



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO**



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA**

**La Lesión de los Bienes Tutelados en los Delitos de
Corrupción de Funcionarios, y su Resarcimiento en la
Determinación de la Pena y de la Reparación Civil, a partir de
los Casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, Años 2014 -
2015**

**Tesis presentada para optar el Grado Académico de Doctora en Derecho
y Ciencia Política**

PRESENTADA POR:

AUTORA

MG. MARIANELLA DE JESUS SIAPO GUTIERREZ

ASESOR

DR. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ

Lambayeque - Perú, Marzo del 2018

TESIS

“LA LESION DE LOS BIENES TUTELADOS EN LOS DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS Y SU RESARCIMIENTO EN LA DETERMINACION DE LA PENA Y DE LA REPACION CIVIL, A PARTIR DE LOS CASOS DE LOS JUZGADOS PENALES DE CHICLAYO, AÑOS 2014 – 2015”.

MG. MARIANELLA DE JESUS

SIAPO GUTIERREZ

AUTOR

DR. MIGUEL ARCANGEL

ARANA CORTEZ

ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.

APROBADO POR:

DR. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO

PRESIDENTE DE JURADO

DR. AMADOR MONDOÑEDO VALLE

SECRETARIO DEL JURADO

DR. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO

VOCAL DEL JURADO

MARZO 2018

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis a **DIOS TODOPODEROSO**,

En quien confiamos y encomendamos nuestras vidas,

Día a día, por ser la guía y fuerza espiritual en mi vida.

En segundo lugar, dedico muy en especial a mis

Padres, por sus constantes ejemplos cargados de

Virtudes ya que forjan en mí una persona impetuosa,

cuyo principal fin es ser su máximo orgullo, por ser

la razón de mi superación profesional, que hace

Posible a alcanzar el anhelo exitoso de la obtención

de Grado de Doctor.

AGRADECIMIENTO

Oportunidad propicia para expresar mi sincero y profundo agradecimiento:

“En especial a Dios por darnos ayuda permanente en
nuestros quehaceres diarios; a mis padres, quienes
nos inculcan valores”

A esta casa de estudios, que me brindó su apoyo, el
Ministerio Público, a mi asesor Dr. Miguel Arcángel
Arana Cortez, por el apoyo, sus enseñanzas para el
Mejor logro de realización de esta tesis y; finalmente
A mis profesores del Programa de Doctorado en
Derecho de esta Alma Mater de Estudios quienes han
ayudado a enriquecer significativamente la investigación.

INDICE

Dedicatoria.

Agradecimiento.

Resumen

Abstract

Introducción

CAPÍTULO I:

Análisis del Objeto de Estudio

1.1.	Surgimiento del problema	16
1.2.	El Problema	17
1.2.1.	Formulación del problema	18
1.2.2.	Justificación	18
1.2.3.	Objetivos de la investigación	20
1.2.3.1.	Objetivo General	20
1.2.3.2.	Objetivos Específicos	20
1.3.	Aspectos metodológicos	20
1.3.1.	Formulación de hipótesis	20
1.3.2.	Variables e indicadores	21
1.4.	Marco metodológico	22
1.4.1.	Tipo de investigación	22
1.4.2.	Diseño de contrastación de hipótesis	22
1.4.3.	Población y muestra	23
1.4.4.	Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos	23
1.4.5.	Métodos y procedimientos de recolección de datos	24

CAPÍTULO II

Marco Teórico

SUB CAPITULO 1: PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURIDICOS

2.1.1 Principio de lesividad y bien jurídico	26
2.1.2 Concepciones sobre el bien jurídico	27
2.1.2.1 El control social	27
2.1.2.2 Fueurbach	28
2.1.2.3. Birbaum	28
2.1.2.4. Binding	30
2.1.2.5. Liszt – Concepto material	32
2.1.2.6. Welzel	32
2.1.2.7. Roxin y su noción política criminal	34
2.1.2.8. Jackobs y la teoría normativista	34
2.1.3. Bienes jurídicos colectivos	36
2.1.4. Bienes jurídicos intermedios	40
2.1.5. Protección de bienes jurídicos	41
2.1.5.1. La persona como fundamento de la protección	41
2.1.5.2. Dañosidad social y bien jurídico penalmente protegido	42

SUB CAPITULO 2 : LA REPARACIÓN CIVIL

2.2.1.-Antecedentes	46
2.2.2.-Evolucion Histórica	46
2.2.3.-Evolucion Legislativa	48
2.2.4.-La Reparación Civil	49
2.2.4.1.-CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN	50
2.2.5.- EL DERECHO DE RESARCIMIENTO DE LA VÍCTIMA	53
2.2.6.-LA REPARACIÓN CIVIL Y LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.	55
2.2.7.-LA VÍCTIMA EN LA REPARACIÓN CIVIL	58
2.2.7.1.-CONCEPTO DE VÍCTIMA	62
2.2.7.2.-LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.	64
2.2.8.-EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA.	71
2.2.9.-LA TRANSACCIÓN PENAL COMO MECANISMO PROCESAL PARA LA REPARACIÓN CIVIL.	72

2.2.10.-REPARACION SIN LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD ENCARGADA DEL CONTROL PENAL	74
2.2.11.-REPARACION EN INVESTIGACIÓN PRELIMINAR O POLICIAL.	76
2.2.12.-REPARACION EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	77
2.2.13.-REPARACION EN CASOS EN QUE NO SE PUEDE EJERCITAR LA ACCIÓN PENAL.	78
2.2.14.-REPARACION MEDIANTE LA EJECUCIÓN DE EMBARGO.	80
2.2.15.-REPARACION Y CAUCIÓN	84

SUB CAPITULO 3 : EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN

3.3.1.-El Problema	88
3.3.2.- Concepto	90
3.3.3.- Ubicación en el Código Penal	93
3.3.4.- Determinación Judicial de la Pena: Teorías:	94
3.3.4.1.-Teoría de la combinación	94
3.3.4.2.-Teoría del ámbito del juego	95
3.3.4.3-Teoría de la pena puntual	95
3.3.4.4.-Teoría del valor relativo	97
3.3.4.5.-Las Críticas a las teorías de las "antinomias"	97
3.3.5.- Proceso de Determinación Judicial de la Pena	98
3.3.5.1.-La Determinación de los Fines de la Pena	98
3.3.5.2.-Factores que Influyen en la Determinación de la Pena	100
3.3.6.- Etapas de la determinación judicial de la pena	102
3.3.6.1.-Primera Etapa: Pena Tipo	104
3.3.6.2.- Segunda Etapa: Coteja de Circunstancias	105
3.3.6.3.-Tercera Etapa: Complementación	106
3.3.7.- Desarrollo de los factores de determinación de la pena	109
3.3.7.1.-El Injusto Penal y la Culpabilidad	109
3.3.7.2.- La personalidad del delincuente	112
3.3.8.-La Vida Anterior y la Conducta Posterior al Delito	114
3.3.8.1.- Problema de la Reincidencia	114
3.3.8.2.-La Reparación del Daño	116
3.3.8.3- El Comportamiento Procesal	116

3.3.9.- DETERMINACION DE LA PENA	117
3.3.9.1.- FINES DE LA PENA	117
a).-Teoría absoluta de la pena	118
b).-Teoría de la prevención especial de la pena	118
c).- Teoría de la prevención general de la pena	119
d).- Las teorías mixtas o de la unión	121
Determinación judicial de la pena	121
a).- Teoría de la combinación	122
b) Teoría de la pena puntual	122
c).- Teoría del ámbito del juego	123
3.3.10.- Circunstancias modificativas de la Pena	123

SUB CAPITULO 4: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

4.4.1. Concepto de administración pública	124
4.4.2. Sujeto activo: funcionario o servidor público	127
4.4.3. El titular del bien jurídico, el sujeto pasivo o la víctima	131
4.4.3.1. Los titulares son los ciudadanos	132
4.4.3.2. El titular del bien es el Estado	132
4.4.4. Delitos contra la administración pública	133
4.4.4.1. Delio de cohecho	133
4.4.4.2. El delito de peculado	144
4.4.4.3. El delito de Tráfico de influencias	150
4.4.4.4. El delito de colusión	155
4.4.4.5. El delito de Negociación incompatible	162
4.4.4.6. El delito de enriquecimiento ilícito	165
4.4.5. Los delitos de administración pública como delitos especiales	171
4.4.6. Delitos contra la administración pública como delito de infracción del deber	173
4.4.7 Bien jurídico protegido: Delito contra la administración pública	176
4.4.8 La administración pública como bien jurídico	181
4.4.9. El tratamiento jurisprudencial de los bienes jurídicos	182

4.4.10. La naturaleza jurídica de la reparación civil	191
4.4.11. Criterios para determinar el quantum del daño al Estado	192

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1. Presentación de resultados	195
3.2. Contrastación de la hipótesis	206
3.3. Propuesta Teórica	207
3.3.1. Base constitucional	207
3.3.2. Base Penal	209
3.3.3. Propuesta Lege Ferenda	212

CONCLUSIONES	215
RECOMENDACIONES	217
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	218

RESUMEN

Muchos nos hemos preguntado seguro más de una vez, las razones por las que a pesar de las altas condenas que se imponen como parte de la aplicación del derecho punitivo, los casos de los delitos contra la administración pública siguen presentándose y extendiéndose en cuanto los diversos ámbitos de la entidad pública.

Frente entonces corresponde establecer qué es lo que realmente tutela la gran parte de los delitos contra la administración pública, y es precisamente dicho aspecto lo que estableció como problema de investigación y se trató de establecer de qué manera dicha protección se manifiesta en el derecho punitivo que se expresa en las diversas sentencias que se vienen aplicando.

Para investigar dicho aspecto, se propuso como objetivo de investigación determinar si la lesión de los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra la administración pública es resarcida en la determinación de la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias emitidas, a partir de los casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 – 2015.

Luego de acopiado el material teórico, se pudo establecer los supuestos de que configuran la protección de los bienes jurídicos, y se procedió a analizar cómo es que dicha protección se expresa como elementos preventivo del delito en las sentencias penales que formaron parte de la presente investigación. Sobre dicho análisis teórico, práctico y de propuesta, versa el presente trabajo.

ABSTRACT

Many of us have asked ourselves, more than once, the reasons why despite the high sentences imposed as part of the application of punitive law, the cases of crimes against the public administration continue to be presented and extended as soon as the various areas of the public entity.

Therefore, it is necessary to establish what really protects most of the crimes against the public administration, and it is precisely this aspect that established as a research problem and tried to establish how this protection manifests itself in the punitive law that it is expressed in the various judgments that are being applied.

In order to investigate this aspect, it was proposed as an investigation objective to determine if the injury of the juridical rights protected in the crimes against the public administration is compensated in the determination of the punishment and the civil compensation in the convictions issued, from the cases of the criminal courts of Chiclayo, years 2014 - 2015.

After collecting the theoretical material, it was possible to establish the assumptions that constitute the protection of legal assets, and proceeded to analyze how it is that such protection is expressed as preventive elements of the crime in the criminal sentences that were part of the present investigation . On this theoretical, practical and proposal analysis, deals with the present work.

INTRODUCCIÓN

Los temas sobre los delitos contra la administración pública siempre resultan muy actuales y siempre devienen en polémicos, por una razón sencilla: a pesar de que cada vez más son los involucrados en estos hechos, pareciera que mayor es también es la gente que se dedica a la comisión de estos ilícitos penales.

Sin embargo, la percepción en la comunidad es que más allá de las condenas impuestas, el derecho penal poco a nada sirve para que en realidad la sanción penal se convierta en un medio disuasivo del delito, y esto porque muchas veces las condenas impuestas resultan ser demasiado benignas y otro por cuanto las resoluciones judiciales, llenas de tecnicismos, no exponen debidamente como es que una pena privativa de la libertad refleja la magnitud del daño ocasionado, pero también la obligación de manera real de reparar el perjuicio que el sujeto activo ha realizado con su comportamiento.

No está demás recordar, por ejemplo, como es que terminada una condena penal por delitos como peculado, colusión o cohecho, entre otros, los agentes egresan del penal para disfrutar de sus ilegales ingresos, sin que el Estado sea capaz de cobrar aquel dinero que precisamente con el que se le perjudicó o la indemnización correspondiente a la función que se dejó de ejecutar.

Esto nos motivó para realizar el presente trabajo que hemos titulado: “La Lesión de los Bienes Tutelados en los Delitos de Corrupción de Funcionarios y Su Resarcimiento en la Determinación de la Pena y de la Reparación Civil, a partir de los casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 – 2015, y en el que hemos querido analizar cómo es que las sentencias penales estudiadas se relacionan directamente con el daño ocasionado, pero también como la reparación civil refleja la obligación del sentenciado para resarcir el perjuicio que su conducta implica.

El tratamiento que se da a cada uno de los delitos en los que se ha visto afectado el patrimonio estatal de manera directa o de forma indirecta, resulta importante en estos casos para precisar de qué manera desde la perspectiva de una sentencia se fijan los supuestos de tutela jurisdiccional efectiva a favor del propio Estado, quien por cierto mediante el derecho penal debe también proteger de manera efectiva los bienes jurídicos que amparan las normas, y no quedar tan sólo en declaración literaria, lejos de la realidad.

Se ha organizado el presente trabajo en capítulos y aspectos, conforme lo presentamos a continuación

En el primer capítulo nos referimos a los aspectos metodológicos como son la realidad problemática, el problema, la justificación e importancia, la propuesta de objetivos, la formulación de la hipótesis y la fijación de las variables, para luego exponer los aspectos relacionados con las técnicas de investigación utilizadas.

