la condena condicional es, en realidad, “el perdón de la primera falta cometida por una persona en circunstancias tales, y cuyos antecedentes hacen presumir que se trata de un delincuente ocasional que entrará fácilmente en el camino del arrepentimiento, de la enmienda y la readaptación. Llegando a afirmar que la condena condicional es, pues, el olvido del primer delito.”, “La condena condicional”, en *Revista Universitaria*, Lima 1902, p. 41.

una concesión muy importante en favor de la prevención especial en detrimento del principio que todo autor culpable de un delito debe ser castigado. Pero tiene una dimensión punitiva que permite considerarla como una “sanción cuasi penal”. No (p. 238) constituye, propiamente, una medida de resocialización, más mediante la desaprobación del acto del autor y la imposición de obligaciones a éste, se busca influenciar su comportamiento futuro. El aspecto punitivo de estas medidas es reconocido por el legislador, en la medida en que las regula en sendos capítulos del Título III de la Parte general dedicado a las penas. La idea que la condena condicional representa un privilegio para el delincuente es, generalmente, admitida por quienes sostienen una concepción, sobre todo, favorable a la retribución. Así, no debe sorprender que se sostenga este criterio, si se piensa que una pena privativa de libertad de seis meses es un castigo insignificante o irrisorio.

El origen tanto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como de la reserva de fallo es la probation anglosajona. Casi simultáneamente, a mediados del siglo XIX, se desarrolló en Estados Unidos (al comienzo por iniciativa privada) y en Inglaterra (mediante la práctica judicial), la renuncia a la condena del procesado, luego de declararlo culpable, acompañada de su sometimiento a un control durante un plazo de prueba. En los países de Europa continental, la probation no fue recepcionada como tal y sólo, en las últimas décadas, se ha acentuado su introducción de manera diversa por parte de legisladores preocupados en adecuarla a sus realidades y necesidades particulares.

Una de estas formas es la reserva de fallo, prevista en el art. 62 del Código de 1991. Su introducción fue propuesta sólo a partir del proyecto de 1990 (arts. 62 y 66), en términos muy semejantes a los de las disposiciones del Código vigente. Para la elaboración de estas disposiciones, se ha tenido sobre todo en consideración los proyectos españoles que culminaron (p. 239) con la dación del Código Penal de 1995.

La suspensión de la ejecución de la pena, bajo la denominación de condena condicional, fue también una de las formas de recepcionar la idea de la probation anglosajona. Primero, tuvo lugar en Bélgica mediante las leyes de 1888 y, luego, en Francia en 1891. Es este modelo franco-belga, el que Maúrtua, siguiendo a los proyectos suizos, toma en cuenta para incorporarla en su proyecto de 1916, que devino Código en 1924 (arts. 53 y ss).

Una situación particular se creó cuando, el 23 de noviembre de 1939 y por iniciativa de la Corte Suprema, se modificaron las disposiciones relativas a la condena condicional y, en la misma fecha, se promulgó el nuevo Código de procedimientos penales, cuyo artículo 286 trata, también, de la condena condicional. Sin embargo, en ambos casos la condena condicional fue definida, en el sentido del Código penal, como la suspensión de la ejecución de la pena bajo la condición de que el condenado se porte bien durante un período de prueba. El artículo 286 del Código de procedimientos penales, aún vigente, que dejó sin efecto la modificación de 1939, puede considerarse de origen francés; pero constituyó, en buena cuenta, un retorno al texto original del artículo 53.

3.3.3.- Finalidad.

En 1924, al introducirse por primera vez la condena condicional en nuestra legislación, el fin primordial que se perseguía, siguiendo el modelo suizo, era evitar la aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta duración²⁸. Por esta razón, su aplicación fue limitada a las penas privativas de libertad no mayores de seis meses de duración. Sin abandonar este objetivo, pero buscando sobre todo evitar los efectos

²⁸ En la exposición de motivos, el legislador expresaba: “Entre los sistemas creados con tanta felicidad para sustituir las penas de prisión de corta duración, el proyecto ha adoptado el sistema franco-belga, que consiste en suspender la ejecución de la condena”.

negativos del encarcelamiento, el ámbito de aplicación fue ampliado a las penas de mediana duración (dos años, según D. Leg. 126 de 12 de junio de 1981).

Tendencia que se acentúa en el Código de 1991, en el que se prevé el tope de cuatro años. La predominancia de dicho (p. 240) objetivo se evidencia también en el hecho que se prevé con respecto a la pena de multa. Si se consideró por el contrario en el Código derogado, fue en razón a que, en caso de no cancelación, podía ser convertida en pena privativa de libertad de corta duración.

La finalidad de la reserva de fallo es más amplia, pues no sólo es aplicable a las condenas relativas a la pena privativa de libertad. Aun cuando no resulta del todo claro por qué se limita su aplicación a las penas no mayores de tres años de duración, en lugar de cuatro como en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, es evidente que también es un medio para evitar los efectos negativos de la privación de libertad. Sin embargo y, sobre todo, si tiene en cuenta que es aplicable también respecto a las penas de multa, prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres y de inhabilitación, las mismas que tienden igualmente a excluir la detención, debe admitirse que la reserva de fallo está fuertemente orientada a evitar la estigmatización del responsable de un delito, la que tiene lugar mediante la imposición de una condena.

3.3.4.- Condiciones para su concesión.

a) Respecto a la pena

Según el art. 57, el juez puede suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad que no sea mayor de cuatro años. Estamos lejos de la cautela con la que, en 1924, sólo se previó esta medida con relación a la pena de prisión que no excediera seis meses. Entonces, el legislador justificó su decisión diciendo que “el tiempo mínimo adoptado

para la pena de prisión se explica fácilmente por tratarse de un medio enteramente nuevo cuya aplicación demanda suma prudencia”²⁹.

Este límite era demasiado bajo, si se tiene en cuenta que en el modelo helvético era de un año³⁰ y que, por ejemplo, en 1921, el legislador argentino lo había establecido en dos años. Ese criterio resultaba así (p. 241) mismo incongruente debido a que, en el Código de procedimientos penales, se declaraba procedente la liberación provisional (destinada también a evitar el ingreso del delincuente en prisión) en caso de inculpados por delito sancionado con no más de dos años. En la práctica, la restricción del ámbito de aplicación de la condena condicional produjo el efecto no deseado consistente en que los jueces imponen penas de seis meses, aun cuando no correspondieran a la gravedad del acto y a la culpabilidad del agente, para poder, de esta manera, conceder la condena condicional.

El nuevo límite establecido en el art. 57 es conforme a la tendencia legislativa de las últimas décadas. Si se consultan los más recientes Códigos penales europeos se constata que, por ejemplo, en el Código español de 1995, art. 80, inc. 1, es fijado en dos años; en el Código francés de 1994, art. 132- 31, se estatuye en cinco años; en el Código portugués de 1982 (art. 48) se fija en 3 años. En América Latina, el Código colombiano de 1980 (art. 68) prevé el límite de tres años; en 2, lo fija el Código brasileño de 1984 (art. 77) y para los condenados mayores de 70 años, en 4 años (art. 77, párrafo 2). El Código de Costa Rica de 1970, art. 59, indica el límite de 3 años. Teniendo en cuenta la influencia que ha tenido en nuestra legislación el derecho suizo, es interesante señalar que la ley de reforma del 18 de marzo de 1971 aumentó el límite original de un año a dieciocho

²⁹ Código penal, edición oficial, p. 169.

³⁰ Cf. MANUEL G. ABASTOS, “El delincuente en el Código Maúrtua”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima 1938, p. 311.

meses 18 y que, en el art. 42 del Proyecto de reforma de la Parte general, se fija en tres años.³¹

En los proyectos de Código penal, los límites fluctuaron entre los 3 o 4 años. Se fijó el límite en 3 años en los publicados en setiembre de 1984 (art. 40, inc. 1) y en octubre del mismo año (art. 62). Sin mencionar la pena de multa, como se hacía en los dos anteriores, el mismo límite fue conservado en los proyectos de 1985 (art. 73, inc. 1) y 1986 (art. 72, inc. 1). El límite de 4 años, figuró por primera vez en el proyecto de 1990 (art. 61, inc. 2) y, así mismo, en el de 1991 (art. 57, inc. 1). Los autores de estos dos últimos proyectos, se inspiraron muy (p. 242) probablemente en el proyecto español elaborado por el Grupo parlamentario del Partido Comunista y en el Código brasileño. El primero establecía, en su art. 67, último acápite, el límite de 4 años con carácter excepcional y el segundo, art. 77, párrafo 2, para los condenados mayores de 70 años.

Poco importa el tipo y la gravedad del delito que el condenado ha cometido. Lo decisivo es que la pena impuesta, de acuerdo con las reglas relativas a la individualización de la sanción (art. 46 y ss.), no supere el límite establecido en el art. 57. En consecuencia, la manera, el tiempo y el lugar de la perpetración, los medios usados; es decir, el tipo y la gravedad del delito no son determinantes para suspender la ejecución de la pena. Estos factores son considerados, por el juez, al momento de individualizar la pena. Con razón afirmaba Ángel Gustavo Cornejo que “la importancia o naturaleza del delito no entra en consideración para otorgar la condena condicional”³².

³¹ Artículo 42. El límite se duplica en caso de delincuentes que han cumplido 70 años y es de 3 años en caso de menores de 18 años; ver: SENATO DELLA REPUBBLICA, V Legislatura, NQ 351, Roma 1968.

³² Comentarios al nuevo Código penal, Lima 1926, p. 187; cf. BRUNS quien dice: “Sólo después de la fijación de la pena correspondiente a la culpabilidad debe examinarse la cuestión de suspensión de la pena, en ambos casos se trata únicamente, de acuerdo a la doctrina dominante,

Debe distinguirse claramente estos dos aspectos; de lo contrario, se tenderá a excluir la condena condicional por razones puramente objetivas (naturaleza del delito, frecuencia de su comisión, necesidad de sancionar hechos de la naturaleza del delito en cuestión). Esta concepción equivocada sirvió de base a diversas ejecutorias de la Corte Suprema en los años siguientes a la introducción de la condena condicional³³.