En el segundo capítulo se ha desarrollado el marco teórico referido a la doctrina existente sobre los bienes jurídicos, describiendo en lo posible aquellos que se refieren a los delitos más frecuentes y que tienen que ver con los ilícitos contra la administración pública que se encuentran en el Código Penal vigente. Pero también en este trabajo se previó desarrollar temas relacionados con el marco conceptual sobre las consecuencias jurídicas, como son la pena y la reparación civil, y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que en palabras sencillas es simplemente el cumplimiento de la sentencia. Además de delitos contra la administración pública, específicamente de corrupción de funcionarios

En el capítulo tercero, se analizan sentencias penales condenatorias y a las que se le ha aplicado el cotejo preparado para el caso, precisando que se analizaron hasta veinte resoluciones judiciales en las que predominaron delitos como peculado, colusión y cohecho. Se realiza también la contrastación de la hipótesis, para luego proceder a presentar el modelo teórico, la base

constitucional, las bases penales y luego proceder a esbozar la propuesta de lege ferenda correspondiente.

Ponemos a consideración de los Señores Miembros del Jurado el presente trabajo en espera que de su evaluación pueda alcanzar la meta que me he propuesto: obtener el Grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política.

LA AUTORA

CAPITULO I

ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1.-Surgimiento del problema

Cada vez más hacemos frente al hecho de que la delincuencia va en aumento, y que a pesar de las penas drásticas, la deshonra de haber sido descubiertos, y la afectación que directamente se hace a las familias, aparecen nuevos grupos de personas, o de forma individual, que terminan cometiendo ilícitos generales como contra el patrimonio, o ilícitos especiales como aquéllos que lesionan bienes jurídicos como es la administración pública.

Así, los delitos que se han ido incrementando de manera ascendente son aquellos en los que los sujetos activos son personas que están cumpliendo funciones de funcionario o servidor público, quienes se les investiga, acusa o condena por ilícitos como peculado, colusión, omisión al cumplimiento de funciones, abuso de autoridad, cohecho en sus diferentes formas, entre otros.

Y la actitud que desencadena la comisión de estos delitos contra la administración pública es cada vez más frecuente, y se presenta en casi todos los ámbitos de la administración pública como es justicia, educación, municipalidades, salud, policía nacional, etc., y esto a pesar que ahora muchos delitos contra la administración pública fácilmente superan los diez años de penas privativas de la libertad.

Sin embargo, la respuesta frente a estos delitos que da el Estado, no es la más indicada, pues, no sólo basta con incrementar las penas, sino también de explicar en una resolución judicial que el “castigo” que se infiere a un funcionario o servidor público es por haber cometido un ilícito tan grave como afectar la administración pública, entidad tan venida a menos desde diversos ámbitos, pero sobre todo por afectar de manera grave el servicio que toda entidad debe cumplir en el cumplimiento de sus funciones, pues, no debemos olvidar que precisamente el Estado es quien debe realizar acciones de servicios en favor de la gran mayoría de los ciudadanos.

1.1. El Problema

Pero cómo cada entidad pública debe cumplir una función establecida en la ley, consideramos que generalmente en el documento que se denomina sentencia judicial, no se explica debidamente la manera cómo el comportamiento de un servidor o funcionario público afecta gravemente la función estatal, o de qué manera un comportamiento como por ejemplo el de cohecho, en el que aparentemente no se mancilla el patrimonio estatal, termina demoliendo el bien jurídico relacionado con la administración pública.

Es que, en efecto, buena parte de los delitos cometidos por servidores y funcionario públicos son los de peculado, malversación y colusión de funcionarios, ilícitos con los que se afecta de manera directa el patrimonio estatal y la obligación estatal de procurar la mejora de la infraestructura para el cumplimiento de la función de servicio que brinda la administración pública; sin embargo existen otros delitos en los que el bien jurídico protegido no es precisamente el patrimonial, y esto en razón a que no se afecta partidas presupuestales y hasta el propio cumplimiento de la función pública, sin que en las sentencias judiciales se explique de qué manera se ha lesionado el bien jurídico tutelado, como por ejemplo en delitos tan frecuentemente cometidos como es el cohecho, en los que el patrimonio afectado no es precisamente el del Estado, pues el tercero ofrece entregar sus propios bienes, para conseguir que el funcionario o servidor público ejecute u omita el cumplimiento de una función que está previamente determinada en la ley.

Por ello, consideramos que en la respuesta que da el Estado a través de una sentencia judicial penal, debe explicarse de qué manera se está afectando el bien jurídico tutelado, más aún si en muchos delitos contra la administración pública las penas han sido elevadas considerablemente, a lo que se debe añadir las penas de inhabilitación o multa, según como corresponda.

Por ello el propósito de la presente investigación tiene que ver primero con el estudio jurídico de los bienes tutelados mediante los delitos contra la administración pública, de tal forma que busquemos identificar teóricamente la diversidad de bienes jurídicos patrimoniales y no patrimoniales que se recogen para establecer la lesión producida con el delito en el que se ha incurrido, y por otra parte, queremos analizar sentencias judiciales penales que han sido emitidas precisamente con relación a casos en los que se ha condenado por estos ilícitos, a fin de establecer si al determinar una pena o en el monto de la reparación civil, se ha tenido en cuenta la afectación a los bienes que el sujeto activo ha mancillado con su accionar.

1.1.1. Formulación del problema

Por ello el problema en el presente caso queda determinado de la siguiente forma:

¿De qué manera la lesión del bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública es resarcida en la determinación de la pena y la reparación civil, en las sentencias condenatorias emitidas, a partir de los casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 – 2015?

1.1.2. Justificación

Cuando se nos refiere una lucha frontal contra los delitos que afectan la Administración Pública, debemos entender que todas las instituciones del Estado deben considerar el cumplimiento de sus funciones con la única finalidad que la respuesta otorgada sea contundente, y no quede ningún cabo suelto sobre el que se pueda tejer alguna posibilidad de arbitrariedad. Por esta razón resulta justificada la presente investigación en la medida en la que cuando se dicta una sentencia condenatoria en los delitos contra la administración pública, muchas veces se valora el quantum de la pena impuesta, sin observar siquiera en el detalle de reparación del bien jurídico, es decir, en establecer de qué manera se lo ha lesionado, y cuáles son los procedimientos para resarcirlos. Esto precisamente porque cuando se comete un delito contra la administración pública cualquiera que fuera su naturaleza, se arremete contra un bien que tiene que ver con la confianza

del trabajador con respecto a su empleador que es el Estado, sin que se precise además de manera específica el desprestigio que en cada caso origina al Estado y al cumplimiento de los servicios, que es su finalidad primordial.

Y esto por cuanto si el delito resulta ser una afrenta a la ley, lo es también al funcionamiento de uno de las instituciones de más responsabilidad como es el Estado mismo encargado de procurar el desarrollo del país y el cumplimiento de las funciones de servicio, por ello este trabajo de investigación encuentra su justificación en la necesidad que evaluar dicha respuesta con respecto al resarcimiento de la lesión del bien jurídico tutelado, pues no olvidemos que un delito afecta directamente el ejercicio del bien común, más aún si para cometerlo se mancilla el propio aparato estatal.

Asimismo, la importancia del presente estudio descansa en que muchas veces en las sentencias condenatorias contra las personas que han cometido los delitos contra la administración pública, no se indica la forma cómo se ha de resarcir el bien jurídico afectado, porque ha de considerarse que el daño además de patrimonial puede ser también no patrimonial, como directamente se advierte en los ilícitos como cohecho, tráfico de influencia, etc., por lo que consideramos que resulta importante el tema de investigación a realizar, para conocer también cómo es la respuesta judicial del Estado, a fin de que los procesados entiendan la magnitud del daño que han ocasionado con su indebido comportamiento.

En efecto, es importante que los jueces y los fiscales, a quienes va dirigida la presente investigación, como también los abogados y las personas comunes, entendamos que los diversos delitos contra la administración pública están prescritos en el catálogo especial del Código Penal, porque se dirigen a tutelar, en el caso, una manifestación específica del bien jurídico tutelado, y es precisamente en la sentencia en la que se debe consignar como además de la pena fijada, también se señala acciones puntuales a fin de que el sujeto activo repare el perjuicio que ha ocasionado con su accionar.

1.1.3. Objetivos

1.1.3.1. Objetivo General

Determinar si la lesión de los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra la administración pública es resarcida cuando se fijan la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias emitidas, a partir de los casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 – 2015.

1.1.3.2. Objetivos Específicos

- . Establecer los fundamentos jurídicos – penales para sancionar las conductas calificadas como delitos contra la administración pública
- . Identificar los bienes jurídico-patrimoniales y no patrimoniales protegidos con los delitos contra la administración pública
- . Precisar los fundamentos de la determinación de la pena y de la reparación civil en los delitos contra la administración pública
- . Analizar la motivación de la pena fijada y el monto de la reparación civil impuesta a las sentencias condenatorias penales de los casos de la muestra de estudio.
- . Proponer un proyecto de lege ferenda en el que se observe la obligación en los jueces y fiscales de fijar la pena y el monto de la reparación civil, según la naturaleza del delito contra la administración pública realizado.

1.2. Aspectos metodológicos

1.2.1. Formulación de hipótesis

Esta investigación cuenta con la siguiente hipótesis positiva

Si se lesionan los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra la administración pública entonces en la determinación de la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias emitidas debe exponerse el resarcimiento del daño causado, a partir de los casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 – 2015

1.2.2. Variables e Indicadores

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	ÍNDICES	TÉCNICAS
Variable Independiente: Los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra la administración pública	Bien jurídico general: sistemática de los delitos Bien jurídico especial: afectación específica	Confianza en la relación laboral Afectación directa del servicio Daño ocasionado Prestigio de la administración pública	Legal Ilegal Vinculante No vinculante Suficiente Insuficiente	Análisis de documentos Fichaje
Variable dependiente: Determinación de la pena y de la reparación civil según el bien jurídico afectado	Criterios para fijar el quantum a imponer Criterios para determinar el monto de la reparación civil	Atenuantes Agravantes Reparación concreta del daño	Legal Ilegal Vinculante No vinculante Suficiente	Análisis de documentos Fichaje

1.4. Marco Metodológico

1.4.1. Tipo de Investigación

En el presente trabajo se utilizara el tipo descriptivo que consiste en describir las partes o los rasgos de fenómenos fácticos o formales del Derecho. Lo formal

trata esencialmente de entes ideales, su método es regularmente la lógica deductiva y sus enunciados analíticos. Los fenómenos fácticos se fundan en observaciones mediante los sentidos y pertenecen al mundo real, se recurre casi siempre a la verificación puntual; permite saber ¿Quién?, ¿Dónde?, ¿Cuándo?, y ¿Cómo del hecho, objeto o fenómeno jurídico? La información obtenida en un estudio descriptivo, explica el problema y supone mucho conocimiento a priori acerca del caso tratado.

En el derecho trabajamos con diseños cualitativos, no experimentales, investigamos sin manipular deliberadamente objetos o variables. En este no decidimos a nuestro criterio la variación independiente. Lo más que hacemos, es observar los hechos o fenómenos tal como se expresa en su contexto natural y mediante un proceso cognitivo la interpretación jurídica, social, axiológica o políticamente, proponiendo soluciones a base de argumentos.

1.4.2. Diseño de contrastación de la hipótesis

Se considera el diseño descriptivo o de una sola casilla

$$M= O$$

Donde,

M: es el conjunto de información que se recogerán de la doctrina, jurisprudencia nacional e internacional

O: es la Ficha de análisis que se aplicará para recoger la información.

1.4.3. Población y muestra

La población está formada por el total de casos que sobre los delitos de corrupción de funcionarios se han sucedido en los Juzgados Penales de Chiclayo.

CUADRO N° 01: MUESTRA A LA QUE SE VA APLICAR LA FICHA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS

2.

Aspectos		
Casos	Frecuencia	Porcentaje
2014	10	50
2015	10	50
Total	20	100

Fuente: De investigación

Año: 2015

Se trabajará en todos los casos en los que se ha dictado sentencia judicial.

1.4.6. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

- LOS MATERIALES son de carácter bibliográfico y corresponden a autores nacionales como extranjeros.
- LAS FUENTES consultadas pertenecen a la especialidad que corresponde el tema materia de investigación.
- LA TECNICA a emplear es la dogmática jurídica.
- En lo que respecta a la RECOLECCION DE INFORMACION DE COMPILACION DE DATOS será necesario el empleo de fuentes de información tales como la observación de la problemática generada en torno a la tutela de los diversos bienes que son protegidos por el derecho penal especial.

1.4.7. Métodos y procedimientos para recolección de datos:

a) Método de Análisis

El presente método fue empleado por cuanto se ha iniciado el trabajo por la identificación de cada una de las partes que

caracterizan una realidad., habiéndose establecido una relación de causa efecto entre los elementos que componen el objeto materia de investigación.

b) Método Explicativo:

Explicar las consecuencias que podrían darse con respecto a los bienes jurídicos protegidos.

CAPÍTULO

II

Marco Teórico

SUB CAPITULO 1: PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURIDICOS

2.1.1.- Principio de Lesividad y Bien Jurídico

Juan Bustos Ramírez es uno de los autores que más ha desarrollado la teoría del bien jurídico en el sistema hispano, es harto conocida su concepción que trata de sistematizar mejor y materializar este principio a través de su distinción entre “bienes individuales” y “bienes colectivos” y su integración en la construcción de la teoría del delito¹.

A partir de la noción de la protección de “bienes jurídicos” como tarea del Derecho penal se erigieron los fundamentos para el desarrollo del llamado principio de “lesividad” u “ofensividad”: el ejercicio de *ius puniendi*, a través del Estado, solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos. Bajo el aforismo “nullum crimen sine injuria” se llegó a entender que tal “injuria” consistiría en la vulneración de “bienes jurídicos”, concepto que expresaría los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad; luego, si no se reconocieran y protegieran estos bienes, el Derecho penal carecería de una base sustancial, renunciaría a inspirarse en los principios de justicia y no podría servir para regular la vida humana en sociedad²

Hoy en día el bien jurídico penal predica sus fundamentos bajo un Estado de Derecho social y democrático, que por su naturaleza permite una revisión constante de los bienes jurídicos. En esta línea la categoría del bien jurídico pasa a ocupar su puesto de límite y garantía dentro del Derecho penal. No debe olvidarse que los bienes jurídicos expresan condiciones necesarias de realización del ser humano, esto es, valores que la sociedad ha asumido como valiosos para su sistema de

¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Política criminal e injusto”, en *Obras Completas*, tomo I, Lima, 2004, p. 155

² POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO ORTS, Miguel: *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima, 2004. p. 195.

convivencia: vida, honor, intimidad personal, libertad, etc. y los protege prohibiendo su afección³.