Los casos en los que procede la reserva de fallo según el tipo de pena son más numerosos. En caso de pena privativa de libertad, debe tratarse de pena no mayor de tres años. Se entiende que se trata de la pena que merece el autor por el delito que da lugar al proceso y no al máximo de la pena fijada en la disposición legal. Esto último parecería establecerse en el art. 62 mediante la expresión “cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad...”. Como ya lo hemos (p. 243) señalado, no es clara la razón por la que ha conducido no se han considerado las penas de hasta cuatro años de duración como se ha hecho respecto a la suspensión de la ejecución de la pena. La similitud entre ambas medidas y la amplitud del criterio admitido no justifican tan pequeña diferencia. Si la idea es que la suspensión de la reserva de fallo es un medio de reacción penal menos grave que la suspensión de la ejecución, la diferencia hubiera debido ser más importante. La explicación está quizás en relación al tipo de delincuentes considerados como sujetos de la reserva de fallo.

Respecto a la pena de multa, por el contrario, no se fija límite alguno. Esto quiere decir que la reserva de fallo es posible aún si la multa es fijada en un número elevado de días-multa. Esta amplitud crea el riesgo que en ciertos casos (delitos contra el medio

de una modificación de la ejecución (de la pena)”, *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 31.

³³ ANALES JUDICIALES 1935, p. 419, REVISTA DEL FORO 1941, p. 383, REVISTA DE LOS TRIBUNALES 1942, p. 25, en ANALES JUDICIALES 1942, p. 327; ANALES JUDICIALES 1944, p. 95, REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA 1952, p. 2983.

ambiente) o con relación a ciertos autores (económica y socialmente favorecidos), la necesaria represión sea escamoteada. Además, resulta un poco paradójico que se restrinja su aplicación respecto a las demás penas.

Así, la reserva de fallo sólo procede respecto a las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres que no superan las noventa jornadas y a la inhabilitación cuando no sea mayor de dos años. En razón de la finalidad atribuida a la reserva de fallo (evitar la estigmatización para facilitar la reinserción), la amplitud adoptada respecto a la pena de multa se justificaba aún más con relación a estas tres penas limitativas de derechos.

b) Pronóstico favorable

De manera idéntica para las dos medidas, se dispone (arts. 57 y 62) que éstas se aplicarán “cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito”.

En cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena, a diferencia de la regulación prevista en el Código derogado, la establecida en el nuevo Código corresponde mejor a los fines perseguidos. No se hace (p. 244) depender más su aplicación de criterios formales y objetivos, como si el condenado "no hubiere sido objeto por razón de delito intencional de ninguna condena anterior nacional o extranjera" (art. 53, inc. 1, del Código de 1924). Circunstancias de este tipo deben ser tomadas en cuenta al momento de individualizar la pena. Una vez que se ha establecido la pena inferior de cuatro años, la suspensión de su ejecución sólo depende del pronóstico favorable que no volverá a cometer nuevo delito.

De manera semejante al art. 68 del Código colombiano, el inc. 2 del art. 57 establece como segunda condición “que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la

personalidad del agente hiciera[n] prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito”. En nuestro Código derogado, se hacía simplemente referencia a “los antecedentes y el carácter del condenado”.

El factor decisivo, válido igualmente para la reserva de fallo, es la apreciación de prevención especial del caso particular. Por tanto, la naturaleza y la modalidad del hecho deben ser consideradas en la perspectiva de la personalidad del agente. De esta manera se puede admitir que, en realidad, todos los factores subjetivos y materiales tomados en cuenta para la individualización de la pena deben ser considerados como indicios del futuro comportamiento del condenado. La nueva regulación es defectuosa pues con la fórmula “naturaleza, modalidad del hecho punible”, parece aludirse a la manera como éste ha sido caracterizado en el tipo legal. Lo conveniente hubiera sido hacer referencia directa a la naturaleza, modalidad del delito concreto que da lugar al procesamiento del agente y que constituye una manifestación de su personalidad.

El juicio que sirve de base a la decisión de suspender la ejecución de la pena o a reservar el fallo debe constituir una apreciación individualizada de la persona del condenado, la misma que permitirá pronosticar que la aplicación de una de estas medidas será suficiente para disuadir al condenado de volver a delinquir. No basta, en consecuencia, que el juez intuya, tenga una simple esperanza o confíe que el condenado se comportará bien. En caso de duda no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*.³⁴

Tratándose de casos en los que la pena a imponerse es la privativa de libertad (no mayor de tres años), resulta importante y, al mismo tiempo, difícil determinar si se debe aplicar una u otra medida. En estos casos, la gravedad del delito y la personalidad de los procesados son las mismas, por lo que el factor decisivo es el hecho de saber el grado de

³⁴ LACKNER, § 56, n° 8

sensibilidad del agente para determinar si basta con amenazarlo con la futura imposición de una pena o es necesario intimidarlo con una pena pronunciada cuya ejecución se suspende. También es de considerar si por las circunstancias en que ha sido cometido el delito y los efectos que éste ha producido sobre la persona misma del agente, es conveniente evitarle el estigma de la condena. Así mismo, sería de tener presente que la renuncia del objetivo de prevención general de la condena resulta sobre todo eficaz respecto a delincuentes primarios y ocasionales, para los cuales es suficiente la reserva del fallo para impedir que vuelvan a cometer el paso en falso, consistente en la comisión de un primer delito. No obstante y en consideración a que no hay elemento legal que permita deducir que se ha buscado limitar la reserva del fallo sólo a los delincuentes primarios, esta medida no concierne únicamente la delincuencia de mínima importancia (la misma gravedad de la pena de tres años indica lo contrario). La decisión de optar por la reserva del fallo dependerá, sobre todo, cuando también sea procedente la suspensión de la ejecución de la pena, de la sensibilidad penal más o menos grande del agente, de que la culpabilidad del agente sea significativamente disminuida o de que se presenten circunstancias particulares de atenuación relativas tanto al hecho como al autor.

Teniendo en cuenta como ha sido considerada y aplicada la “condena condicional” entre nosotros, debemos destacar una vez más que, si bien no es de recurrir a la noción de peligrosidad social del delincuente, tampoco es de caer en un criterio unilateral (material o formal). La aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena (lo mismo vale para la reserva del fallo) no puede depender del tipo de delito, del hecho que el procesado haya cometido otros delitos o haya sido (p. 246) condenado anteriormente o de la constatación que es un delito cometido muy frecuentemente. Tampoco debe estar supeditada a que se considere, a priori, como peligrosos a determinados delincuentes en razón a alguna circunstancia personal: por ejemplo, alcohólicos, drogadictos,

cleptómanos... Excluir la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo invocando, unilateralmente y de manera formal, una de estas circunstancias implicaría considerar a la prevención general como el factor decisivo. Esto las desnaturalizaría completamente en la medida en que desconocería que ambas se orientan sobre todo hacia una mejor individualización de la reacción penal en función de las condiciones personales del condenado.

SUB CAPITULO IV: ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, RESPONSABILIDAD DE SUS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES

2.4.1.- Definición.

Es usual que el término Administración Pública se acepte sin mayor reflexión para asuntos sin mayor trascendencia, sin embargo, cuando se pretende hacer un estudio serio sobre la materia, presenta, desde un primer momento, grandes dificultades para delimitar el campo correspondiente a su competencia, y en especial cuando su enfoque es sincrético, es decir, integral y no favorece, por tanto, a una sola escuela de pensamiento.

(DWIGHT, 2011): indica: «...El efecto inmediato de todas las definiciones de Administración Pública de una sola frase o de un solo párrafo es la parálisis mental y no el esclarecimiento y estímulo...»

JOSÉ ROBERTO DROMI³⁵ señala: «La noción conceptual de administración es controvertida en el orden doctrinario; las divergencias son muy diversas y variadas; por ello nada se ganará con revisar las numerosas definiciones propuestas, aunque la trascendencia del tema es fundamental, dado que de la idea de administración deriva la nota calificadora del Derecho Administrativo...»

WILBURG JIMÉNEZ CASTRO³⁶ señala: «La administración es el sistema ideológico de principios para realizar cosas por medio de personas, es decir, la dirección de un organismo social y su efectividad de alcanzar Sus objetivos, fundado en la habilidad de conocer a sus integrantes».

La administración ofrece un doble aspecto: Un sentido objetivo (sustancial-material) y en sentido subjetivo (orgánico-formal).

³⁵ DROMI, José Roberto. Ob. Cit. Pág. 157.

³⁶ WILBURG JIMÉNEZ CASTRO. Obra citada. Pág. 7

La administración ofrece un doble aspecto:

- Un sentido objetivo (sustancial-material) y,
- Un sentido subjetivo (orgánico-formal).

2.4.1.1.- Objetivamente:

- Es una acción, un conjunto de actividades enderezadas hacia un fin, con total prescindencia de la índole del órgano, agente o autor del acto. Es la actividad concreta dirigida a través de una acción positiva a la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad, función por tanto encaminada a la integración de la actividad individual en vista del interés colectivo. Se aparta de lo formal y contingente para considerar lo sustancial, o sea que puede haber administración en la actividad de los tres órganos fundamentales del Estado (órgano ejecutivo, órgano legislativo y órgano judicial).
- Sentido material u objetivo, que es la actividad considerada en sí misma.
- Es la actividad estatal permanente, ininterrumpida, concreta y práctica que tiende a satisfacer inmediatamente las necesidades del grupo social y de sus integrantes, mediante la realización de los cometidos puestos a su cargo, por actos generales, subjetivos, actos condición y operaciones materiales.
- Es la actividad realizada por todos los entes y órganos que la integran (administración dinámica).
- No es una actividad.