Históricamente, el concepto de “bien” fue introducido en la discusión jurídico-penal por Birnbaum en 1834, con la expresa finalidad de lograr una definición “natural” de delito, independiente del Derecho positivo. Para Binding, que es quien impuso realmente el concepto de “bien jurídico”, lo único determinante era la decisión del legislador de otorgar protección jurídica a un bien. En contraposición, fueron sobre todo v. Liszt y la doctrina neokantiana del Derecho penal, representada entre otros por M. E. Mayer y Honig, los que intentaron desarrollar parámetros prelegales⁴.

2.1.2. Concepciones sobre el bien jurídico

2.1.2.1. El contrato social

La sociedad tiene su origen en un contrato, pacto o convenio, explícito o tácito, al cual presta su consentimiento cada individuo, abandonando así el "estado de naturaleza" y poniendo en marcha un régimen de gobierno sometido a leyes, de justicia administrada con imparcialidad y de moralidad cívica; ese es el sentido usual que se aplica al término "contrato social". El moderno concepto de bien jurídico _ en palabras de Albin Eser- nace en el siglo XIX y prosigue su "marcha victoriosa en el siglo XX". La idea del bien jurídico se cerraba alrededor de la defensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Concepción que el contrato social expresa muy bien. El derecho penal defiende derechos, el delito es lesión de un derecho,

³ MIR PUIG, Santiago, Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites del IUS PUNIENDI en *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1ª ed. Barcelona, ARIEL S.A., 1994. En referencia a los valores individuales nos dice: "Se advierte, fácilmente que los bienes jurídicos-penales más indiscutidos, los que han calado más hondo en la conciencia social y han perdurado a lo largo de los siglos, son aquellos que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos" p. 164.

⁴ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I., "El hecho punible", 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005(4ª ed. alemana, 2000), p. 65.

entonces, lesión jurídica. Del contrato social surgía un derecho a ser respetado y un deber de respetar, por lo cual el delito era una lesión a ese derecho (subjetivo) surgido del contrato social y que en síntesis era la libertad, como derecho resumen surgido del contrato social⁵.

2.1.2.2. Feuerbach

Feuerbach sostuvo la tesis de la *lesión de un derecho subjetivo* tal como la doctrina de Kant y que debe entenderse "en el contexto de la pugna entre opciones filosóficas iusnaturalistas y de la Ilustración", como objeto de la protección penal. Si los individuos decidieron libremente constituir la sociedad civil, la libertad quedará garantizada por todos, la función del Estado será la de crear los medios adecuados que impidan las lesiones jurídicas⁶.

2.1.2.3. Birnbaum

Fue Birnbaum quién distinguió entre lesión de un derecho subjetivo y lesión de un bien. El derecho no puede ser disminuido ni sustraído, ello sólo puede suceder respecto de lo que es objeto, esto es, un bien que jurídicamente nos pertenece. En este sentido, la protección penal -según Birnbaum- se establece más allá de las personas y las cosas, esto es así, porque no se asume de partida la doctrina de los derechos subjetivos de Feuerbach que limitan el objeto en la cual recae la protección, por el contrario, el punto de referencia se encuentra en el criterio de los "bienes comunes". Si el delito quiere considerarse como lesión, este no puede estar referido a un derecho sino a un bien. Birnbaum supera así la posición subjetivista del contrato social por la cual todo era derecho del ciudadano o del

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal Parte General, 3ª ed. Barcelona, 1989, p. 45.

⁶ FEUERBACH, Paul Johan Anselm, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, Gissen, 1832. En castellano: "Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania", traducción de Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi,

Estado, todo estaba juridizado en términos absolutos, sin límite alguno. El Estado era el Derecho y el Derecho surgía del contrato, el ejercicio de la voluntad del Estado se convertía en Derecho, no había posibilidad alguna de limitar al Estado. La concepción de Birnbaum se caracteriza por otorgarle un carácter limitador al poder estatal, pues establece que bienes jurídicos están más allá del derecho, no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los delitos⁷

Sobre lo mismo sostiene, Manuel Abanto sostiene que Birnbaum :

“Durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse así a la concepción individualista de la ‘lesión de derechos’ de Paul Johann Anselm FEUERBACH, y al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural de delito, o sea uno que fuera independiente del mero concepto positivo. En contra de la concepción de FEUERBACH que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, BIRNBAUM quería resaltar aquello que sería realmente ‘lesionado’ por el delincuente y que iría más allá de la lesión de la víctima concreta, o sea (sobre todo) el interés de toda la colectividad”⁸.

2.1.2.4. Binding – Noción Positivista

Por otro lado, bien jurídico desde una noción positivista, desarrollada por Binding quien sostuvo, según refiere Hurtado Pozo, afirmaba que el bien jurídico “...es todo valor que, según el legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal; es decir, los bienes jurídicos son una creación del legislador”. Sin embargo, dicha definición peca de no establecer un contorno que delimite y diferencie los intereses protegidos desde otras ramas del derecho respecto de los que lo están específicamente desde el derecho

⁷ JESCHECK, Hans _ Heinrich, Tratado de Derecho Penal Parte General, 4 ed., COMARES, Granada, 1993 (traducción de José Luis Manzanares Samaniego), p. 232.

⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: “*Acerca de la teoría de los bienes jurídicos*” p. 3. /En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf (visitada el 22 de mayo de 2017).

penal. No coincide tampoco con la visión tan formalista de otorgarle el rótulo de bien jurídico a determinado valor protegido sólo porque el legislador lo ha considerado así a través de la norma. Me remito a lo sostenido en los apartados previos referidos a algunos de los principios penales. Para el legislador, el concepto de bien jurídico debe ser previo a la determinación de cómo debe sancionarse determinada conducta penalmente y al proceso de creación de la norma penal concreta. Asimismo el autor critica esta teoría señalando que “Esta definición, coherente con las concepciones positivistas de su autor, despoja al concepto de bien jurídico de su función de límite de poder del legislador, en la medida en que reconoce que son mera creación de éste”⁹.

El planteamiento de Karl Binding tiene como presupuesto la existencia de un «derecho subjetivo». A diferencia de Feuerbach que los concebía como derechos subjetivos de los particulares o del Estado, en Binding éste sólo le pertenece al Estado. El derecho subjetivo del Estado es un derecho a mandar, capaz de exigir obediencia y ejercer el imperio. El rehusar la obediencia es, por lo tanto, siempre negación del poder público siempre contravención de un derecho público establecido exclusivamente a favor del Estado. El bien jurídico en Binding debe reflejar «todo lo que a los ojos del legislador tiene, como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma». Binding en la segunda edición de voluminosa obra "Las normas y su contravención" sostiene: *todo aquello que para el legislador es valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambios y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando este protegerlo por medio de sus normas frente a las* ¹⁰ *lesiones o puestas en peligro no deseadas* .

⁹ HURTADO POZO, José: “Manual de Derecho Penal: parte general I”. Lima, Grijley, 2005. p. 16.

¹⁰ BINDING, Karl, Die Normen Und Ihre Übertretung, T. I, 2ed. Leipzig, 1890, p. 357.

La valoración del legislador quedará expresada en la norma. Cada norma lleva en sí su propio bien jurídico, esto es, el objeto del delito que es un producto de la decisión política del Estado y que su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos. La norma no necesita ningún otro presupuesto que el de ser expresión de la soberanía del Estado. El bien jurídico es un bien del derecho¹¹.

La teoría de Binding, por su contenido, absorbe el bien jurídico en aras de la teoría de la desobediencia (En los delitos de lesión, se esconde bajo «la cáscara de la desobediencia» un «núcleo que es lesión de los bienes»)¹². En palabras de Bustos, “el planteamiento de Binding, pierde su carácter limitador y autónomo y depende del carácter limitador de la norma. En el fondo no hay más límite que el que surge de la propia voluntad del Estado (de derecho). La crítica a Binding y a su concepción es la total desprotección en que queda la persona frente al Estado¹³.

2.1.2.5. Liszt – Concepto Material

Fue Franz Von Liszt quien planteo que el bien jurídico no es un concepto puramente jurídico -con lo cual se distingue de Binding que considera que el bien jurídico lo crea el legislador y se plasma en la norma- sino un concepto material, previo al Derecho positivo, una creación de la vida, un interés del individuo, de la comunidad que el derecho protege y lo eleva a la categoría de bien jurídico, en fin un «bien de los hombres». El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto

¹¹ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, Bien Jurídico ... Ob. cit. p. 46. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual ... Ob. cit. p. 55.

¹² KAUFMANN, Armín, Teoría de las normas Fundamentos de la dogmática penal moderna, DEPALMA, Buenos Aires, 1977 (versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), p. 14.

¹³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, Bien Jurídico... Ob. cit. p. 46.

de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos¹⁴.

Este autor, afirmó además, respecto del concepto de bien jurídico“(…) más bien eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas”¹⁵.

2.1.2.6. Welzel

Para el finalismo, la misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad. La concepción de Welzel se encuentra absolutamente vinculada a una teoría del actuar humano justo o injusto. La acción humana pasa a ser el concepto central de la teoría del delito (punto de vista ontológico). En éste sentido el bien jurídico ocupa una posición secundaria, lo fundamental son los deberes éticos-sociales y sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz. La protección de los bienes jurídicos ocupa una posición secundaria: Al castigar el Derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores de acto. Así por ejemplo, la fidelidad al Estado está referida al bien del Estado; el respeto a la personalidad, a la vida, a la salud y al honor del prójimo; la honradez, a la propiedad ajena, etc. Sin embargo, la misión primaria del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la

¹⁴ LISZT, Franz von, Tratado de Derecho penal, T.II, 20 ed., REUS S.A. (traducción de Luis Jiménez de Asúa), Madrid, p. 6.

¹⁵ HURTADO POZO, José: Ob. Cit. p. 16.

misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de conciencia jurídica¹⁶.

El Derecho penal quiere proteger -nos dice Welzel- antes que nada, determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos). Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Estos valores del actuar conforme a derecho, constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídicas penales. La misión central del Derecho Penal reside, pues, en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores.

En conclusión, el citado autor partiendo de la corriente finalista que propugnaba definió, al bien jurídico como un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. Identifica al bien jurídico como todo estado social deseable que el derecho busca resguardar. Entonces su conjunto será constitutivo de un orden social¹⁷.

2.1.2.7. Roxin y su noción político criminal

Para Claus Roxin, bien jurídico son todas las circunstancias o finalidades determinadas que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal construido sobre la base de este objetivo. Asimismo, refiere que el contenido de los bienes jurídicos estaría dado tanto por circunstancias preexistentes como por deberes normativos creados recién por el derecho, pero siempre que ambos sean compatibles con el ordenamiento constitucional de valores¹⁸. Cabe señalar que el autor antes citado se adhiere a una

¹⁶ WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, Parte General, 11 ed., Chile, 1970 (traducción Juan Bustos Ramírez _ Sergio Yañes Pérez), p. 11.

¹⁷. WELZEL, Hans. Ob. Cit.. P. 11-15.

¹⁸. ROXIN, Claus. ¿La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho Penal?. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. N°, 2005.p. 287 y ss.

concepción constitucionalista de bien jurídico, ya que considera que la teoría de la protección de bienes jurídicos como tarea del derecho penal, constituye un principio irrenunciable para limitar la intervención estatal.

2.1.2.8. Jakobs y la teoría normativista

La tesis de Jakobs se basa en la teoría de los sistemas de Niklas Luhman y se la conoce como el funcionalismo sistémico. El funcionalismo afirma que lo que ha de ser resuelto es siempre un problema del sistema social. En esa línea, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad y la misión de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación en que tiene lugar la estabilización de la norma¹⁹.

Jakobs no está a favor de la concepción de que la misión del Derecho penal sea protección de bienes jurídicos por tanto, el bien jurídico penal es siempre la vigencia efectiva de la norma:

"Lo que constituye una lesión de un bien jurídico penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido realizar el comportamiento que

¹⁹ JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1995, traducción en la 2ª edición alemana de 1991 por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, p. IX. La pena - según Jakobs- hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada. p. 9.

acarreará consecuencias en lugar de la alternativa inocua. "La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma"²⁰.

Alessandro Baratta critica el planteamiento de Jakobs, señalando que la negación del bien jurídico obedece a la introducción de bienes jurídicos de amplio alcance, el objeto de la tutela penal se desplaza de los intereses de sujetos o víctimas potenciales hacia complejos funcionales que son, en gran parte, objeto de actividad de otros sectores del derecho y de la acción administrativa del Estado. Antes que bienes jurídicos, el Derecho penal protege funciones. En este sentido, la posición de Jakobs es de una rigurosa visión normativista y antinaturalista, en los conceptos de la dogmática penal dejan de existir referentes extrajurídicos a los cuales se pueda tomar como criterio para una delimitación de la extensión de la respuesta penal. Jakobs lleva hasta sus últimas consecuencias el modelo de ciencia jurídica propia del ius positivismo. Para Jakobs el Derecho penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica de ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. El Derecho Penal no reprime primeramente lesiones de intereses, sino el desvalor de los actos, esto es, el comportamiento como manifestación de una actitud de infidelidad al Derecho²¹

2.1.3. Bienes Jurídicos Colectivos

La convivencia, los procesos de participación en un sistema social como realidad comprobable, impide que se sostenga una concepción

²⁰ JAKOBS, Günther, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación, ob. cit. "La doctrina de los bienes sirve de poco para decidir esta cuestión ("desde que punto de vista ha de establecerse que bienes, se asignen a quien se asignen, son dignos de protección y la necesitan"). La respuesta depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva, ..." p. 20.

²¹ BARATTA, Alessandro, Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica en Cuadernos de Política Criminal Nº 24, Madrid, 1984, p. 542

puramente individual del bien jurídico y por cierto no explicarían satisfactoriamente aspectos sustantivos de los procesos de comunicación de la persona con su comunidad y con el sistema en su conjunto. Casos como los delitos contra la fe pública confirman este aserto. En la falsificación de documentos en general, se protege los mínimos de veracidad en el tráfico jurídico, la correspondencia entre la realidad y los símbolos que la representan o desde la perspectiva de la Teoría personalista del bien jurídico, que considera que "las falsedades documentales no como delito contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de participantes en ese tráfico y, por tanto, de los interesados en los medios probatorios"²².

Es por ello que se ha hecho una distinción entre bienes jurídicos individuales (Teoría Monista²³) y bienes jurídicos colectivos (Teoría Dualista²⁴); en "En los bienes jurídicos clásicos como la vida, el patrimonio, la libertad etc. existe un mayor consenso, no generan mayor discusión. Sin embargo, como ya se ha dicho, existen bienes jurídicos que obedecen a criterios absolutamente distintos de los individuales y reflejan aspectos centrales del funcionamiento del sistema social"²⁵.

22. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal Español Parte Especial, 3ª ed. Barcelona, BOSH, 1996, p. 500.

23. Esta teoría propugna por una supresión de la bifurcación dogmática entre bienes jurídicos individuales y colectivos, puesto que únicamente los primeros serían bienes jurídicos penalmente protegibles. Ver MAYO CALDERÓN, Belén. Derecho Penal y Tutela de bienes jurídicos colectivos. Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 17. 2005. pp. 300-312.

24. Para esta teoría los bienes jurídicos colectivos tienen su fundamento en la evolución del sistema de relaciones sociales, generando el surgimiento de diversos intereses no centrados en la persona individualmente considerada, sino en el colectivo social (economía, mercado, etc.). SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Comares: Granada, 2003. P. 241.

25. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. En: Obras completas. Tomo II. Ara Editores: Lima, 2004. op. cit. p. 188.

Al respecto el autor alemán Hefendehl, citado por Manuel Abanto Vásquez²⁶, a partir del análisis de las técnicas de tipificación de las conductas, distingue tres casos distintos:

-Aquellos en los que la acción típica emplea al “bien jurídico” para la descripción del delito y, por lo tanto habría identificación formal y de contenido entre éste y el “objeto del hecho” (p. ej., en la estafa, el “patrimonio”);

-Aquellos casos en donde solamente se trataría de una coincidencia de contenido cuando la descripción típica se refiera a un “objeto” separable del “bien jurídico” aunque, en la interpretación tengan igual contenido (p. ej., en los delitos contra la vida);

-Aquellos casos en donde no habría ninguna identificación formal o de contenido entre bien jurídico y objeto del hecho como en los delitos contra bienes jurídicos “colectivos”.

En consecuencia, los procesos de participación resultan indicativos de realidades más allá de lo individual, los **intereses colectivos o sociales**- como luego veremos- representan el sistema y pueden convertirse en objeto de tutela penal, los denominados *difusos* por hallarse difundidos entre amplias capas de la población: salud pública, medio ambiente, libertad sindical, derecho de huelga²⁷.

El tema de los bienes difusos o bienes colectivos que por su contenido y alcance expresan la funcionalización del sistema, del orden económico, la salud pública, el medio ambiente, recogen nuevos intereses y el proceso de asimilación viene presidido por una fuerte “tensión” en el Derecho

26. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Acerca de los Bienes Jurídicos. En Modernas Tendencias de DOGMÁTICA Penal y Política Criminal. Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez. IDEMSA. Lima, Perú. Agosto, 2007. P. 26.

27 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal Parte General, 4ª ed. Barcelona, PPU, 1994. Precisa Juan Bustos: “Al considerar el bien jurídico en la realidad social, ... nos lleva a señalar... que los bienes jurídicos siempre son eminentemente personales, pues están ligados a las condiciones de existencia del sistema, es decir, a la persona como tal (vida, salud personal, libertad, honor, patrimonio), o bien al funcionamiento del sistema (bienes jurídicos colectivos, institucionales o de control), a fin de permitir el mantenimiento y desarrollo de las condiciones de existencia del sistema, esto es, de la persona” p. 113.

penal. Tal como lo muestra el profesor Portilla Contreras, resulta discutible si en rigor son bienes jurídicos o sólo funciones y utilizando el análisis de Hassemer deja planteado que estos intereses no son ya bienes jurídicos en el sentido tradicional, sino objetivos de organizaciones políticas, sociales o económicas, por lo que el Derecho Penal no tutela ya víctimas sino funciones. El riesgo de la asunción de esquema de tutela de funciones radica en transformar el injusto penal en un ilícito de mera transgresión que, en realidad, no cambia, tampoco si el concepto de función se sustituye por el substancialmente equivalente de "bien social", propuesto por acreditada doctrina²⁸.

Ahora, no se puede olvidar que "la protección de los bienes colectivos constituye sólo en principio, una aparente contradicción con el sistema habitual de selección de los bienes jurídicos penales, ya que la protección del medio ambiente, de la seguridad del trabajador, etc., representa, en definitiva, la sanción de conductas que son funcionales al propio sistema de producción"²⁹.

Soto Navarro prefiere utilizar el término "bienes jurídicos colectivos". Así, la autora se acoge a la postura del autor italiano F. SGUBBI quien, según comenta en su trabajo, considera que el atributo de "colectivos" a un bien jurídico debe reservarse para aquellos que tienen reconocimiento normativo. En palabras de la autora: "Comparto esta última propuesta del autor por una razón y es que el adjetivo 'colectivos' denota la cualidad de ser 'perteneciente o relativo a cualquier agrupación de individuos'³⁰.

Por otro lado, MARTÍNEZ-BUJÁN -a propósito de sus comentarios sobre los delitos socio-económicos- utiliza el término "supraindividuales" para referirse a aquellos bienes que no son de titularidad individual: "(...) he empleado el vocablo 'supraindividual' referido a un bien jurídico en el

²⁸ MOCCIA, Sergio, De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales en *Política criminal y nuevo Derecho Penal Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, J.M. BOSCH, 1997, p. 118.

²⁹ IBIDEM. 116.

³⁰ SOTO NAVARRO, Susana: *"La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna"*. Granada, Editorial Comares, 2003. p. 194

sentido más genérico y elemental, descrito en el Diccionario de la Lengua española, a saber, para denotar un bien jurídico que no es de naturaleza meramente individual³¹.

Por su parte, Roland Hefendehl, refiriéndose a los bienes colectivos, sostiene lo siguiente:

“Los bienes jurídicos colectivos son omnipresentes tanto en el Derecho penal nuclear como en el accesorio. Comprenden la seguridad del Estado o del tráfico monetario así como, por ejemplo, la potestad estatal sobre cosas. El dato de que siempre deban servir a la generalidad no basta como criterio exclusivo para determinar su estructura y sistematización. Semejante objeto de examen sería demasiado heterogéneo para poder comprobarse como tal de forma unitaria; o –dicho de forma más drástica–: simplemente no cabría designar ningún bien jurídico colectivo que no presentara una relación con la generalidad.”³²

2.1.4. Bienes Jurídicos Intermedios

Llamada también bienes jurídicos con función representativa, propuesta para delitos medio ambientales, desarrollada por Tiedeman y difundida por Jakobs, ésta parte de que los citados bienes jurídicos colectivos son inmateriales, por lo que es preciso recurrir a otro bien jurídico que los represente en un plano menos abstracto. Ese bien jurídico intermedio o inmediato resultaría lesionado con la mera realización de la conducta subsumible en el tipo, lo que fundamentaría por sí solo un injusto específico merecedor de pena³³.

³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *“Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general”*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. p. 165.

³² HEFENDEHL, Roland: *“El bien jurídico como eje material de la norma penal”*. / *“La teoría del bien jurídico”*. Ed: HEFENDEHL, Ronald. Ed. Española: ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Íñigo/ Madrid, Marcial Pons, 2007. p. 182

³³ SOTO NAVARRO, Susana: *Óp. cit.* p. 181.

Funciones del Bien Jurídico

El concepto de bien jurídico cumple funciones dogmáticas que quedan determinadas por la norma penal. La norma penal (mandatos y prohibiciones) dará sentido a lo protegido y la dirección de los mismos. La transgresión de la norma se explica cómo afección o puesta en peligro del bien jurídico. El dato de bien jurídico no es abstracto sino preciso y diferenciado, así el Derecho penal no ha de proteger el "valor vida" en cuanto tal valor, sino la vida concreta de los ciudadanos. Por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuanto meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad³⁴.

El bien jurídico cumple una función ordenadora o sistemática al jerarquizar las infracciones particulares contenidas en la parte especial³⁵. Así por ejemplo Nuestro Código Penal Peruano clasifica las diferentes infracciones partiendo de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud,, la familia, la libertad, el honor, el patrimonio, la confianza y buena fe en los negocios, etc. La sistemática utilizada por el legislador nacional indica el predominio de la tendencia liberal de nuestro Código Penal que concuerda con lo previsto en la Constitución Política del Perú al referirse a la persona humana como fin supremo de la sociedad.

El concepto de bien jurídico como guía de interpretación -en palabras de Santiago Mir- descubrirá el ámbito de protección o el fundamento del injusto. Por ejemplo, en el delito de lesiones, debe determinarse si se afecta la salud o la integridad física de la persona. La intervención quirúrgica con fines de protección o mejoramiento de la salud, no agrede

³⁴ Mir Puig, Santiago, Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites del IUS PUNIENDI. en *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1ª ed. Barcelona, ARIEL S.A., 1994. p. 137.

³⁵ COBO DEL ROSAL, M. _ VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Valencia, TIRANT LO BLANCH, 1996, p. 137.

a la salud ni a la integridad física, todo lo contrario. Entonces, falta de antijuricidad material de conducta³⁶.

2.1.5. Protección de bienes jurídicos.

2.1.5.1. La persona como fundamento de la protección.

El derecho penal protege bienes vitales, coloca al sujeto en medio de esos bienes concretos y reales bajo la perspectiva que deben servir al desarrollo personal del individuo³⁷. En este sentido el planteamiento no se reduce al reconocimiento sólo de bienes jurídicos individuales, vida, libertad, honor; si no -como ya se dijo- la construcción del bien jurídico bajo ninguna circunstancia debe someter las posiciones de desarrollo y participación de los individuos, hecho que se podría dar si por ejemplo se penalizara los matrimonios interracial³⁸.

2.1.5.2. Dañosidad social y bien jurídico penalmente protegido

La dañosidad social deberá entenderse como regla de *minimización* del uso las posibilidades penales, en éste sentido, excluye del ámbito penal hechos exclusivamente inmorales (por sus consecuencias intolerables e innecesarias para la protección tanto del individuo como de la sociedad). Así, en el ámbito normativo, casos como el artículo 183 del CP que criminaliza la ofensa al pudor público ha sido acusada de contener "connotaciones moralistas"³⁹

La dañosidad social como criterio de minimización del uso del instrumental penal se orienta a valorar conductas que en el plano material *efectivamente* lesionen la posición del sujeto, de la sociedad

³⁶ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, Ob. cit. p. 136.

³⁷ HASSEMER, Winfried - MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1989, p. 108.

³⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio _ ARROYO ZAPATERO, Luis, Manual de Derecho Penal Parte General I Instrumentos y Principios Básicos del Derecho Penal, 1ª ed., PRAXIS S.A., Barcelona, 1994, p.10.

³⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Todo sobre el Código Penal, T.I. Notas y Comentarios, Lima, IDEMSA, 1996, p. 30.

o de las instituciones, es decir, que nos afecte a todos. No resultaran dañosas socialmente aquellas conductas que por su naturaleza puedan ser absorbidas por otras áreas del derecho o puedan ser superadas de forma distinta a la penal. La dañosidad social se yergue así como filtro para la concretización del bien jurídico con el agregado que "en un Estado social y democrático de derecho la determinación de los bienes jurídicos se habrá de hacer considerando los individuos y sus necesidades antes que la conservación y funcionamiento del sistema social"⁴⁰

No existen criterios uniformes para determinar porque unos bienes merecen protección jurídico penal y otros no, o, dicho de otro modo porque se penalizan algunas conductas y otras se excluyen o le resultan indiferentes al derecho penal. El tema es complejo y pasa por diversos niveles de apreciación. La formulación que sigue tiene su sede a nivel pre-legislativo no obstante que las categorías de dañosidad social, merecimiento y necesidad de pena _sobre todo estas dos últimas- pueden ocupar diversas facetas de la discusión a nivel de la teoría general del derecho penal o incluso como *categoría ulterior o cuarta categoría*⁴¹.

De otro lado, la relación dañosidad social y sistema social no es una relación pacífica y menos uniforme como lo advierte el profesor Terradillos: "cuando se mantiene que el bien jurídico es una condición necesaria para la conservación de la sociedad se está diciendo que el criterio sobre lo que es digno de represión jurídico- penal ha de ser el ataque a estas condiciones sociales. Con lo que el dogma del bien jurídico nos puede llevar a conclusiones diametralmente distintas a las derivadas del principio de dañosidad social. ... Si solo la idea de disfuncionalidad respecto a la estructura social es el criterio determinante del ejercicio del *ius puniendi*,

⁴⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, Fundamentos de Derecho Penal, 3ª ed., Valencia, TIRANT LO BLANCH, 1993. p. 45.

⁴¹ ROMANO, Mario "Merecimiento de pena", Necesidad de pena" y Teoría del delito **en** Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, JM BOSCH, 1995, p. 140.

pueden subordinarse las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificada la eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser esta "funcional"⁴².