2.4.1.2.-Subjetivamente:

La administración implica una estructura orgánica, un ente o complejo de entes al que el ordenamiento jurídico le atribuye la función de administrar. En otros términos Administración Pública en sentido subjetivo equivale a aparato administrativo, dentro del ámbito más general del aparato estatal (Alessi y Giannini) que integra también el aparato legislativo y el jurisdiccional; de allí que se hable en ocasiones de un estado administrador, frente a un Estado Legislador y a un Estado Juez. Con más propiedad, la administración en sentido subjetivo está integrada por el conjunto de órganos que es centro de función administrativa.

- Sentido orgánico o subjetivo, que denuncia los órganos que cumplen una cierta actividad.
- Son los órganos
- Se entiende por administración pública un conjunto de entes;
- Es el sujeto, orgánicamente, se entiende por administración pública un conjunto de entes-conjunto de órganos (administración estática).

Ambos puntos de vista se distinguen en todo momento por la doctrina, pero poniendo el énfasis sobre uno de ellos.

Nosotros, de acuerdo con la doctrina preponderante en la actualidad, nos inclinamos por esta concepción formal de la administración pública; concepción que se desgana en las siguientes afirmaciones:

1. La Administración Pública consiste en un complejo orgánico y una serie de entes -los entes públicos menores- encuadrados en el poder ejecutivo.

2. Dichos órganos y entes realizan funciones de índole legislativa, jurisdiccional y ejecutiva. Estas funciones constituyen la administración pública en sentido objetivo.
3. A sensu contrario, no puede hablarse de una función administrativa desarrollada por el Poder Legislativo o el Poder Judicial.
4. Dentro del Poder Ejecutivo se comprende también el gobierno, por lo que no puede establecerse una igualdad entre aquél y la administración pública.

De esta manera, podemos graficar:

En sentido objetivo: Función administrativa.

ADMINISTRACION:

En sentido subjetivo: «Administración pública»

2.4.2.- Funciones del estado y la función administrativa.

Debemos tener en cuenta los aspectos sustantivos, orgánicos y procesales de las funciones del Estado, en donde encontraremos a la función administrativa:

2.4.2.1.- La función gubernativa o política

a) Aspecto sustancial:

Tengamos en cuenta que el aspecto sustancial (¿qué?) se define «la naturaleza» o «contenido esencial» de la actividad pública comprendida en la función del poder de que se trate.

La función gubernativa o política es la actividad estatal discrecional sin límites jurídicos. Es realizada en ejecución de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad, mérito, o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad política.

Consiste, precisamente, en fijar las grandes directrices de la orientación política. Mediante la gestión de asuntos que afectan los intereses vitales de la comunidad, respecto de su seguridad interna, relaciones internacionales y relaciones inter-orgánicas o entre poderes.

Esta función gubernativa tiene directa inmediatez constitucional con rango supremo de jerarquía. No tiene, en principio, legislación intermedia.

b) Aspecto orgánico:

Tengamos en cuenta que el aspecto orgánico ¿quién? determina el «su-jeto» u «órgano» que cumple la función.

2.4.2.2.- La función administrativa de los órganos legislativos, judicial y de los entes no estatales.

La función administrativa no está atribuida con exclusividad a ninguno de los órganos del poder público.

Un poder político unitario, actuante por el cauce de plurales funciones y ejercido por diversos órganos.

La función administrativa la hemos definido simplemente por exclusión. Siendo tres las funciones del estado, la que no sea legislativa ni jurisdiccional, tendría forzosamente que ser función administrativa. Sin embargo, todos los órganos del estado también ejercen la función administrativa, es decir, la función administrativa comprende diversidad de especies de actividad estatal; por ello su contenido es heterogéneo y su concepto indefinido. Esta especie de actividad estatal no tiene un contenido unitario, ni puramente jurídico ni puramente fáctico; las controversias doctrinarias son múltiples y varias al respecto.

La administración se presenta como una «acción» encaminada hacia un fin. Cuando la actividad administrativa tiene en vista el «bien común» y la «justicia distributiva», hablamos de la «administración pública».

De igual modo al igual que las funciones gubernativa, legislativa y jurisdiccional, en la administrativa se pueden distinguir aspectos sustanciales, orgánicos y procesales, referidos al contenido, sujeto y forma de actuación respectivamente. De la llamada «división de poderes» no resulta más que una separación de funciones y correlativamente una separación de órganos y competencias, pues, en estricta interpretación constitucional, el «poder», el «gobierno», lo integran los órganos máximos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que lo ejercen por medio de diversas funciones, evitando la concentración autoritaria o la «suma del poder público».

Las funciones del poder son distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Es decir, los modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos.

2.4.2.3.- La función administrativa en el órgano legislativo.

La actividad administrativa del órgano legislativo es variada. De modo meramente enunciativo digamos que abarca:

a).- Actividad de control inter-orgánico: La actividad que realiza el Congreso a efectos de controlar al órgano ejecutivo, como por ejemplo las investigaciones, informes, autorizaciones, etc., es de naturaleza administrativa.

b).- El juicio político: Es la actividad administrativa que pone fin a la relación de empleo público en virtud de un procedimiento constitucional.

c).- Actos de organización: Todos los actos que realiza el órgano legislativo respecto de su propia organización o relaciones al personal administrativo, pertenecen al régimen jurídico-administrativo. Así por ejemplo, todo lo referente a la organización y funcionamiento de la biblioteca (compra de libros, mesas, ficheros, nombramiento y remoción de empleados, entre otros).

d).- De autorización: También revisten naturaleza administrativa ciertos actos que, no obstante su valor formal de leyes, carecen de generalidad y tienen un contenido concreto y limitado, por ejemplo, las leyes que autorizan a la administración central a enajenar o gravar sus bienes, a transar, a las que establecen pensiones extraordinarias.

2.4.2.4.- La función administrativa en el órgano judicial.

(CABRERA VASQUEZ, 2011)

La actividad administrativa del órgano judicial es también variada. De modo meramente enunciativo digamos que abarca:

a.- Actos de organización: Nombra, remueve empleados, alquila, adquiere locales, compra libros, edita fallos, adquiere elementos de trabajo; evidentemente todos estos casos realiza una actividad administrativa. Tratase de actos realizados por el órgano judicial relativos a su propia organización interna y a cuestiones de personal análogo a las que realizan los otros órganos.

b.- Jurisdicción voluntaria: Como actividad no jurisdiccional cumplida por los magistrados judiciales tenemos la llamada jurisdicción voluntaria o no contenciosa. Constituye típicamente una actividad administrativa, aunque por la clase de relaciones jurídicas en que incide se trata de una administración judicial con un cometido estrictamente administrativo.

La jurisdicción voluntaria es una forma particular de actividad del estado perteneciente a la función administrativa. En definitiva, se trata de una función administrativa cumplida por el órgano jurisdiccional.

La jurisdicción voluntaria no es una materia encomendada al órgano jurisdiccional como función jurisdiccional, sino como función administrativa, así tenemos entre otros: Informaciones para la dispensa de la ley, declaración de fallecimiento, nombramiento de tutores.

Se procura dar fuerza y autenticidad a ciertos actos, sin controversias, ni partes; siendo el conocimiento del juez simplemente informativo.

Las materias que comprende la jurisdicción voluntaria varían según la legislación: nombramiento de tutor o curador; habilitación para comparecer en juicio, entre otros.

Las expresiones «en cuanto procede por derecho», «sin perjuicio», «en cuanto haya lugar», son los términos utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada. Mediante ellos, los jueces no juzgan ni prejuzgan. Se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es prima facie cierto, con arreglo a las pruebas que el mismo aporta.

2.4.2.5.- La función administrativa de entes no estatales.

Las personas públicas pueden ser no estatales, es decir, no pertenecer, orgánicamente al Estado, ni integrar la administración pública, aunque ejerzan función administrativa. Tales entidades no estatales tienen personalidad jurídica propia reconocida o concedida por el Estado y, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público; por ejemplo, la iglesia católica (con personalidad jurídica reconocida) y los colegios profesionales que hayan sido creados y organizados por ley o acto estatal.

No toda persona pública es necesariamente estatal. En definitiva público y estatal no se identifican. Actualmente existen entidades que no son del Estado, pero que cumplen actividades idénticas a las de éste y se regulan primordialmente por el Derecho Público.

Las entidades con personalidad jurídica otorgada o concedida, llamadas en doctrina cuerpos intermedios, son personas públicas que no integran la estructura orgánica estatal, ni figuran en su presupuesto, pero técnicamente cumplen función administrativa y tienen cometidos y organización semejantes en muchos aspectos a los entes públicos estatales.

De allí, pues, que tales entidades, cuando son creadas por el Estado, que les otorga personalidad jurídica, deban considerarse descentralizadas ya que se les reconoce poderes y competencia, pero reservándose el Estado el papel de árbitro y coordinador.

El ejercicio de la función administrativa por los entes no estatales plantea una vez más el tema de la colaboración y participación de los administrados en la actividad de la administración: modalidad de descentralización por colaboración, por la cual organizaciones de carácter privado realizan actividades públicas y gozan para ello de prerrogativas del poder público, por ejemplo, Colegios Profesionales.

2.4.2.5.1.- El Ordenamiento Jurídico Administrativo.

El Ordenamiento Jurídico se refiere al conjunto de normas y principios que regulan la función de administrar el Estado vinculadas entre sí y ordenadas de acuerdo a la importancia de las fuentes que generan dichas normas. (CABRERA VASQUEZ, 2011)

La actividad estatal es jurídica. En su quehacer rigen ciertos principios jurídicos; e aplican estimativamente los valores jurídicos. Además, en virtud de ese principio de juridicidad que rige la organización, estructura y desenvolvimiento de la actividad estatal, la misma se manifiesta o exterioriza a través de ciertas formas jurídicas.

En consecuencia, en un caso concreto, la administración se pronuncia en ejercicio de una atribución reglada o discrecional a través de una de las formas jurídicas autorizadas: Hecho administrativo, acto administrativo, simple acto de la administración, reglamento. Contrato.