2.6.2.1. Merecimiento de Pena

La fundamentación del bien jurídico _como se ha visto- pasa por el filtro material de la dañosidad social; la aplicación del criterio de dañosidad social aquí se entiende desde la perspectiva de **restricción** del instrumental jurídico penal. No olvidemos, que compete al Derecho penal la defensa, frente a los ataques más graves, de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales⁴³.

El merecimiento de protección jurídico penal tanto como la necesidad de la pena condicionaran la existencia de los tipos penales. En la creación de los tipos legales asistirán el merecimiento como la necesidad de tutela penal; sin embargo debe tenerse en cuenta la precisión del profesor Silva Sánchez en el sentido "*el criterio de que la necesidad de pena sin merecimiento de pena no puede fundamentar la incriminación, del mismo modo que tampoco el merecimiento de pena sin necesidad de pena puede hacerlo. En cuanto a la despenalización, ésta puede fundamentarse tan pronto como falte o el merecimiento o la necesidad de pena*"⁴⁴.

⁴² TERRADILLOS BASOCO, Juan, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nº 63, p. 134.

⁴³ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Ob. Cit., p. 139.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, J.M. BOSCH, 1992, p. 291.

2.6.2.2. Necesidad de Pena

La "necesidad de pena" determina que un objeto valorado, pasado por el tamiz de la dañosidad social y el merecimiento de pena por razones de utilidad afirme la sanción como recurso final⁴⁵. En este sentido, la necesidad de pena no es sino una consecuencia de la aplicación de la *extrema ratio*⁴⁶.

La intolerabilidad afecta las posibilidades de participación del sujeto o de los sujetos dentro del sistema de relación social, lo cual afecta el funcionamiento del sistema. Ello, no significa que la reacción punitiva se justifique en virtud de la funcionalidad o no del sistema. Lo que resulta necesario proteger son los **medios de relación** con lo cual se protege al individuo y al sistema. La necesidad de pena queda expuesta a posibles distorsiones o perversiones en su esencia. Por eso, la selección de los objetos a ser protegidos por la norma penal ha de hacerse superando las formulaciones ideológicas que puedan conducir a la protección de algo que encubre otra realidad, o simplemente de algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso, lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo lo protegido no es justo protegerlo⁴⁷.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Ob. cit. Citando a Hassemer indica: los principios de justicia (en los que centraríamos la idea de merecimiento de pena) y los de utilidad (que expresarían la necesidad de pena)...". Más adelante afirma: "Cabe pensar que en tal síntesis inciden consideraciones utilitaristas de necesidad de pena" p. 287.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. cit. p. 288 - 289.

⁴⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit. p. 156.

SUB CAPITULO 2 : LA REPARACIÓN CIVIL

2.2.1.-ANTECEDENTES:

2.2.2.-EVOLUCION HISTORICA

En un comienzo la reparación frente al daño o perjuicio fue una reacción privada, mediante la venganza individual, luego surgió la reacción colectiva mediante la composición voluntaria; sin embargo, estas reacciones no buscan una reparación o resarcimiento del daño, sino, más bien buscaban una sanción al agresor, infringiéndole un sufrimiento igual o superior al sufrido por la víctima.

Con el tiempo cuando las organizaciones políticas se consolidan y la autoridad se afirma ya no queda al libre albedrío del daño, ni del grupo al cual pertenecía, buscar la venganza, ni establecer la composición privada de la pena, sino que para asegurar la tranquilidad pública, la facultad de resolver el conflicto fue monopolizada por el Estado, y a partir de entonces el individuo deberá aceptar la forma de reparación establecida por la autoridad.

A estas alturas de la evolución del derecho es que aparece la idea de la reparación o resarcimiento del daño de parte del responsable o del causante, por lo que el Estado establece los mecanismos de ejecución de la obligación resarcitoria⁴⁸. Estableciéndose el principio general que todo daño como tal genera la obligación de reparar. No obstante establecido ya el principio general de responsabilidad era necesario desarrollar un fundamento a factor de atribución de la responsabilidad al causante, y de esta manera fundamentar o legitimar el surgimiento de la obligación resarcitoria, ya que como se ha dicho, resarcir es asumir el peso económico del daño el mismo que se ha desplazado de la víctima, al causante del mismo, obviamente previo a la determinación del factor de imputación indicada, debe haberse determinado la relación de causalidad entre la conducta del agente del daño y del resultado dañoso.

⁴⁸BUSTOS RAMIREZ. Juan; "Manual de Derecho Penal: Parte General"; p.89.

El factor de atribución de la responsabilidad fue la culpa, desarrollada por el subjetivismo impulsado por el cristianismo. Esta teoría establece que el peso de la reparación solo debe trasladarse al causante o responsable si este ha obrado con dolo, imprudencia o descuido en la realización del hecho dañoso.

Después con la evolución de la vía socioeconómico y con el desarrollo del maquinismo, la industrialización y las innovaciones tecnológicas, el incremento de las velocidades y de los poderes para hacer cosas, originaron una verdadera inflación de riesgos en el mundo contemporáneo, en tales circunstancias la investigación de la culpa se convertía en un expediente engorroso, costoso y a veces insuperable que conducía por lo general a que las víctimas no alcancen resarcimiento alguno. Esto genera dos alternativas:

- Estableció una presunción *juris tantum*, que consideraba en principio al causante del daño, salvo que demuestre lo contrario, es decir, se estableció una verdadera inversión de la carga de la prueba.
- La de responsabilizar objetivamente al causante, esta última se desarrolló para los casos de bienes o actividades riesgosas que causen daño, independientemente de si tuvo o no culpa el agente. Este es el factor o sistema de la responsabilidad por riesgo.

Finalmente las modernas teorías consideran que la sociedad y solo la convivencia social, la que crea las condiciones para que se produzcan los daños, y que se debe poner énfasis en la víctima del daño, más que en el responsable, consecuentemente debe dotar a la víctima de los mecanismos para obtener una cabal y facial reparación. Este tipo de reflexiones ha guiado al pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la Distribución o difusión social del costo de los daños, también llamada distribución social del riesgo, ésta sería la óptima aplicación, sobre en la responsabilidad por accidentes

comunes, tal como sucede con los accidentes de trabajo que tienen naturaleza jurídica análoga.

Así la reparación civil y por ende el resarcimiento evolucionó desde un carácter puramente aflictivo, es decir, desde el carácter sancionatorio o penal hasta un carácter puramente reparatorio, quedando establecido que la pretensión resarcitoria o reparatoria se ejercerá en el ámbito del derecho civil y procesal, y la pretensión penal o sancionatoria en el ámbito del derecho penal o administrativo sancionatorio.⁴⁹

En nuestro medio el Código Civil 1984, establece el principio general de responsabilidad extracontractual en su Art. 1321° que establece la obligación de indemnizar de quien por dolo, culpa inexcusable o culpa leve no ejecuta sus obligaciones, considerándose como incumplimiento la inejecución de la obligación y el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En su Art. 1969° establece que aquel que por dolo o culpa causa daño a otro, está en la obligación de indemnizarlo. Asimismo dentro de la responsabilidad extracontractual, el Código Civil, consagra el principio de responsabilidad por riesgo o peligros producidos por un bien o una actividad riesgosa. Finalmente hace referencia a la solidaridad como factor de atribución de responsabilidad en los casos en que considera ciertos tipos de daños sujetos a régimen de seguro obligatorio en su Art. 1988°.

2.2.3.-EVOLUCION LEGISLATIVA

La aplicación de consecuencias civiles al autor de un hecho punible ha sido una constante en el proceso de evolución del Derecho Penal Peruano. En efecto, siguiendo el modelo español, nuestros Códigos Penales han incluido siempre disposiciones destinadas a regular el resarcimiento de la víctima del delito. No obstante, la denominación legal de ésta clase de normas ha cambiado sucesivamente.

⁴⁹SAN MARTIN CASTRO, César, "Estudio Critico del Nuevo Código Procesa, en estudios de Derecho Procesal Penal": p. 114.

En el Código Penal de Santa Cruz de 1836, vigente en el Estado Sud Peruano durante la Confederación Peruana Boliviana, el legislador sistematizó tales reglas en su Capítulo V al cual llamó "De la Satisfacción" (Arts. 18° a 25°), señalando además que el éste Código incorporó además, normas sobre responsabilidad civil de terceros (Art.21°) y reglas sobre aplicación de costos (Art. 25°). No obstante, es de mencionar, que el Art. 25° planteaba la sustitución de la reparación señalada en la sentencia por una pena de reclusión, si el condenado no la podía pagar. Al respecto señalaba dicha norma: "No teniendo el delincuente medios para pagar la satisfacción, será condenado a trabajar en una reclusión en su oficio u otro trabajo para el que fuere considerado más a propósito, por todo el tiempo necesario para pagarla, salvo que otorgue fianza de satisfacción a gusto del ofendido, o que éste se dé por satisfecho".

El Código Penal de 1863, se ocupaba del resarcimiento en dos Títulos de su Parte General. Primero, trataba de los sujetos obligados o "De los que tienen Responsabilidad Civil" (Arts. 18° a 22°). Y, luego, de los alcances y "Del modo de hacer efectiva la Reparación Civil."

En el Código Penal de 1924 el resarcimiento fue denominado Reparación Civil (Arts. 65° a 80°), siendo lo más importante lo señalado por el Art. 65° que obligaba al Ministerio Público a perseguir conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil.

2.2.4.-LA REPARACION CIVIL.

La reparación ha sido considerada naturalmente como una institución del Derecho Civil, mas no vinculada al Derecho Penal. En efecto, tradicionalmente a la reparación se le ha vinculado con el proceso civil específicamente, y cuando ha tenido algún vínculo con el Derecho penal sólo se hablaba de ella como una consecuencia accesoria de la sanción punitiva por excelencia, es decir, de la pena privativa de libertad.

En consecuencia el tema de la reparación puede ser enfocado desde diferentes perspectivas. En primer lugar, ella puede ser estudiada desde una concepción tradicional que la identifica como una consecuencia civil del hecho punible. En segundo lugar, la reparación también merece un tratamiento

especial a partir de un moderno enfoque que la visualiza como una nueva modalidad de sanción del delito o como una alternativa eficaz frente a las penas privativas de libertad. Por último, el análisis puede partir desde una óptica victimológica de lo que significa la reparación como opción destilada a mejorar la posición de la víctima en los procesos de criminalización primaria o secundaria. A continuación nos referiremos a la reparación procurando integrar esta triple posibilidad analítica, para, luego, concluir con la revisión concreta de la regulación de la reparación civil en nuestra legislación penal vigente.

2.2.4.1.-CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN

El delito genera también un derecho de resarcimiento o indemnización para la víctima. A esta consecuencia jurídica que surge por el daño y perjuicios generados al agraviado y que es totalmente distinta de la sanción penal (pena, medida de seguridad o consecuencia accesorio aplicable a personas jurídicas), es a lo que en la doctrina y en la legislación se denomina **REPARACIÓN**. En consecuencia, el concepto de reparación posee una acepción amplia que permite abarcar varias opciones semánticas.⁵⁰ Entre ellas destacan, sobretodo, las que se identifican son: "aquellas medidas que realiza el infractor de contenido simbólico (presentación de disculpas), económico (Restitutorio, compensatorio o indemnizatorio), o material (prestación de un servicio) a favor de la víctima (individual o colectiva)".

El fundamento de la reparación no es otro que la condición de ilícito que acompaña y caracteriza al hecho punible. Por tanto, es correcta la apreciación que formulan **BRAMONT ARIAS Y BRAMONT -ARIAS TORRES** cuando sostienen que "Bien miradas las cosas, no es el delito lo que afecta a intereses individuales, privados o patrimoniales y exige la aplicación de una sanción civil, sino el hecho calificado como ilícito, que al mismo tiempo -genera responsabilidad delictual y civil, sino el hecho calificado como ilícito, que al mismo tiempo

⁵⁰ORÉ GUARDIA. Arsenio; "Manual de Derecho Procesal Penal"; p.86.

genera responsabilidad delictual y civil, dos valoraciones distintas, entre ellas sólo existiría un vínculo de conexión, no se confunden"⁵¹.

El daño, pues, que injustamente el agente, a través del delito, ocasiona a la víctima, exige una indemnización en cuanto es injusto. De ahí que el Código Civil peruano en su artículo 1969° reconozca que "Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...". Es más, el artículo 1970° reitera igual mensaje al señalar también que "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa daño a otro, está obligado a repararlo". Como bien lo expresa **PEÑA CABRERA**: "La responsabilidad que se origina de un delito, moviliza todo el sistema jurídico de un Estado, claro está, con la finalidad de verificar, y luego castigar al sujeto a quién es inherente esa responsabilidad. Pero esta no es la última consecuencia que se deriva de un hecho punible, y que se limita tan sólo al campo penal. Subsisten, a pesar del castigo impuesto al responsable, el daño o perjuicios causados en el patrimonio económico y moral de la víctima. La última consecuencia de un delito, no es tan sólo la pena, sino la obligación de reparar, en lo posible, el daño y los perjuicios causados. Este resarcimiento obligatorio es la llamada Reparación Civil"⁵².

En la doctrina contemporánea se debate arduamente en torno a la naturaleza jurídica de la reparación. Así, por ejemplo, **ROXIN** niega que la reparación sea una forma de pena. Sin embargo, admite, que ella puede considerarse "como sanción autónoma, como tercera respuesta posible al delito junto a la pena y a la medida, a las que puede moderar, pero también, en su caso sustituir"⁵³.

Ahora bien, en torno a los intentos contemporáneos por convertir a la reparación en una nueva modalidad de sanción penal. Esto es, en la tercera (o cuarta) vía, la naturaleza y finalidad que ella posee no resultan compatibles con el carácter público y represivo que tiene la pena. Por tanto, su utilización como mecanismo de solución del conflicto o como vía inmediata de atención a la víctima del delito, no pueden enervar su carácter eminentemente privado. Es en tal sentido, que resulta acertado lo expuesto por Gálvez Villegas cuando afirma que: "la reparación civil no puede configurar bajo ningún supuesto una

⁵¹LUIS A. BRAMONT ARIAS - Luís A. BRAMONT-ARIAS TORRES: "Código Penal Anotado"; p.313.

⁵²PEÑA CABRERA, Raúl; "Tratado de Derecho Penal. Parte General"; p.458.

⁵³CLAUS ROXIN; "La Reparación en el Sistema Jurídico-Penal de sanciones"; p.63.

sanción jurídico penal, ya que sustenta en un interés particular, tiene naturaleza distinta de la pena y por ningún motivo puede cumplir las funciones de ésta"⁵⁴. Esta reflexión se refuerza también en un plano procesal, ya que aun cuando en algunos países como el nuestro el Ministerio Público deba perseguir también la reparación por mandato legal (Cfr. Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 52, Ley Orgánica del Ministerio Público), ello obedece a razones fundamentalmente prácticas. En lo esencial la reparación es una pretensión particular del afectado por el delito, es, pues, como explica San Martín: "una declaración de voluntad interpuesta ante el órgano jurisdiccional penal, dirigida contra el autor o partícipe del delito y, en su caso, el tercero civil, y sustentada en la comisión de un acto penalmente antijurídico que ha producido daños en el patrimonio del perjudicado o actor civil, por la cual solicita la condena tanto de los primeros cuando del segundo, a la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, a la indemnización de los daños y perjuicios".⁵⁵

2.2.5.-EL DERECHO DE RESARCIMIENTO DE LA VICTIMA

Durante mucho tiempo la presencia de la víctima en la dinámica del sistema penal comenzaba y concluía, materialmente, con la comunicación de la **notitia criminis**. Más que como un tercero cuasi ajeno al proceso o como un órgano de prueba. Por lo demás su capacidad procesal para exigir una indemnización aparecía en la interacción y dinámica de la investigación y el juzgamiento, sumamente disminuida con relación a la participación de otros sujetos procesales. En ese contexto, pues, la prevención punitiva del Estado colocaba a la pretensión indemnizatoria de la víctima en un nivel secundario o accesorio. Como bien lo anota más reciente doctrina: A diferencia del imputado, que en cierto modo constituye la figura central del procedimiento penal, ya que todo gira en torno a su culpabilidad o inculpabilidad, el ofendido es, en el fondo, solamente una figura marginal. En contraste con el procedimiento civil, donde el ofendido juega un papel decisivo como «demandante», en el procedimiento penal él ha sido en gran parte desplazado por el Ministerio Público. Por ello, actúa, por regla general, sólo como testigo del hecho o sus consecuencias.

⁵⁴GALVEZ VILLEGAS. Tomas Aladino; "La reparación civil en el Proceso Penal"; p. 69.

⁵⁵Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César.; "Derecho Procesal Penal"; pp. 3.06 y 307.

En tal sentido, la posición del ofendido en el juicio penal, así como la potenciación de sus derechos indemnizatorios ha sido una de las principales preocupaciones de la política Criminal contemporánea. Lo cual es destacado por penalistas, criminólogos o procesalistas como un notable avance de la teoría penal moderna⁵⁶

En efecto la reflexión a nivel internacional sobre el rol de la víctima en el proceso penal se ha incorporado como uno de los retos de la criminología moderna y se ha manifestado fundamentalmente a través de dos vertientes: la primera que busca incrementar las facultades y participación del agraviado en el desarrollo del proceso y en el ejercicio de la acción penal y, en la segunda, de mayor arraigo en la actualidad, se encuentra frecuentemente vinculada con el intento de otorgarle un mayor espacio al resarcimiento del daño ocasionado por el delito".⁵⁷ Ahora bien, esta nueva etapa encuentra una sólida justificación en la presencia, cada vez más relevante y frecuente, de delitos de efecto supraindividual, y que afectan bienes jurídicos difuso. Pero, también, en los estados de indefensión que proyectan en la población formas indiscriminadas de criminalidad violenta, como el terrorismo, la desaparición forzada o el genocidio, y que abarcan en sus negativos efectos a un solo conjunto indeterminado de víctimas, las cuales, las más de las veces, son totalmente ajenas a los conflictos ideológicos y a la guerra interna que sirve de pretexto a este tipo de manifestaciones delictivas.

Sin embargo, en ese abanico de nuevas opciones legales y procesales a favor de los afectados por el delito, también se han filtrado reacciones desproporcionadas y simbólicas como la sobrecriminalización o el manejo politizado del interés socializado de la víctima. En este sentido resulta atendible la preocupación que deviene en razón de que "Ha de tenerse en cuenta ya en un plano interno de esta argumentación -además de las evidentes objeciones que pueden plantearse de principio a esta posturas- que la legislación «a golpe de telediario» en este caso, incrementando las penas por la «impresión social» producida por la asunción emocional de perspectiva

⁵⁶Cfr. DE VICENTE REMESAL, Javier; "La Consideración de la víctima a través de la Reparación del Daño en el Derecho Penal Español: Posibilidades Actuales y Perspectivas de Futuro, en Política Criminal y Nueva Derecho Penal"; p. 174 y ss.

⁵⁷Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio; "La Coerción Real y las consecuencias civiles es delito, en Congreso internacional del Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú"; p. 116.

de la víctima, puede producir efectos exactamente contrapuestos a los perseguidos: el establecimiento de marcos penales elevados puede conducir a que en la práctica los órganos de la administración de justicia establezcan mecanismos especialmente selectivos de persecución penal, es decir que en realidad estas posturas pueden producir una mayor desprotección real de la víctima".

La experiencia peruana en este dominio es muy representativa. Por ejemplo, pese a la gravedad de las penas consideradas por el Decreto Legislativo N° - 896 la tendencia de la Magistratura nacional es a no aplicarla. De otro lado, conminar con igual pena - cadena perpetua- a quien roba como integrante de una organización, y a quien roba y ocasiona la muerte de la víctima, aun preterintencionalmente, sólo puede generar que los riesgos de que se atente contra la vida de la víctima, al cometerse un robo, sean cada vez más latentes y mayores (Cfr. Art. 189° in fine del Código Penal peruano).

2.2.6.-LA REPARACION CIVIL Y LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

Actualmente hay una fuerte tendencia a aplicar sanciones de carácter pecuniario en lugar de la pena privativa de libertad. Las sanciones de esta índole obtienen resultados más favorables desde la perspectiva que una pena de prisión. La reparación, al igual que las sanciones anteriormente señaladas ofrece al autor del hecho ilícito mayores oportunidades de resarcir al sujeto pasivo o víctima: ya que en el caso de buscar ello a través de la pena privativa de libertad el sujeto pasivo no es satisfecho en sus pretensiones resarcitorias, muy por el contrario el proceso origina un distanciamiento entre autor y víctima. La reparación tampoco deja de tener eficacia preventiva, lamisca que se le exige al ordenamiento punitivo.

Mientras que en Derecho penal la prevención no ha sido alcanzada por su instrumento más común: la pena privativa de libertad, debido a que dicha sanción no puede ser vista como benigna, ya que en sí misma es un mal, además del constante agravamiento de las penas, ya sea apelando a la forma de su cumplimiento o al aumento de su duración, no indica que el índice de criminalidad esté descendiendo, muy por el contrario aumenta, a ello hay que agregar la imparable inflación penal que se viene sufriendo, pues al parecer

cada vez hay más conductas que se incorporan a los textos punitivos como hechos criminales.

Muy por el contrario, en el caso de la reparación si el autor ve su actuar antijurídico puede ser deshecho (dejando a la víctima y con ello indirectamente a la sociedad satisfechas), acogería la sanción reparatoria impuesta con mayor voluntad para su cumplimiento, y de esta forma se alcanza la intención disuasoria en la probable comisión de futuros delitos. Además, la reparación (como pena, es decir, como sanción jurídico- penal) es vista no como un mal, sino como un bien o un derecho para la víctima.⁵⁸ Con el monto que se compromete pagar o con los actos destinados a la reparación, se cumple con la función de prevención que tiene el Derecho penal, tanto en su aspecto preventivo general positivo como en el negativo.

Al momento de producirse un conflicto, se debe buscar aplicar todas las otras posibilidades antes de pensar en la solución punitiva, «las situaciones problemáticas pueden dirigirse a niveles diferentes de la organización societaria, sin recurrir a la justicia penal, bajo condiciones que permitan y contribuyan a la libre comunicación entre aquellos que están implicados.»

Actualmente la vía penal acaba siendo la vía más utilizada, además se aprecia una dura crisis de la sanción punitiva por excelencia (la pena privativa de libertad), es por ello conveniente utilizar mecanismos alternos, para que de esta forma la reparación sea considerada una tercera vía en el Derecho penal. Esta consideración de la reparación como tercera vía en el Derecho penal «aparece como una de las soluciones más idóneas al problema y; y en todo caso, como un complemento imprescindible de cualquier otra que se adopte».

El principio de subsidiariedad es otro de los principios que cobra una importancia mayúscula en este tipo de soluciones de los conflictos sociales. La subsidiariedad se manifiesta en el hecho de que el interés estatal en la punición tendrá que dejar paso a la conciliación entre el autor y víctima para que intenten un acuerdo en términos reparativos. El Estado renuncia a su actividad coactiva en la resolución de hechos antijurídicos (Por lo menos en un primer momento) para permitir que procedimientos no tradicionales puedan ser utilizados por el ofensor y el ofendido. Esta subsidiariedad también se manifiesta en la necesidad de que la pena de privación de libertad también

⁵⁸BUSTOS RAMÍREZ. Juan; "Introducción al Derecho Penal"; p.115.

quede relegada para pasar a una aplicación de la reparación, es decir la subsidiariedad de la pena privativa de libertad también quede relegada para pasar a una aplicación de la reparación, es decir la subsidiariedad también se manifiesta en la necesidad de que la pena de privación de libertad también quede relegada para pasar a una aplicación de la reparación, es decir la subsidiariedad de la pena privativa de libertad (al menos en un primer momento, pues lo ideal es que la privación de libertad desaparezca del catálogo de sanciones de un moderno Derecho penal que tienda cada vez más a suavizar y a humanizar sus acciones) respecto de la reparación que deberá intentarse aplicar antes que la pena privativa de libertad.

También se ha señalado que la necesidad de eficacia en la pena privativa en estos últimos tiempos es vista como peligrosa y falsa.

De igual manera, debe contribuir con la restitución de la paz social quebrada con el sometimiento de la conducta ilícita, esto se alcanza al verse deshecha la antijuricidad de la conducta con la reparación hacia el sujeto pasivo del injusto penal.

Finalmente, debe provocar en el sujeto activo un reconocimiento de su actuar ilícito y otorgarle la posibilidad de reincorporarse a la sociedad inmediatamente, evitando su encarcelamiento. En este sentido resulta muy claro afirmar apuntar que «el Derecho penal debe estar guiado por el principio de intervención mínima, ya que sus intervenciones en la esfera de los derechos de la persona son los más graves que permite el ordenamiento jurídico».

Por ello debe tenerse especial cuidado en la aplicación de una sanción que conlleve reclusión en las tan criticadas cárceles.⁵⁹ No sólo debe haber cuidado, sino también se debe evitar en la gran mayoría de casos su aplicación.

ROXIN⁶⁰ al respecto enfatiza que la reparación utilizada como sanción penal cumpliría de una manera más adecuada los fines que se le encomendó a la pena privativa de libertad. Afirma también que la reparación estaría al servicio del reestablecimiento de la paz jurídica, ya que el autor repararía su actuar antijurídico con sus propios medios sin necesidad que se sienta compelido por un ente estatal, como lo es el Poder Judicial. Mientras que por otra parte se

⁵⁹GRACIA MARTIN, Luis; "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español", p.47.

⁶⁰ROXIN, Claus: "Problemas Básicos del Derecho Penal", p.118.

sostiene que «en un Derecho penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por composición y por compensación del daño, el procedimiento preferidos». En este punto **GRACIA MARTÍN** se manifiesta en sentido contrario, pues es de la opinión que en gran cantidad de casos las necesidades de reparación de la víctima y, el fundamento y los fines de la pena no pueden ser compatibilizados, para ello, afirma que pueden existir casos en lo que hay daño pero que la conducta que originó el daño no puede ser imputada objetivamente, con lo cual hay necesidad de reparación pero no de pena.

Asimismo señala como objeción, que la víctima puede demandar una reparación desproporcionada, con lo cual se quebraría la medida de lo justo y también de la culpabilidad del autor. Según el citado autor con la introducción de la reparación se estaría dando origen a la desaparición de las fronteras entre el Derecho penal y el Derecho civil.

Se refiere que en el tema de la reparación, lo que subyace es una colisión entre los intereses del ofendido, y los intereses punitivos del Estado. Sin embargo, sostiene que incluso en ciertos casos la autoridad estatal tiene objeciones, como cuando se hace primar una pena de multa en lugar de la reparación a la víctima del injusto penal. Pero en aquellos casos en donde la lesión se produce a un bien jurídico de alta jerarquía y dicha lesión es también grave, hay una necesidad de ejecutar la pena privativa de libertad, por lo tanto

-según el citado autor- el interés público en el castigo de la conducta ilícita obstaculiza la reparación, siendo dicha obstaculización inevitable mientras no se prescinda de la pena privativa de libertad como sanción jurídico-penal.

Otro punto importante en la introducción de la reparación en el ámbito de sanciones penales lo constituye la posibilidad de romper con la coherencia que debe tener el sistema penal. Se afirma que se estaría favoreciendo una confusión entre los límites jurídicos que existen entre el Derecho penal y el Derecho civil. En este punto **QUINTERO OLIVARES**⁶¹ explica que el solo hecho que el Derecho penal admita en su abanico de reacciones ante el autor concreto de la conducta antijurídica la posibilidad de renunciar a la pena de prisión es algo, que califica en sí mismo de positivo.