Puede, al ejercerla, lesionar o afectar un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple, por lo que en todos los casos se puede controlar la legitimidad y oportunidad del proceder administrativo estatal.

La juridicidad importa también ciertas garantías a favor de los administrados.

La eficacia por meritoria que sea, no debe dejar de respetar los derechos y las libertades de los particulares, que actúan como frenos, límites y controles de la actividad administrativa.

Estos límites son señalados por la ley en virtud del principio genérico de legalidad por las normas provenientes de la misma Administración (Reglamentos) y demás principios generales del derecho.

El Estado actúa en el orden normativo siempre en este sentido, la actuación estatal se manifiesta en:

a.- La función de predisposición normativa.

Consiste esencialmente en dar la ley, es decir establecer el derecho. La ley debe ser dada con anterioridad al hecho de que se trate, es decir, que la ley no es retroactiva, que sólo rige para el futuro, «ex-nunc» y no «ex-tunc».

Sólo tiene carácter constitucional la irretroactividad de la ley penal (salvo la de la ley penal más benigna). El dar la ley es atribución exclusiva del Poder Legislativo.

b.- La función normativa en la vía administrativa:

Consiste en la producción de actos para proveer en concreto el cumplimiento de los fines asignados por la ley a los entes administrativos.

La ley está dada; hay que llevarla a la práctica por el órgano correspondiente que de esta manera adquiere carácter de parte o sea es un portador de intereses. (CABRERA VASQUEZ, 2011).

2.4.3.- La administración pública y el estado de derecho.

El régimen de separación de poderes importa una repercusión importante en el marco de la Administración pública, ya no se habla ahora de una unidad concentrada de la Administración, sino de varios estamentos repartidos en sectores, que asumen competencias precisas en ámbitos específicos de actuación pública; en el antiguo régimen todos los poderes se refundían en la persona del príncipe, del monarca.

La realidad administrativa abarca únicamente un sector de lo político. Reemite a una estructura organizacional (la Administración pública), que se articula racionalmente con los individuos (administrados) en ejercicio de una función (la administrativa), y cuya regulación jurídica constituye el objeto específico del Derecho Administrativo.

Dicho lo anterior, se vincula al concepto de “Administración pública” a toda la actividad que se desarrolla, ejecuta y efectúa en el seno de los tres poderes del Estado; sin embargo, dicha acepción se centra con mayor énfasis en el ámbito del Poder Ejecutivo, en la medida que las labores del Poder Judicial y del Poder Legislativo adquieren ciertas particularidades, que de cierta forma los hacen singular y distinto de las tradicionales misiones de la Administración. Al primero de los mencionados se le reviste del poder jurisdiccional de administrar justicia, mientras que al segundo de promover la formación de las leyes, es decir, de legislar. No obstante, debe reconocerse que en ambos Poderes

también toman lugar actividades propiamente administrativas.

Se delimitan, con mayor precisión, los conceptos de legislación, administración y justicia. De la mencionada teoría, anota **Donna**, se desprende que esta se manifiesta en una “división de funciones” juntamente con una “división de órganos”, de tal modo que el poder estatal debe ser ejercido por órganos diferenciados.

Las funciones del poder son distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Es decir, los modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos.

Según la división de funciones, desde una posición formal, se identifica la función pública que se realiza tomando en cuenta el órgano que la efectúa, desde las competencias que vienen informadas por la ley, **u. gr.**, judicial, legislativo o judicial; o bien se habla de una postura material, acá se atañe a la naturaleza u esencia de la función que desempeña el órgano; ha de ser entonces judicial, si es que se emite una resolución jurisdiccional, será legislativa si es que se plasma en la dación de una ley y será administrativa si a través de un acto administrativo se procura la satisfacción de una demanda comunitaria.

De la estructura conceptual del “estado de derecho” no solo se desprende el principio de separación de poderes sino también el principio de legalidad, como vinculación estricta y basamento funcional de toda la Administración pública; un entendimiento de legalidad, que no solo ha de verse desde un plano formal, de la ley en sentido orgánico y procedimental, sino desde la cúspide y vertiente de orden constitucional, esto quiere decir de naturaleza material. La ley se convierte así en los cauces que guía, delimita y legitima toda la actuación de la Administración pública, a su vez como mecanismo de interdicción a todo viso de arbitrariedad pública, como fundamento de los derechos comunitarios.

La expresión de este sometimiento (verdadera conquista del Estado de derecho,

junto con el denominado principio de libertad) la constituye el denominado principio de “legalidad”, el mismo que en sentido estricto, refiere la idea de la sujeción de los poderes públicos a las normas jurídicas y al derecho. (HUAPAYA TAPIA, 2013)

A nuestro entender la Administración pública importa la manifestación más pura del poder estatal, una dimensión pública que toma lugar a través de las decisiones que se adoptan en su seno, por parte de quienes asumen su conducción y ejecución, lo que a su vez determina su potestad reglamentarista así como su poder coercitivo.

(DROMI, 2004) Los deberes del Estado se predicen precisamente con los derechos fundamentales de los individuos, en tanto comprenden las competencias que la autoridad pública se encuentra obligada a ejercer en beneficio del conjunto social.

La Administración pública, modernamente, es una forma de cooperación, generalmente requerida para atender las necesidades humanas, por lo que sus fines son amplísimos y numerosos, ya que en todo se precisa esa cooperación. (CERVANTES ANAYA, 2013)

2.4.4.- Bien jurídico protegido en el título xviii del código penal.

Debemos entender por “Administración pública”, tomando en cuenta su acepción desde el derecho administrativo, en mérito a su connotación desde una perspectiva del Estado constitucional de derecho, como personalidad jurídica encaminada a la realización y ejecución de las prestaciones públicas. Empero, necesitamos dotar de cierta sustantividad a dicha concepción, a efectos de cautelar su materialidad como bien jurídico —merecedor de tutela penal—. El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en

cumplimiento de finalidades públicas.

En palabras de (BERNAL PINZON, 1965), la expresión Administración pública utilizada por el legislador debe entenderse como “el conjunto de funciones ejercidas por los varios órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad”

Lo dicho tiene especial repercusión en la tarea de distinguir entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, sabedores que ambas esferas pertenecen al derecho administrativo sancionador, como el núcleo más duro del ordenamiento jurídico; siendo que el derecho penal es privativo de las sanciones de mayor injerencia para las libertades fundamentales de los individuos, esto es, la pena.

2.4.4.1.- Antecedentes

A partir de la concepción de un derecho penal liberal, era lógico que los primeros bienes a tutelar, sean aquellos que sostienen la base existencial del individuo; v. gr., la vida, el cuerpo y la salud, como intereses superiores que se constituyen en la base material y en la *conditio sine qua non*, para que el individuo pueda desarrollar plenamente sus demás bienes en un ambiente de plena libertad. Desde el Código Penal de **Fuerbach** de 1823 esa fue la tendencia política criminal, en la medida que los primeros intereses jurídicos objeto de tutela eran los bienes jurídicos personalismos o pertenecientes al denominado “derecho penal nuclear”.

En tal entendido, estos son los primeros valores fundamentales que son dignos de protección penal, pero, no puede considerarse a la persona humana desde un individualismo extremo, tal como lo expresa **Weber**, el hombre solo es persona en sociedad, y como tal ingresa a participar en una serie de interacciones sociales, de cuya

participación pueden derivarse afectaciones y la frustración de expectativas legítimas.

El nacimiento del Estado Republicano y de los Estados Nacionales fue obra de toda una gesta independista en América Latina luego de la ruptura colonialista de los Estados europeos de occidente. Fue plasmándose así la conformación de democracias sociales participativas, ya no solo orientadas al plano de la legalidad estatal, de sujetar la actuación de los órganos públicos al plano de la legalidad; sino también, que la intervención estatal se dirige fundamentalmente a la prestación de servicios públicos, en la medida que el Estado social implica dirigir la actividad estatal sobre todo un abanico de prestaciones sociales, teniendo como destinatarios a los comunitarios.

Entonces, toda esta actividad pública se enmarca en el concepto de “Administración pública”, cuya legitimidad se sostiene sobre la base del interés general y sobre el bien común, en la medida que una función esencial del Estado social es de promover eficazmente los derechos del individuo, bajo la proclama garantista del artículo 1 de la Ley Fundamental, que consagra a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Bajo tal línea argumental, surge la necesidad de tutelar que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajos los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema *ius constitutionale*.

En un Estado social y democrático de derecho los bienes colectivos deben surgir de la propia estructura social y, más concretamente, del sistema de relaciones macrosociales existente en ella, deben apoyarse sobre categorías empíricas que alcancen a expresar la idea que les sirve de fundamento: el tratarse de presupuestos o condiciones para la protección y el desenvolvimiento de los bienes individuales. (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, 2001)

El artículo 39 de la Ley Fundamental prescribe a la letra lo siguiente: “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”, en la medida que el

cargo ejercido se sustenta en un deber jurídico-público que implica que toda la actividad pública ejercida por el funcionario o servidor público debe orientarse estrictamente a los intereses generales de los administrados, en tanto, el sistema socio-estatal implica una promoción activa del Estado para asegurar eficazmente los derechos del individuo.

La Constitución consagra 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 (VASQUEZ, Seijja 2008) de establecer los mecanismos necesarios que permitan asegurar una Administración pública adecuada firmemente en los cánones democráticos. Consecuentemente, el concepto de Administración pública en sentido jurídico penal, como sostiene *Molina Arrubla*, puede ser examinado en el conjunto de actividades que desarrolla, presentándose entonces el concepto material de la Administración pública; o puede ser apreciada a través de los organismos que ejecutan esa actividad, teniéndose así el concepto o el aspecto subjetivo de la Administración pública.