⁶¹QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; "La Reparación del perjuicio y la renuncia de la pena", p.283.

En delitos de naturaleza patrimonial la reparación aparece como la forma ideal de reestablecer la paz jurídica. La exclusión de la pena privativa de libertad para dar paso al ingreso de la reparación constituye un elemento fundamental en el proceso de acercamiento entre los involucrados en el conflicto penal, como lo son la víctima y el autor. Al mismo tiempo se alcanza los fines preventivos del Derecho penal, ya que la víctima constituye el representante de la sociedad, y al estar ella conforme con la solución reparatoria, la sociedad no demanda una pena en sentido tradicional.

Lo que está claro es que el ingreso de la reparación en el Derecho penal sería una buena opción antes la crisis en que se encuentra el sistema sancionador jurídico-penal, «una crisis de la Política criminal que se centra sobre todo en la pena privativa de libertad, pero que afecta asimismo a las restantes sanciones jurídico - penales». Por ello es importante, no sólo que la reparación opere como una atenuación de la pena; sino que el punto de equilibrio entre la vacación punitiva del Estado en defensa de los bienes jurídicos penalmente tutelados que la comunidad quiere que se protejan y los intereses de la persona afectada por el injusto penal, que trascienden indirectamente a la propia víctima porque también afecta a toda la ciudadanía en tanto víctima potencial, se encuentra en la introducción de la reparación como sanción jurídico- penal.

Otros aspectos negativos que supera la reparación con respecto de la privación de libertad en lo referente a la actitud del autor con respecto de la víctima son, en primer lugar, la excesiva dilatación del proceso penal que se convierte en sí misma en una pena para el procesado. En segundo lugar, la posibilidad del efecto del cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

2.2.7.-LA VÍCTIMA EN LA REPARACIÓN CIVIL

La pena, tiene como finalidad la resocialización del sujeto activo del injusto, objetivo que en la actualidad no se puede alcanzar, la reparación podría cumplir este objetivo de manera eficaz, debido a que con el pago de la reparación el autor del delito se coloca frente a la víctima asumiendo las consecuencias de su actuar ilícito.⁶² De este modo, también la sociedad al ser

⁶²GALVEZ VILLEGAS. Tomás Aladino; "La Reparación Civil en el Proceso Penal", p.268

satisfecha a la víctima, se considera sin interés de castigar al sujeto activo con la sanción más grave del Derecho Penal: la pena privativa de libertad.

De otro lado, resulta importante que se produzca una reapropiación del conflicto a favor de la víctima; y en este sentido podemos afirmar que "la forma principal de esta reapropiación no podrá realizarse sino a través del uso del instrumento privado-resarcitorio, que no sólo debe entenderse en el sentido pecuniario. Momentos simbólicos como el perdón de la víctima, el reconocimiento de la culpa y el arrepentimiento del actor desviado o bien satisfacciones acordadas entre los diversos sujetos implicados en las acciones desviadas (como el trabajo gratuito a favor de la víctima o de la comunidad o del barrio, ya a favor de fines socialmente apreciables o altruistas) pueden ofrecerse como mediaciones privadas del conflicto".

La forma de hacer efectiva solución de los conflictos debe prescindir de la pena privativa de libertad, y en este sentido la reparación puede tener un papel más relevante. En tal sentido, se destaca que hay una buena receptividad de las personas afectadas por el hecho antijurídico de acudir a soluciones de naturaleza arbitral; resultando interesante algunos estudios sobre víctimas en los cuales se puede ver que éstas valoran de manera más positiva el esfuerzo de reparación del autor más que el efectivo resarcimiento, y que muchos casos son conscientes que no podrán recibir un pago dinerario significativo.

Asimismo, podemos afirmar que la reparación es un primer paso para tratar de devolver el conflicto a las partes, debido a que permite un acercamiento entre el ofensor y la víctima, este acercamiento con la víctima lleva al autor del hecho punible a intentar resolver el conflicto producido en términos de satisfacción de la víctima. Y además, 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, dentro de los cual el delito es sólo un conflicto agudo.

Por otra parte, no se puede pretender con la introducción de la reparación en el Derecho Penal, que se implique necesariamente la exclusión de ciertas conductas de la vía penal, con la intención de conseguir la abolición del sistema punitivo, es, por decir lo menos fantasioso, debido a que la posibilidad de generar un efecto abolicionista es irreal, sobre todo en la compleja sociedad en que nos encontramos hoy en día. La intención es la opuesta, es decir, que

la reparación sea una tercera vía en el Derecho penal, junto con las penas y las medidas de seguridad.

La idea de la participación de la víctima en la solución del conflicto penal responde a una democratización de las soluciones (antes tan sólo en manos del Estado), para que de esta forma el contacto con la justicia sea, más cercana, ágil y efectivo en la obtención de una respuesta al problema que deje satisfechos a la víctima y al autor, y al mismo tiempo beneficie al propio Estado. La necesidad de un sistema punitivo es incuestionable, así como la definición de la antijuricidad de los hechos en manos del Estado.

En los últimos tiempos, ha comenzado un fuerte debate en el Derecho penal por el tema de la víctima. Este interés en la víctima debe enmarcarse dentro de una búsqueda por otorgarle mayores atenciones, considerando que ella ha sido la que ha sufrido la lesión de algún bien jurídico penalmente tutelado⁶³.

Durante la vigencia del llamado sistema penal moderno. La víctima ha sido por regla general la más olvidada; la historia del Derecho penal ha girado en torno al autor de la conducta ilícita, de la pena, y más recientemente del estado peligroso y de la medida de seguridad. No ha existido una legislación adecuada para la protección de la persona directamente afectada por el delito (ni en el Derecho penal sustantivo ni el adjetivo). Siempre ha sido relegada a un segundo plano, debido a que el sistema penal siempre se ha preocupado - sobre todo -, del sujeto activo del injusto penal. La víctima sólo ha sido tomada en cuenta al momento de iniciada la investigación policial o para cumplir funciones testimoniales. La configuración del proceso penal está hecha de manera que la víctima no tiene participación alguna.⁶⁴ Éste es el sistema de persecución penal que aparece en la modernidad, en donde el Estado asume un poder centralizado, asumiendo la titularidad de la persecución penal y del interés del propio afectado de la conducta punible, como tutelar del interés público, y por tanto otorgándole a la víctima un rol insignificante en la solución del conflicto producido. "La víctima no es percibida como tal, es decir, como persona dañada por ser la más débil en la relación victimario - víctima, y no se le presta en la mayoría de supuestos la atención necesaria para salir del trance en que se encuentra."

⁶³CUBAS VILLANUEVA. Víctor; "El Proceso Penal: Teoría y Práctica", p. 402

⁶⁴GARCIA RADA. Domingo; "Manual de Derecho Procesal Penal", p. 54.

El sistema penal al intervenir en la sociedad realiza una serie de acciones como órgano de control. Por una lado, señala que conductas deben ser elevadas a la calidad de delitos (tipificación) de otro lado, establece las normas adjetivas aplicables, cómo reejecutan éstas, etc. Pero siempre se olvida de alguien⁶⁵. Si bien es cierto es cierto el actor principal en este sistema es el autor del hecho punible, también lo es que, el actor más olvidado, es la víctima. Pero "la víctima no exige compasión sino respeto de sus derechos", es por ello que ocuparse de la víctima implica darle el lugar que ella se merece en la solución del conflicto penal (en el cual ella también participó), buscar su participación en mecanismos que la dejen satisfecha, como lo es la reparación. En el Derecho Penal material se tiene en cuenta a la víctima, pero no como objeto de protección exclusivamente, sino más bien teniendo en cuenta su participación en el acto típico para graduar la pena del autor, sin tener en cuenta sus intereses, o también para establecer agravantes en cuanto a la situación de debilidad de la víctima (como en actos en donde el móvil es racial, o cuando es un menor el afectado o cuando el acto típico tiene connotaciones sexuales, aunque en este tipo de delitos se cuestiona la participación de la víctima, sobre todo, en los llamados "actos de provocación"). También se utiliza para atenuar la pena en ciertos actos típicos, como el que presta ayuda al suicidio, o en lesiones consentidas. Sin embargo, todo esto toma en consideración lo que la víctima quiere, más bien son criterios que permiten al juzgador determinar

la pena a imponer, en lugar de conocer los intereses de la propia víctima. En este punto se deben tener en cuenta dos cuestiones muy importantes que deben ser diferenciadas. En primer lugar se debe considerar la participación de la víctima en el injusto penal, pero no desde la perspectiva estricta de la victimodogmática, pues si bien es cierto que se debe considerar a la víctima, también lo es que dicha consideración no debe hacerse con el único objetivo de la reducción de la sanción penal a imponer al autor. En segundo lugar, la reparación como pena deberá imponerse teniendo en cuenta toda la situación que rodea al hecho ilícito.

⁶⁵BRAMONT ARIAS. Luis: "Código Penal Anotado", p.247.

Se ha señalado muy acertadamente que la víctima es "utilizada" en el proceso penal. Asimismo, establece de forma puntual que la víctima en el proceso penal juega un rol bastante triste. De un lado se le utiliza como denunciante, y por otro lado sirve como testigo. Este modelo político- criminal autoritario, fundado en la idea de infracción y que castiga la desobediencia, produce, en contra de los intereses del ofendido, el fenómeno denominado expropiación del conflicto. Sin embargo, se piensa que la inclusión de la víctima en la resolución del conflicto penal podría traer consigo el regreso a la venganza, lo cual resulta incierto pues la satisfacción de la víctima no puede significar la elevación de la pena justa tal y como se entiende hoy en día la que impondría un derecho penal tradicional-, sino en todo caso un límite. Incluso se debe ir más allá del sólo hecho de que la participación de la víctima en el conflicto penal sea un límite a la pena justa, pues puede ser el primer paso para la exclusión de la pena privativa de libertad y simultáneamente para la inclusión de la reparación como mecanismo que permite la satisfacción del perjudicado.

2.2.7.1.- CONCEPTO DE VÍCTIMA.

Resulta importante establecer el concepto de víctima para así evitar cualquier confusión en su aplicación, puesto que la reparación busca recobrar la situación *ex - ante* de la comisión del hecho antijurídico (cuando sea posible) o en todo caso dejar satisfecha a la víctima, y al mismo tiempo generará un efecto de satisfacción en la propia sociedad.

Sin embargo, el concepto de víctima que se maneja necesariamente tiene contenido normativo, pues no es posible establecer un concepto de víctima sin apelar a elementos normativos para esbozar una definición de víctima⁶⁶. Definitivamente la ley o la práctica jurídica establecen los parámetros para la conceptualización de víctima.

En el sistema jurídico - penal se hace una clara diferenciación entre víctima y perjudicado, aunque es menester señalar que tienen una estrecha vinculación. El sujeto pasivo de un injusto penal es la persona titular del bien jurídico penalmente tutelado que ha sido vulnerado o puesto en peligro como consecuencia de la perpetración de la conducta punible. En este sentido víctima y sujeto pasivo son - casi siempre - lo mismo para el sistema penal.

⁶⁶BOVINO, Alberto;"El Principio de Oportunidad en el Código Procesal Penal Peruano en Ius et Veritas" p.80 y ss.

Aunque no siempre, pues también hay supuestos en que el titular del bien jurídico no soporta la acción penalmente típica.

El término perjudicado es el que no se encuentra contenido en el concepto jurídico-penal de víctima. El perjudicado no es la persona que soporta la acción típicamente antijurídica. Verbigracia en el caso de un homicidio la víctima es el sujeto pasivo quien ha fallecido, y los deudos son los perjudicados por la mencionada conducta punible. Lo mismo sucede en un delito de estafa, en donde víctima del engaño no tiene por qué coincidir con el perjudicado⁶⁷, ni con el titular del bien jurídico.

En el sistema finlandés se utiliza el término "demandante" en la normativa sobre la reparación. Dicho término es definido como la persona poseedora del directo interés violado o dañado por una conducta ilícita, y que tiene el derecho a actuar como demandante en un proceso. Se utiliza esta palabra en lugar de "víctima"⁶⁸ puesto que no tiene una carga emocional tan fuerte y también porque es un vocablo jurídico (ya que víctima no lo es, siendo además un término muy amplio).

Por otro-lado, también es aquellos casos, en donde el afectado puede ser individualizado, por ejemplo, en caso de conductas injustas contra del ambiente, en donde la afectación no puede ser particularizada. Pero en este caso, como en el de conductas contra el patrimonio (incluidos actos antijurídicos socio - económicos), en el de homicidio, entre otros, la reparación debe alcanzar tanto a la víctima como al perjudicado, por tanto, si ante un hecho injusto ecológico que no se puede concretar en una persona, sino en una comunidad determinada o en una población, la reparación se realizara a favor de toda la comunidad afectada⁶⁹. Pero si se afecta a una persona jurídica, a ésta se le deberá destinar la reparación, y por tanto tendrá la calidad de víctima. Por ende, el concepto amplio de víctima que utilizaremos será distinto al que se mantiene en la teoría general del delito puesto que incluirá: a) al titular del bien jurídico penalmente protegido; b) a la persona sobre la que recae la acción típica, y; c) a los directamente perjudicados por el hecho ilícito (verbigracia los herederos forzosos de una víctima de homicidio, los

⁶⁷QUERALT"JIMENEZ, Joan; "Víctimas y Garantías", p. 156 y 157.

⁶⁸MUÑOZ CONDE. Francisco; "Teoría General del Delito", p.320.

⁶⁹VEGA BILLÁN, Rodolfo; "Derecho Procesal Penal explicado con sencillez", p.101.

perjudicados directos por un acto antijurídico contra el orden financiero, entre otros).