2.4.4.2.- Desarrollo teórico-conceptual

En nuestra consideración, la calificación jurídico penal que se extrae de la actividad pública así como la delimitación del objeto de tutela, debe ser vista en cuatro planos debidamente identificados:

- Las actuaciones del funcionario o servidor público, que toma lugar de forma interna (intra-administrativas), y que tienen la idoneidad de afectar el normal desarrollo de la actividad pública.
- La afectación del servicio a los intereses generales, pues, son los ciudadanos los accesitarios finales de las prestaciones públicas, por ende, aquellos son los principales afectados cuando se cometen injustos materialmente perpetrados en

prevalimiento de la función pública. **gr**, aquellos que llevan **in situ** un contenido patrimonial, ejemplo: peculado, malversación de fondos, concusión, colusión ilegal, exacciones ilegales, etc.

- Las conductas que suponen una privatización del cargo.
- Los comportamientos prohibidos perpetrados por los particulares (**extraneus**), que no suponen una infracción del deber, más constituyen un atentado contra la legitimidad de la función pública, contra su normal funcionamiento así como contra la objetividad e imparcialidad de la actuación funcionarial, **v. gr.**, usurpación de funciones, resistencia y desobediencia contra la autoridad, cohecho activo, tráfico de influencias, etc.

Quiere decir, lo anterior, que la Administración pública puede ser lesionada por la conducta delictuosa de sus propios representantes, es decir, desde “dentro”, y entonces su autor será un **intraneus**-, o también puede ser perjudicada por los particulares. (BERNAL PINZON, 1965)

Bien, pasaremos ahora a definir el bien jurídico objeto de tutela en los delitos contra la Administración pública, no sin antes advertir al lector que no es posible sistematizar de forma homogénea el bien jurídico tutelado, en la medida que los diversos tipos penales que se aglutinan en este título señalan diversas formas de configuración típica, pues, la intensidad de la afectación viene sustentada por el sujeto activo de la infracción, el ataque a la función pública propiamente dicha (interna o externa) y su afectación material.

Dicho lo anterior, sostenemos entonces que el bien jurídico objeto de tutela en los delitos contra la Administración pública, debe sistematizarse conforme a los principales y valores consagrados en la Constitución Política del Estado, que refleja la imagen de un Estado social y Democrático de Derecho, de cuyo cuño puede decirse lo siguiente: el Estado debe de procurar que toda la actividad pública se realice y desarrolle de forma

objetiva, imparcial e independiente, es decir, es el principio de legalidad que debe irradiar el normal desenvolvimiento de la Administración pública. En palabras de **Ortiz Rodríguez**, la Administración pública debe ser oportuna, pronta y eficaz. (MOLINA ARRUBLA, 2013)

Dicho en nuestras propias palabras: en el marco del ejercicio público pueden realizarse una serie de perturbaciones, que para poder ser consideradas ilícitos penales deben de afectar cualitativa y cuantitativamente el normal funcionamiento de aquella de forma considerable, de conformidad con los principios de **ultima roño**, de subsidiariedad y de fragmentariedad del derecho penal.

El bien jurídico desde una perspectiva funcional sería la objetividad, la imparcialidad e independencia como criterios rectores que debe guiar toda la actividad pública prestacional, y desde un sentido social sería las legítimas expectativas de los administrados de que la función pública sirva estrictamente a los intereses generales comunitarios. (MIR PUIG, 2000)

Desde una perspectiva general, **Rainieri** expresa que atenían contra la Administración pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones (ZARAZO OVIEDO, 1996)

En un Estado democrático y social de derecho, entonces, debe asegurarse la participación del individuo en las diversas actividades socioeconómicas-culturales, que son necesarias para su integración social y para su autorrealización personal; es que en un ámbito colectivo, la persona humana no solo debe tener un reconocimiento y tutela de sus derechos subjetivos inherentes a dicha condición ontológica, sino también permitir su desarrollo como tal, significa promover su acceso a los fines sociales que el Estado debe también tutelar. (CABRERA VASQUEZ, 2011)

2.4.5.-Responsabilidades de los trabajadores en la administración pública.

Para llegar a determinar la **RESPONSABILIDAD**, de los trabajadores de la administración pública se ha realizado un análisis de la realidad, y; visitas periódicas a entidades de la administración pública durante el desarrollo de la presente Tesis. Rescatando la siguiente información.

La palabra responsabilidad contempla varias definiciones posibles, de acuerdo al diccionario de la Real academia Española se trata del cargo o la obligación moral que resulta para un sujeto del posible error cometido en un asunto determinado. La responsabilidad es también la obligación de reparar y satisfacer una culpa, otra definición posible mencionada por la Real academia Española, señala que la responsabilidad es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer las consecuencias de un hecho que realizo con libertad .Por tanto una persona responsable es aquella que ocasiona en forma consciente un hecho y que puede ser imputada por las consecuencias que dicho hecho genere de esta forma la responsabilidad ,es una virtud de los seres humanos.

En el derecho se habla de responsabilidad jurídica cuando un sujeto viola un deber de conducta que ha sido señalado previamente por una norma jurídica a diferencia de una norma moral ,la ley procede de un organismo externo al sujeto (el Estado) y es coercitiva.

Una persona es juzgada de acuerdo a la ley y que es considerada como responsable de la violación de una norma jurídica recibirá entonces una sanción que puede incluir pérdida de la libertad. (Encarcelamiento).

2.4.5.1.- Los Funcionarios y Servidores Públicos.

Según CABANELLAS se entiende por funcionario “es toda persona que desempeña una función o servicio, por lo general público. La Academia, se inclina

resueltamente a la equiparación de funcionario con empleado público.” Asimismo define a la función pública-apoyándose en el tratadista Mayer- como “un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación del Derecho Público de servirle”. (CABANELLAS, 2008)

La Ley 27815 Ley del Código de Ética de la Función Pública define a esta como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos” esto supone que no hace distinciones en cuanto que todo trabajador sea de cualquier rango jerárquico y de cualquier modalidad de contratación realiza función pública entendida aquella que le faculta la representatividad del Estado y de todos los ciudadanos en la realización de sus actos”.

(BENDEZU NEYRA, 2005)

La legislación peruana define, asimismo, ya sea en forma simultánea como separada estos conceptos, así se tiene que el Decreto Supremo N° 005-90-PCM “Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa en su artículo 3° “: Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”, asimismo en su artículo 4° indica” considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme el ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los Poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

Por otro lado La Ley 27815 engloba en una sola definición ambos conceptos ya que su artículo 4º dispone”: 4.1.A los efectos del presente Código se considera como servidor a todo funcionario, servidor o empleado en las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o efecto que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado”. Esta acepción es la que se utilizará en el presente trabajo a efectos de no crear confusión y/o distinguos.

2.4.6.-Responsabilidades en materia Administrativa, Civil y Penal.

2.4.6.1.- Definición de Responsabilidad.

Para CABANELLAS, responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido. Deuda Moral. Cargo de conciencia por un error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario. (CABANELLAS DE TORRES, 1980.)

A.- La Responsabilidad Funcional Del Servidor Público.

Las entidades públicas para el ejercicio de sus funciones cuentan con dos grandes rubros normativos: uno interno, que está formado por las normas internas de cada entidad como el Manual y Reglamento de Organización y Funciones, Manuales, Directivas etc. y que son las que posibilitan su funcionamiento interno, Asimismo cuenta con un rubro normativo externo que está compuesto por la normatividad dictada por entes distintos de la entidad y que son de cumplimiento obligatorio, como por ejemplo la Ley Presupuestaria del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, entre otras. Es en este marco normativo que los servidores públicos desarrollan su accionar y es el incumplimiento de esta normatividad la que le genera responsabilidad funcional.

Al respecto ZEGARRA sostiene que la responsabilidad nace por un acto que invade la esfera del derecho, o el interés ajeno, y como el Estado es una persona moral, el acto de aquel es la operación concreta de un funcionario en el desempeño de su cargo. Por lo tanto, la responsabilidad de las autoridades y en general del personal administrativo se deriva de aquellas acciones u omisiones incurridas con motivo del ejercicio de sus funciones públicas. (ZEGARRA GUZMAN, 2003)

Esta responsabilidad debe estar encaminada a velar por el bien común, es decir por el interés público y ella debe reposar en un accionar del servidor acorde a las normas así como a los principios de moralidad y ética, al respecto BENDEZU³⁷ sostiene que “ Todo servidor público, desde el más encumbrado hasta el más humilde, ha de cumplir a cabalidad las labores del cargo asignado, con la mayor dedicación, eficiencia y responsabilidad... debe satisfacer a plenitud la demanda poblacional o el requerimiento del público usuario...”

La responsabilidad funcional puede clasificarse en:

Por su exigibilidad.

Interna, cuando el afectado es la entidad y externa, cuando lo es el administrado o usuario.

Por su actividad generadora.

Responsabilidad por acción, cuando el servidor público comete una infracción en la ejecución de un acto y responsabilidad por omisión, cuando estando obligado

³⁷ BENDEZU NEYRA, GULLERMO. Preámbulo.

normativamente a ejecutar un acto no lo hace incumpliendo su función (conducta omisiva)

Por la materia

Responsabilidad administrativa, civil y penal, esto se desarrollará en el siguiente literal.

Por sus consecuencias

Responsabilidad simple, cuando deviene sólo en una responsabilidad de tipo administrativo y no concurren ni la civil ni la penal y Responsabilidad Compuesta cuando incurra en más de una responsabilidad (administrativa, civil o penal).

B.- Responsabilidad Administrativa.

La Responsabilidad Administrativa es aquella cuando en el desempeño de sus labores el servidor desarrolla una gestión deficiente o negligente. Considera los siguientes criterios (entre otros):

- No lograr resultados razonables en términos de eficiencia, idoneidad y economía procesal.
- No realizar una gestión transparente en cuanto a la supervisión
- Control de los sistemas operativos y fiscalizadores.
- No respetar la independencia de auditoría interna.
- No agotar acciones para preservar los bienes patrimoniales y recursos materiales de la entidad.

Este tipo de responsabilidad es consecuencia de la infracción del servidor público de algún precepto que guía su gestión, esta infracción es pasible de la

aplicación de una sanción administrativa ejercida por la entidad en uso de su facultad sancionadora.

C.- Responsabilidad Civil

La Responsabilidad Civil es aquella en la que incurren los servidores por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones y que hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Para que se configure es necesario que esta se realice en pleno uso de sus funciones por dolo o por culpa.

Esta responsabilidad implica la resarción económica del daño ocasionado y ocurre por ejemplo cuando por negligencia del servidor se pierde o roba un vehículo de la entidad, este será procesado en el Fuero Civil por daños y perjuicios y de los cuales se derivara la indemnización correspondiente.

D.- Responsabilidad Penal.

Es cuando en el desempeño técnico-ocupacional el servidor incurre en acto u omisión tipificada como delito o falta. Estos ilícitos son tipificados en el Código Penal como “Delitos contra la Administración Pública “en el Título XVIII y concretamente en el Capítulo II” Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”. Entre los que se tiene: peculado, concusión, malversación, cohecho, corrupción de funcionarios, entre otros.

En este tipo de responsabilidad la sanción (pena) no es aplicada por la entidad sino por el Órgano jurisdiccional, previo proceso, y el objeto de la pena no está relacionada con la mejora del servicio sino de la actitud represora del Estado ante la ocurrencia de ilícitos que afectan no sólo a él sino a la sociedad.

Consecuentemente un servidor público puede incurrir en una o más responsabilidades conjuntas por un mismo hecho, así por ejemplo aquel servidor

que se apropia de dinero que le es entregado para su custodia tiene responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las normas de cautela de dinero(Tesorería), le cabe también responsabilidad civil por el perjuicio ocasionado a la entidad y al Estado - por lo que tiene que ser resarcido- y por último le alcanza responsabilidad penal por cuanto esta acción está tipificada como peculado en el artículo 387° del Código Penal.

Esta triple responsabilidad está recogida en la legislación peruana que regula la actuación del servidor público, así tenemos

- El Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en su artículo 25 ° dispone”: Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”.
- La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su Capítulo VII, Régimen Disciplinario, artículo 19° regula que”: Los empleados públicos son responsables civil, penal o administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público”.
- La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento General Administrativo en su artículo 243° Autonomía de responsabilidades indica:

243.1. Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2 Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario”.

El cumplimiento de las disposiciones en la normas vigentes no podrá dar lugar a represalias contra los funcionarios responsables en el cumplimiento de las mismas.”

Todo esto denota, pues, que el servidor público enfrenta tres tipos de responsabilidades en el ejercicio de sus funciones (responsabilidad funcional triple) y ellas pueden presentarse separadamente o simultáneamente frente a un mismo hecho calificado de infracción a la normatividad vigente.

Esta triple responsabilidad está debidamente tipificada en las diversas normas que regulan el accionar del servidor público y por tanto este debe actuar buscando no incurrir en ninguna de ellas por cuanto enfrenta sanciones igualmente triple: administrativa, civil y penal.

2.4.7.- El concepto de funcionario público.

La Administración pública se organiza a través de una serie de estamentos cuya correcta funcionalidad es vital para la consecución de los fines sociales que se le asigna al Estado según los preceptos constitucionales pertinentes; empero, como se ha sostenido, la Administración es un ente abstracto, de modo que su concreta actuación se manifiesta a partir de los servicios públicos que ejecutan, desarrollan y desempeñan los denominados funcionarios y/o servidores públicos.

El funcionario público, alega Laura **Ortiz**, es uno de los actores de mayor importancia dentro de la estructura burocrática estatal de nuestro país y tiene responsabilidad, ello si se tiene en cuenta la característica especial de su labor frente a los

órganos de control del estado.

Funcionario público es toda aquella persona que en mérito de designación especial y legal como consecuencia de un nombramiento o de una elección y de una manera continua, bajo normas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público.

Servidor público es el denominado empleado público, es la persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización a cambio de ciertos derechos exigibles a la administración.

Ambos, funcionarios y servidores públicos ejecutan, desarrollan y desempeñan sus actividades a nombre de la Nación y como tales han de servir los intereses estrictamente comunitarios. De hecho, que la investidura de funcionario público adquiere una distinción importante con respecto al servidor público, pues solo a él se le confieren capacidades decisorias, resolutivas, lo que viene de la mano con el concepto de “autoridad”.

El ingreso a la carrera pública se determina a partir de las leyes aplicables, ora el Decreto Legislativo N.º 276 o el Decreto Legislativo N.º 728 (Ley de Fomento del Empleo) así como una vastedad de normativas que se han difuminado en los últimos tiempos en el campo del derecho laboral público, al punto de definirse una naturaleza civil en algunos casos, cuando se observa la gran cantidad de trabajadores que se encuentran inmersos en un contrato de servicios no personales en el aparato público del Estado.

Hablamos entonces de una formalidad para el acceso a la función pública que puede ser por concurso, por convocatoria pública, así como el denominado personal de confianza que nombra directamente a los altos funcionarios del Estado; en tal entendido,

la cualidad de funcionario público, importa el revestimiento que se le confiere a determinados ciudadanos para ejercer una actuación u autoridad pública, al margen del procedimiento accesitario, es decir, la vía legal y laboral, del acceso a la función pública.

Las formalidades legales y procedimentales, de cómo el ciudadano ha de ser investido con la categoría de funcionario público, supone un aspecto importante en el abordaje estrictamente del derecho administrativo, lo que a su vez comprende un régimen disciplinario que motiva la incidencia de un aparato público sancionador, una cuestión distinta tenemos en el campo del derecho penal, en el sentido de reconocer dicha cualidad a efectos de atribuir responsabilidad penal. No olvidemos que el fundamento material de los injustos que atacan a la Administración pública se fundamenta en la especial vinculación (institucional) del *intranseus* con el objeto material del delito y para ello no ha de interesar que dicho agente tenga la calidad de funcionario público, en mérito a un acceso formalmente y legalmente impecable.

El derecho punitivo debe en la medida de lo posible construir sus privativos conceptos, que sin resultar abiertamente contrarios a la esfera jurídica extrapenal puedan cubrir los cometidos de política criminal, en esa incansable tarea de proteger los bienes jurídicos, sea de orden personal, colectivo e institucional.

Nos parece interesante la distinción elaborada por **Cervantes Anaya** en la doctrina administrativa nacional, al escribir que desde un punto de vista formal, son funcionarios del Estado los designados o nombrados, según las formalidades establecidas por el estatuto de funcionarios. Desde el punto de vista material, son funcionarios los individuos que en virtud de elección especial del Estado, tienen la obligación de desempeñar fielmente una función pública, cuyo servicio no ha sido determinado cuantitativamente. (POLAINO NAVARRETE, 2013)

Desde un aspecto en puridad punitivo, podemos hacer referencia a aquellos funcionarios y/o servidores públicos de derecho (de *lure*) y aquellos que se encuentran desempeñando una determinada actividad pública de facto, al adolecer de ciertos defectos en su nombramiento y/o designación. Algunos de ellos pueden ser nombrados en mérito a un concurso público, merced a una designación del jefe del sector (personal de confianza) o mediando elección popular (presidente de la República, congresistas, alcaldes, regidores, presidentes del gobierno regional, etc.).

Lo dicho es en suma relevante, en orden a establecer el círculo de autores en aquellos injustos estrictamente sostenidos en la posición funcional, en cuanto a la comisión de delitos como abuso de autoridad, peculado o malversación de fondos, en cuanto a sujetos que pueden ser identificados como autores.

Ahora bien, desde un vistazo de la *lege lata* apreciamos que el legislador ha pretendido construir un concepto omnicomprendivo de funcionario público, tal como se desprende del tenor literal del artículo 425 del CP, concordante con la llamada “extensión de punibilidad” contenida en el artículo 392 del CP. Por consiguiente, se advierte sobre una orientación criminalizadora del legislador a efectos de hacer ingresar a la red de punición a una mayor cantidad de personas, lo que si bien puede resultar criminalmente satisfactorio es dogmáticamente desacertado cuando se incluyen a personas que no se encuentran vinculados funcionalmente con la Administración pública.

El artículo 425 del CP, declara a la letra lo siguiente:

“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 emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se

encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

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 demás indicados por la Constitución Política y la ley”.

El primer numeral hace referencia a aquellos funcionarios y/o servidores públicos comprendidos en la “carrera administrativa”; el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 276 dispone lo siguiente:

“Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración pública. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos”.

Los artículos 3 y 4 del D. S. N.º 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, preceptúan lo siguiente:

“Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares. Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a ley.

Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

Todos aquellos servidores (empleados públicos), cuyo escalafón funcional se encuentra adscrito en el ámbito de la ley mencionada, constituyen sujetos formalmente integrados en la carrera administrativa, según una relación de derecho público (administrativo). En la actualidad se ha diluido significativamente la institución de la carrera pública, debido a la arremetida en los últimos años del régimen laboral privado.

En el segundo numeral se ubican aquellos que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; los primeros de los nombrados son aquellos que ejercen la función pública en virtud de un proceso eleccionario de carácter político, son los votantes que en sufragio universal eligen a sus gobernantes, como es el caso del presidente de la República, los congresistas, los alcaldes, presidentes de gobiernos regionales, regidores, etc. A su vez, en el alto escalafón funcional del Estado aparecen los ministros de Estado que son designados por el presidente de la República, estos a su vez designan a los viceministros y otros funcionarios (asesores) que son de confianza; así también los miembros del Directorio del BCR, del Banco de la Nación, el Superintendente de Banca y Seguros (SBS), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), los presidentes de los organismos reguladores (Osiptel, Osinergmin, etc.), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, los directivos del Indecopi, el contralor de la República, el presidente de Cofopri, etc.

Los funcionarios nombrados se encuentran expresamente excluidos de la carrera administrativa, como es de verse en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 276.

Extensión de Punibilidad que también recoge a los depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan, a particulares; articulado que fuera modificado por la 7° Disposición Final de la Ley N° 28165 del 10 de enero del 2004.

En el quinto numeral se hace alusión a “los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”; se trata de servidores públicos que realizan particulares funciones públicas, en cuanto a la conservación y cautela del orden público y la seguridad nacional, tal como se desprende de la Ley Fundamental.

Si bien los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú se rigen por su propia normativa laboral, al fin y al cabo son también funcionarios y/o servidores públicos, por tanto incluidos en el tercer numeral. Tal vez los efectos simbólicos y socio-comunicativos de la norma jurídico-penal, haya inspirado al legislador hacer una mención expresa de estos servidores públicos, que en base a un plano criminológico revela una justificación de formación específica.

Finalmente, en el sexto numeral se hace alusión a “los demás indicados por la Constitución Política y la ley”; que parece expresar una cláusula abierta, una especie de prescripción omnicomprendiva donde ha de recalar todos aquellos que al no detentar algunas de las vinculaciones funcionales que se glosan en los apartados precedentes, ostentan una determinada relación funcional con la Administración pública, pero de cara a una reforma legal a futuro, es decir, que de *lege ferenda* se regulen ciertas condiciones para adquirir dicho estatus funcional. No obstante, si dicho carácter viene definido por un precepto constitucional, habría de sancionarse una normativa que desarrolle legalmente dicha caracterización, con arreglo al principio de legalidad.

2.4.8.- Concepto de funcionario público en el derecho penal, conforme la reforma normativa al artículo 425°, vía la ley N.º 30124.

La interpretación de las normas jurídico-penales ha de tomar lugar bajo criterios muy particulares, esto es, bajo un confín —axiológico y teleológico a la vez—, basado en el fin esencial del derecho penal en un orden democrático de derecho: la protección de bienes jurídicos; de forma que la política criminal que se patentiza en el orden jurídico ha de estar orientada a tal legítimo objetivo.

Dicho lo anterior, se tiene que en el marco de los delitos contra la Administración pública, —se tutelan bienes jurídicos de primer orden—, según el listado de valores compaginados constitucionalmente, entroncando valores instituciones y sociales que se ven gravemente perturbados cuando un funcionario y/o servidor público, en aprovechamiento de su competencia funcional, incurre en algunos de los delitos comprendidos en el capítulo II y ss del título XVIII del CP.

A tal efecto, es que se diseñó los llamados delitos especiales propios, pues conforme es de verse en sus articulados correspondientes, se requiere contar con la cualidad funcional que allí se describe, la cualidad de funcionario y/o servidor público, por lo que aquellos que carecen de tal revestimiento funcional, no pueden ser autores, a lo más partícipes.

Siendo así, se alza como una labor imprescindible de la dogmática jurídico-penal definir con propiedad quienes pueden ser percibidos como funcionarios y/o servidores públicos a efectos penales; y esta tarea de hermenéutica no puede elaborarse desde un plano extrapenal, es decir, no será posible dicha construcción intelectual desde una estricta mirada al derecho laboral y al derecho administrativo, en la medida que el derecho penal ha querido diseñar normativamente su propio concepto de “funcionario público”, tal como se advierte de los incisos comprendidos en el artículo 425 del CP, dando lugar

a una definición material —no formal— de incluir como potenciales autores a personas, que si bien no se encuentran insertos en el régimen laboral —propio de la carrera administrativa (Ley N.º 276)—, al estar vinculados funcionalmente con la Administración (CAS, servicio no personales), también caen en la esfera de regulación jurídico-penal, en tanto y en cuanto están en condiciones de vincular jurídico y legalmente a la Administración con terceros, como sucede en los delitos de peculado y colusión ilegal, donde el funcionario que dirige la licitación público, que pueda estar contratado como CAS, igual puede contratar con los particulares, en representación de la entidad estatal, por ende, de defraudar al Estado, al concertarse con los licitantes.

Así también podrían mencionarse innumerables ejemplos, donde asesores (de alta dirección) que giran sus recibos por honorarios profesionales, en los hechos (funcionario de facto), pueden asumir roles de percepción u administración y así han de responder penalmente por el delito de peculado. Una posición contraria significaría debilitar injustificadamente los fines preventivos de la pena (general), así como de violentar el principio de igualdad; una situación que adquiere mayor vigor justificador cuando en el Perú se ingresa laboralmente a la vigencia de una serie de regímenes laborales, que se distancian de la carrera pública, al punto de sancionarse el Decreto Legislativo N.º 728, Ley de fomento al empleo en el sector privado, donde muchos trabajadores que laboran en la Administración pública se encuentran comprendidos en dicho régimen y, no por ello, no son susceptibles de ser considerados autores de peculado, malversación de fondos, abuso de autoridad, omisión de actos funcionales, etc.

Así, se dice que es funcionario o servidor público “todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del

Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”. Declaración normativa que se concatena con lo previsto en la Constitución, cuando esta señala en el artículo 40°. Que “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

Ningún funcionario en el marco del derecho laboral, con el que se esboza en el derecho penal, y que ahora, merced a la sanción de la Ley N.º 30124 de diciembre del 2013, ha quedado definido de forma taxativa, al haberse previsto en el inciso 3 del artículo 425, que se incluyen a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos; por lo que queda sin sostén cualquier argumentación jurídica que pretenda invocar exculpación de responsabilidad penal (de no tener la condición de funcionario público), en mérito a la previsión constitucional mencionada o ley extrapenal que lo indique de tal manera.

Entonces, lo que determina tal cualidad, no es la naturaleza del régimen laboral — al que pertenece el *intraneus*—, sino su posición funcional en la Administración, su vinculación competencial con el objeto material del delito (caudales, efectos, etc.), lo que precisamente le permite afectar los intereses jurídicos que se ponen a tutela del derecho penal en esta esfera de la criminalidad. Y, así puede citarse, el caso de los funcionarios públicos que emiten informes, sobre determinadas materias, cuyo contenido permite que otro sujeto público autorice el funcionamiento de una determinada actividad socioeconómica; por lo que este, sea cuales fuese la entidad estatal en la que labore, así como el régimen laboral que lo vincula contractualmente con la Administración, es susceptible de responder ante la justicia penal, ora como autor ora como partícipe.

Consecuentemente, el concepto de “funcionario público” en el derecho penal asume

una naturaleza distinta a la del derecho administrativo y el derecho laboral, formulando una acepción distinta, lo cual se corresponde con su función de política criminal; el derecho punitivo no puede condicionarse a lo que diga una esfera de la juridicidad extrapenal, ello comporta elaborar sus propias categorías conceptuales, que sin vulnerar el principio de legalidad, pueda concretizar los fines político criminales valiosos que lo patrocinan. Una postura divergente significa abrir una puerta inexplicable hacia la impunidad, intolerable desde los cimientos de un Estado constitucional de derecho.

Vemos así que las coordenadas de política criminal son las que direccionan las barreras de intervención punitiva, en la medida que el legislador —con las reformas normativas en particular— pretende asegurarse que más sujetos públicos caigan en las redes de la represión penal, a través de fórmulas normativas que permitan cobijar las conductas reprobadas bajo los alcances normativos de los tipos penales funcionariales; de hecho, no es lo mismo incidir en una tipificación penal del delito de hurto o apropiación ilícita que en el delito de peculado, en tanto, la magnitud de la sanción es mucho mayor, proponiendo un mensaje disuasivo más intenso (prevención general negativa) en un contexto social abrumado por casos de corrupción.

No olvidemos que el fundamento material del injusto funcional es la realización del comportamiento típico en el ejercicio del cargo público, por lo que el estado de desvalor —que es objeto de represión— debe ser consecuencia directa de un acto, en aprovechamiento, de la esfera estrictamente competencial del *intraneus*, al ser su especial vinculación con el objeto material del delito, lo que sustenta su posición de dominio social que es empleada para contravenir sus deberes jurídico-público esenciales.

Lo dicho cobra relevancia —en márgenes interpretativos— en algunos casos, cuando por ejemplo, el individuo ha sido recién designado para desempeñar determinado cargo público o ha sido proclamado para el mismo, recibe una dadiva y/o prebenda (o la

promesa de obtenerla) para una vez asentado en el cargo realice una labor contraria a sus deberes legales (cohecho) o se compromete a impulsar leyes, —que tengan como beneficiarios a determinados empresarios en el rubro minero—, para lo cual recibe una gran cantidad de dinero, incrementando así de forma significativa su acervo patrimonial (enriquecimiento ilícito). Estos ejemplos dan cuenta de la dimensión temporal del delito, donde uno de los elementos de la tipicidad penal no están aún vigentes, pero sí luego de transcurrido cierto lapso de tiempo —en los casos mencionados—, la tipicidad penal se complementa una vez que el sujeto asume en concreto el cargo, y está en posibilidad de quebrantar los deberes inherentes al cargo que desempeña.

Entonces, lo que se manifiesta en la dación de la Ley N.º 30124 —recogido en el artículo 425.6 del CP—, importa un concepto anticipado de funcionario público, que si bien contaba con respaldo doctrinario y jurisprudencial en su concepción normativa originaria, parece ser que —el legislador— en pos de cautelar el principio de legalidad en toda su magnitud y —a su vez— para fortalecer, los efectos sociocognitivos de la norma jurídico-penal, ha optado por ensayar esta fórmula legislativa, importante para cautelar la protección de bien jurídico tutelado y para la adecuada subsunción legal de las conductas incriminadas, cuando señala que son considerados funcionarios públicos: Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Mediando la fórmula legislativa anotada, el Perú se adecúa a plenitud a la Convención Interamericana contra la corrupción, cuando en sus primeros apartados dispone que para los fines de la presente Convención se entiende por:

- “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

- “Funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

La “designación” de un funcionario, conforme lo dispone el artículo 4 del D.S. N° 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa), aquel ciudadano que es designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por la ley. Si bien, hemos postulado la autonomía conceptual del derecho penal frente al resto de ramas del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que no puede propugnarse una desvinculación total, por lo que ante designaciones de funcionarios manifiestamente irregulares, *u. gr.*, por autoridad incompetente, sale fuera del radio de acción del enunciado legal en cuestión.

Por su parte, la “elección” refiere a los denominados “funcionarios políticos” que son electos por votación popular: presidentes, vicepresidentes, congresistas, alcaldes, etc.; mediante sufragio directo, secreto y obligatorio en Distrito Electoral Único, luego de haber obtenido la cantidad de votos exigido por ley, lo cual tomará lugar luego de que la ONPE dé el conteo oficial de la votación y así se tenga como electo al funcionario en cuestión, dado a conocer por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

El conteo fuera de la mesa de urnas, que realizan las encuestadoras, no tiene valor para definir dicho estatus jurídico-penal. Acá se observa un mayor adelantamiento que el advertible de forma seguida. Es de verse así, en la ejecutoria emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema —Exp. N.° 06-2001—, que en sus fundamentos noveno y décimo hace alusión precisamente a la Convención Interamericana contra la corrupción señala que forma parte del derecho interno, al prescribir que los ciudadanos elegidos son

funcionarios públicos, de que la misma añade una cláusula al artículo 425 del Código Penal por lo que al procesado le corresponde el *estatus* de “congresista elegido”, lo cual se acredita por prueba notoria consistente en el resultado general de las elecciones de abril del 2000, dado a conocer oficialmente por el resultado ratificado por las comunicaciones de la ONPE.

La “proclamación” finalmente implica un acto formal concluido todo un procedimiento que toma lugar después de un proceso eleccionario de autoridades políticas que son electas por voto popular; donde el Jurado Nacional de Elecciones, luego de haber depurado las actas electorales y resuelto todas las impugnaciones, otorga las correspondientes credenciales a los ciudadanos proclamados como presidente de la República, congresistas, etc.

3.- METODOLOGÍA.

3.1.- Método empleado

Los métodos que se han creído conveniente utilizar para el desarrollo de la presente investigación, son las siguientes.

Método analítico.

Este método se utilizó para analizar la realidad problemática a los institutos procesales sobre la Reincidencia y Habitualidad al no cumplir con los fines de la pena.

Método descriptivo y explicativo.

Con éste método básicamente buscó exponer las características del problema, carencia, debilidades, para luego darle un estudio científico buscando soluciones racionales.

Método de síntesis.

Este método permitió realizar un enfoque real, objetivo, concreto y sistematizado de todo el bagaje de información recopilada para luego materializarlo en conclusiones.

3.2.- Variables

3.2.1.- Variable independiente.

- Corrupción de funcionarios.
- La suspensión de ejecución de la pena

3.2.2.-Variable dependiente.

- Código Penal.
- Pena efectiva a los funcionarios y servidores públicos.

3.3.- Técnicas y recopilación de datos.

Las técnicas utilizadas para el presente trabajo de investigación, fueron las siguientes.

Fichaje.

Esta técnica se utilizó para la recopilación bibliográfica, relacionado con el presente tema de investigación, permitiendo elaborar fichas de registro como son bibliográficas, y las fichas de investigación como son: textual resumen y comentario.

Recopilación de datos.

Esta técnica se utilizó para recopilar información electrónica que esté relacionado con el tema de investigación.

Recopilación de leyes.

Esta técnica se utilizó para recopilar leyes relacionadas con el tema de investigación.

CONCLUSIONES

1. Dentro de los delitos de funcionarios públicos cometidos, los más comunes a nivel nacional en primer lugar se encuentra el peculado y en segundo lugar la colusión, asimismo en la región Lambayeque el primer lugar lo ocupa la colusión, el segundo lugar el peculado y el tercer lugar el peculado de uso, y el delito de tráfico de influencias.
2. Se ha podido comprobar que los medios existentes en el Derecho Penal para erradicar el delito de corrupción las penas en su mayoría no son adecuadas; pues permite que bajo una negociación procesal penal como son la terminación anticipada, las penas impuestas se consideren como penas suspendidas en su ejecución. Lo que permite que muchos funcionarios públicos después de cometer el delito gocen de libertad lo que se considera como una burla para la sociedad e incita a que mucho funcionarios cometan delitos a sabiendas que no van a ser sancionados penalmente con una sentencia efectiva.
3. La población no conoce los mecanismos de denuncia, por ello muchas veces deja pasar sin castigo un acto de corrupción, lo que lo lleva a acostumbrarse a tales hechos como un actuar normal, casi como cotidiano. Asimismo, si bien dichos mecanismos si son adecuados y con penas drásticas, sin embargo solo se encargan de la represión y la sanción, más no existen estrategias que abarquen la prevención. Una denuncia es presentada después de que ya hubo un perjuicio económico, si no se trabaja en prevención la situación continuará siendo la misma.

RECOMENDACIONES

1. Se debe trabajar un proyecto que integre el trabajo de todos los sectores de la sociedad involucrados en el proceso de prevención, sanción y reinserción; dado que como se ha identificado también el fenómeno de la corrupción se genera en gran medida por condiciones internas del sujeto, tales como falta de valores o perfiles psicológicos y sociológicos que lo inducen a la comisión de los hechos; por lo cual se requiere de un equipo multidisciplinario que intervenga en la elaboración de un plan o modelo integrado para reducir los índices de corrupción.
2. Que, en referencia al ámbito de represión y sanción es necesaria una intervención drástica de la Procuraduría como ente defensor del Estado, evitando la migración constante de procuradores, debido a que el cambio de defensor pone en ventaja a la defensa, al no conocer el caso desde el inicio, ni las estrategias aplicadas y ello dilata el proceso. Ante ello además se debe verificar la implementación de la ley que permite la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción (proyecto aprobado en el año 2016).
3. Considero absolutamente necesaria trabajar con prioridad que el Estado capacite a las entidades públicas, políticas, religiosas, universidades, la Contraloría de la República, el Ministerio Público, el Poder Judicial, los Gobiernos Regionales y Locales, etc, sobre los delitos cometidos por funcionarios públicos y sus consecuencias jurídicas.

4. Esto enmarcado en La Ley N° 30304, Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos; no se hace cumplir esta finalidad de la pena debido a que el juez está en la obligación de establecer penas efectivas de libertad generándose así una sobrepoblación penitenciaria.
5. Se recomienda que cuando existan proceso penales por delitos cometidos por funcionarios públicos ya no se permita llegar a una conclusión anticipada, ni tampoco a una terminación anticipada del proceso, pues lo que se logra es realizar una baja de la pena que tiene como consecuencia que el mal funcionario goce de una sentencia suspendida en su ejecución, dejando mal visto al sistema sancionador penal.

BIBLIOGRAFIA

1. ABANTO VASQUEZ, M. (2003). Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima: Palestra.
2. ANTÓN, O. J. (1977). Derecho Penal. Madrid: 2da edición.
3. BERNAL PINZON, J. (1965). Delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Temis.
4. BORJA, J. E. (2011). Manual de Curso de Política Criminal. Valencia: Tirant lo Blanch.
5. CABRERA VASQUEZ, M. (2011). Derecho Administrativo & Derecho Procesal Administrativo. Lima: Ediciones Legales.
6. CORNEJO, A. (1938). Derecho Penal Parte Especial. Lima: Librería Peruana.
7. DELMAS, M. M. (1986). Modelos actuales de Política Criminal. Madrid: 3Ra epoca número 49.
8. DWIGHT, W. (2011). Estudio de la Administración Pública. En R. CABRERA VASQUEZ, DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO (págs. 30-30). Lima: San Marcos.
9. Ejecutoria Suprema Lambayeque, Exp. N° 3538-96 (-Lambayeque 31 de Octubre de 1997).
10. GACETA, J. (2007). Dialogo con la Jurisprudencia. GACETA JURIDICA, 187.
11. GOLDSTEIN, R. (1962). Diccionario de Derecho Penal. Buenos Aires: Omeba.
12. HUARCAYA, B. (2018). Delitos contra la Administración Pública. Gaceta Jurídica, 169-186.
13. HUGO ÁLVAREZ, J. (2006). El delito de peculado. Lima: Gaceta Jurídica, , p. 261.
14. HUGO, A. J. (2002). Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública. Gaceta Jurídica, 111.

15. MIR PUIG, C. (2000). Los Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal. Barcelona: Editor. p. 20.
16. MOLINA ARRUBLA, C. (2013). "Delitos contra la Administración pública",. Lima: CIT., P. 17.
17. PENA CABRERA, A. (2016). DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ACTUALIDAD GUBERNAMENTAL. LIMA: PACIFICO EDITORES. .
18. PEÑA CABRERA, A. (2016). "Delitos contra la Administración Público". Lima: Instituto Pacifico S.A.C.
19. PÉREZ, M. M. (1999). Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995. Madrid: Civitas p. 22 y ss.
20. POLAINO NAVARRETE. (2013). Delitos contra la Administración Pública". Lima: p. 276.
21. REATEGUI SANCHEZ, J. (2009). Derecho Penal. Parte Especial. Lima: Jurista Editores.
22. ROJAS VARGAS, F. (2002). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley.
23. ROJAS VARGAS, F. (2016). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley.
24. ROXIN, C. (1972). "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal". Barcelona: F. SANZ.
25. ROXIN, C. (1998). ¿Tiene futuro el Derecho Penal? Barcelona.
26. SALAZAR, S. N. (2004). Delitos contra la Administración Pública (jurisprudencia penal). Lima: Jurista Editores.
27. SALINAS SICCHA, R. (2009). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley.
28. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, S. (2001). "El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los

delitos ‘del cargo’). Lima: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC).

29. ZARAZO OVIEDO, L. (1996). El enriquecimiento ilícito. Santa Fe.

ANEXOS

ANEXO 01

EXPEDIENTE 03291-2017

DELITO PECULADO

ANEXO 02

EXPEDIENTE 06941-2014.

COHECHO ACTIVO GENERICO

ANEXO 03

EXPEDIENTE 05642-2015.

PECULADO DOLOSO

ANEXO 04

EXPEDIENTE 04860-2015.

TRAFICO DE INFLUENCIAS