2.2.7.2.-LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

No podemos ser ajenos al problema de la víctima en el proceso penal, si lo que se busca son soluciones que satisfagan la necesidad de justicia de la sociedad, es importante tener presente a la víctima.⁷⁰ Un importante jurista nos señala de manera muy acertada que al proceso penal formal y al castigo del autor se le da menos importancia por parte de las víctimas, pero que se «se estigmatiza el autor por medio de la pena, especialmente en los casos de pena privativa de libertad, lo que dificulta esencialmente la reincorporación a la sociedad; se carga al Estado con los gastos de aplicación de la pena; sin embargo, el daño que la víctima ha sufrido por el hecho punible queda casi sin indemnizar ni forma parte de la cuestión penal».

En el proceso penal, históricamente concebido como un mecanismo para la imposición de un castigo, la víctima no tiene papel alguno que realizar. El proceso se convierte, no sólo ya se mencionó, en una tortura para el procesado, sino también, en una tortura para la víctima. Esto debido a que a través del proceso se busca lograr la verdad material, lo cual en la gran mayoría de casos es imposible, generando tan sólo un grado de insatisfacción enorme en la víctima. Esta imposibilidad de lograr una solución satisfactoria se debe en parte a que quién busca la solución al caso es una parte ajena al conflicto, que nace con la aparición de la etapa de investigación pública en el proceso penal (persecución pública), lo que no sucede en hechos punibles de acción penal privada.

Se ha señalado que durante todo el proceso penal desde el inicio de la actividad policial- los agentes de control social se olvidan de la existencia de la víctima. De manera muy clara señala que la víctima, a lo más, es un convidado de piedra, ya que no juega ningún papel en el proceso penal. En el mismo sentido se expresa CAFFERATA ÑORES quién afirma que hay una escasa, por no decir casi nula, atención a los intereses de la víctima, quién es el principal actor en el conflicto penal, «que es quien sufre las consecuencias del ilícito, es decir, la víctima, a quien se priva de toda posibilidad de evitar o atemperar el principio de legalidad, aun como modo de proteger sus derechos

⁷⁰BOVINO. Alberto; "La participación de la víctima en el procedimiento penal", p. 240.

vulnerados por el delito (salvo las contadas excepciones que de ello pueden encontrarse en los de instancia privada)».

El proceso penal tiene su inicio en la denuncia policial, es decir, la forma de tomar conocimiento de la perpetración de una conducta punible -en la gran mayoría de casos- se produce por la víctima que acude a la policía. Pero, «cuando se acude a la policía a causa de un algún delito, resulta que, en general, la víctima no está especialmente interesada en un proceso penal, o en conseguir un castigo, sino en una resolución del conflicto, por ejemplo una indemnización...». Dicha víctima está más interesada en llegar a un arreglo satisfactorio que resolver el asunto por la vía penal, y acude a la policía porque es a la única institución que conoce. Por consiguiente, el papel de la víctima para poner en conocimiento de la autoridad competente la perpetración de un hecho ilícito es muy importante (como iniciadora de la investigación y el proceso penal), procesalmente hablando su actuación es trascendental, pero esta mayúscula importancia no se aprecia en el papel que le toca jugar durante el proceso penal ni en los beneficios que le debería tocar al final de dicho proceso penal. La víctima conjuntamente con el autor juega un rol preponderante en el sometimiento de la conducta antijurídica, pero una vez iniciado el proceso la víctima pierde este papel preponderante. «El proceso penal no debe limitarse a los hechos, con olvido total de quien los hizo y quien los sufrió». Es indispensable que la víctima intervenga de manera más activa en la solución del conflicto, su intervención en el proceso penal es muy importante en la inmensa mayoría de los casos, aun cuando no se le reconocen derechos igualitarios de participación en el proceso. MAIER señala que «la víctima que no participa en procedimiento como sujeto procesal activo, sino que es llamada a él con fines de información (testigo)». De igual manera, MAIER es de la opinión que como la víctima es protagonista principal de la novela penal conjuntamente con el autor, nunca se podrá llegar a una solución integral si el interés de la mencionada víctima del delito no es satisfecho plenamente. Cómo puede imaginarse que la víctima puede quedar satisfecha en un procedimiento penal cuando éste tiene como única aspiración castigar al autor por la comisión del hecho delictivo.⁷¹

⁷¹QUERALT JIMENEZ. Joan Joseph; "Victimas y Garantías: Algunos Cabos Suelto.s": p. 56

En este sentido es muy explícito afirmar que con la búsqueda de una punición lo que se hace, realmente, es agravar el conflicto penal, ya que se deja de lado toda la posibilidad de que la propia víctima lo solucione, con ello también se desvanece la posibilidad de que quede satisfecha en sus demandas más simples, con ocasión de haber sufrido la comisión del referido injusto penal. El autor antes citado afirma que la víctima pierde sus facultades de participación en el proceso penal, y debido a la necesidad de control del Estado sólo se le utiliza como testigo, es decir como una mera colaboración en la persecución penal.

Esta necesidad de una víctima-testigo, ha originado en el sistema anglosajón la introducción de una serie de mecanismos para la protección de dichas víctimas. Pero estas medidas no tienen por objeto una protección de la víctima, ni un interés por minimizar el dolor y el daño sufrido con ocasión de la comisión del hecho punible, ni una búsqueda de reparación, lo que está detrás es proteger a la víctima en cuanto útil para lograr una condena en contra del autor de la conducta antijurídica.

Por otro lado señalan que en el proceso penal la víctima si es considerada, y cuenta con una serie de mecanismos procesales para actuar en dicho proceso. Dicho autor sostiene dicha afirmación citando como ejemplo la primera Ley de Protección a la Víctima (la misma que entró en vigencia en 1987), que trajo consigo una serie de modificaciones en la StPO (Ordenanza Procesal Penal alemana o Ley Procesal Penal) para favorecer los intereses de la víctima. Pero la citada ley ha sido duramente criticada, y dejó innumerables problemas en su finalidad de mejorar la posición del ofendido, entre otras la incorporación de elementos reparatorios en el Derecho penal. Pero estos mecanismos introducidos por dicha norma, no facilita un mecanismo procesal para negociar o conciliar con el sujeto activo del injusto penal, prescindiendo de la pena privativa de libertad la misma que aún es mantenida como consecuencia jurídica del hecho ilícito.

Se incide en que las garantías que se desprenden del proceso penal no son garantías orientadas a la víctima, «así, vemos que las garantías lo único que garantizan es que el sistema penal les robe a las personas directamente involucradas el evento que, sin lugar a dudas, les pertenece. Les roba el evento al impedirles realizar a éstas sus propias definiciones del mismo, al

reconstruirlo dentro del marco de referencia de las organizaciones social y cultural del sistema penal. De hecho, entonces, las garantías les privan de ese derecho más fundamental que es la posibilidad de definir el evento y de construirlo y actuar de acuerdo a dicha definición».

La víctima busca responderse la pregunta de ¿Por qué a mí?, y para ello debe estar presente en la solución que se le quiera dar al conflicto. Con el proceso penal dicha pregunta no puede, ni será respondida nunca, generando en la víctima un grado de insatisfacción por el sistema de control penal e incluso un rechazo muy grande hacia los procedimientos judiciales formales de solución de los asuntos penales. En muchos casos las víctimas al ser conscientes de las consecuencias negativas del proceso penal no llegan a hacer la denuncia, omitiendo, en la gran mayoría de los casos, recurrir a la policía. Para algunos juristas el problema se encuentra en que una vez realizada la denuncia penal (que es de donde deriva en la gran mayoría de casos la persecución penal), la víctima sólo es llamada al procedimiento penal como testigo; una vez cumplida la diligencia testimonial ya no es necesaria su presencia nunca más. En muchos casos (por no decir todos), «la víctima se considera abandonada e incomprendida por parte de su entorno social. En el proceso penal ella se siente menospreciada como objeto de la búsqueda de la verdad». La tan ansiada, satisfacción de la víctima, no sólo contribuye a que en el caso concreto se obtenga un beneficio, sino, que «...la paz jurídica perturbada por el delito sólo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no sólo al autor, sino también a la víctima». Tiene por lo tanto bien una gran connotación social. Dicha connotación social es la que le da contenido a las normas penales, ya que sin esto no habría necesidad de crear tipos penales, ya que sin esto no habría necesidad de crear tipos penales. Se manifiesta que la misión que tiene el Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, y que no todos los valores sociales son merecedores de protección a través de la fuerza coactiva del Estado; por lo tanto podemos afirmar que sólo unos pocos son los valores sociales que son elevados a la categoría de bienes jurídicos, y de éstos, menos aún, tienen que ser protegidos con la sanción máxima del Derecho penal, en evidente perjuicio de los intereses de la víctima.

Se puede llegar a la conclusión de que una gran parte, por no decir casi todos, de los procesos penales son innecesarios tanto desde la perspectiva como de

los intereses de las personas involucradas. Con ello, no estoy diciendo que la intervención sea totalmente innecesaria, dicha necesidad de la intervención tiene su origen en la denuncia a la policía. Por eso se afirma que «en la mayoría de los casos la intervención inmediata de la policía hubiese sido suficiente y además lo único que querían las víctimas»⁷².

El proceso penal, sobre todo aquel que aún se encuentra inspirado por el principio inquisitivo, no toma en cuenta a la víctima, debido a que la potestad punitiva descansa totalmente en el Estado. Por otro lado, a aquellos sistemas procesales de inspiración acusatoria (material) otorgan mayor posibilidad de actuación a la víctima, pero aún no es la suficiente como para que tenga un rol preponderante en la solución de su propio conflicto. Verbigracia, lo sucedido en el Código Procesal de la Nación (Argentina), que en ciertos aspectos es menos favorable que el Código Procesal Penal de Córdoba de 1939.

En el proceso penal peruano la víctima no juega ningún rol. Sólo se le convoca para que rinda una declaración testimonial. Muchas veces ella no quiere asistir al proceso penal, porque le genera más costos de los que ya ha sufrido con ocasión de la comisión del hecho punible, costos como los de transporte a la sede judicial pérdida de un día de trabajo, pérdida de tiempo entre otros. Lo más triste es que su asistencia al Poder Judicial es obligatoria, y puede decretársele un apercibimiento de grado o fuerza para que en el caso de que no quiera asistir sea llevada por la policía judicial. El proceso no le viabiliza ninguna solución a su problema, sólo se cumple con lo establecido en la ley, dejando de lado toda consideración para con la víctima. El llamado

«agraviado» en el proceso penal no tiene potestad alguna en la resolución de su conflicto. El fiscal acusa al procesado sin consultar a la víctima, el Juez dicta medidas de detención preventiva sin consultarle, posteriormente sentencia sin consultarle y sin ni siquiera requerir su presencia. El proceso está hecho de tal manera, que perfectamente la víctima no tiene cabida en él.

En el Código de Procedimientos Penales peruanos de 1940 (aún vigente), se establece en los artículos 54° al 58°, la posibilidad de que el agraviado se constituya en parte civil, lo cual le da básicamente derecho a la reparación civil, y a ofrecer pruebas que crea para la condena del procesado. Pero ¿Quién ha dicho que a la víctima le interesa una condena? Muchos autores, señalan que

⁷²ORÉGUARDIA. Arsenio; "Manual de Derecho Procesal Penal".p. 110.

ante un conflicto de esta naturaleza a la víctima le interesa mucho más una reparación que una punición del sujeto activo del injusto penal⁷³ La reparación tiene efectos más favorables, tanto para la víctima como para el autor y por qué no decirlo, también para el propio Estado, y el cumple con dejar satisfecha a la mencionada víctima, y en esa medida la paz social alterada con el delito, es recuperada. En el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995, en los artículos del 84° al 85°, se establece normatividad aplicable al agraviado. Luego en los artículos del 86° al 92° se establece la normatividad aplicable al actor civil, y en este punto me parece que el proyecto redujo la posibilidad dada en el artículo 54° del Código de Procesamientos Penales antes mencionado, que establece la posibilidad de que tanto el agraviado como sus ascendientes, parientes colaterales y afines, puedan constituirse en parte civil, mientras el proyecto sólo le da esa posibilidad al agraviado.

Del análisis normativo realizado se puede apreciar que no se hace referencia expresa a la víctima en el proceso penal, y más aún, al agraviado sólo se le da posibilidades relacionadas con su contribución probatoria, destinada a la condena del procesado, y no se le considera como una persona que ha sufrido la comisión de un hecho punible, y menos a preguntarle cuáles son sus expectativas con respecto al proceso penal. Además con la introducción de criterios de oportunidad, tampoco se le ha dado a la víctima una efectiva participación en el proceso penal, basta analizar el art. 2° del Código Procesal Penal, y constatar que aún si la víctima no interviene se aplicaría el principio de oportunidad, y no podrá hacer nada para impedir su ejercicio. Más importante que considerar qué deberíamos hacer con el delito, sería preocuparnos por lo más útil para las víctimas.

En el proceso penal alemán se implementó la Ley de Protección de la Víctima, la misma que finalmente no potenció la reparación del daño, que se mantuvo discretamente, dentro del ámbito civil, siendo postergada dentro del proceso penal. Con ello, sólo se acentúa la marginalidad de la víctima y su incapacidad dispositiva en la solución del conflicto.

Por su parte, el Anteproyecto del Código Procesal Penal Paraguayo de 1996 en su artículo 67° señala a quiénes se debe considerar como víctima, en dicha conceptualización se establece un criterio extensivo para la consideración de

⁷³ORÉGUARDIA. Arsenio; "Manual de Derecho Procesal Penal".p. 116.

víctima en el proceso. Entre las innovaciones más destacables se encuentra la posibilidad de que los socios de una sociedad pueden tener la condición de víctima respecto de las personas quienes dirigen, administren o controlen (artículo 67°, inciso 3). También pueden ser consideradas víctimas las asociaciones en aquellos casos en que los ilícitos afecten intereses colectivos o difusos. Este precepto resulta bastante útil cuando es imposible individualizar a las víctimas, pues como ya se mencionó anteriormente en caso de conductas antijurídicas en donde reprotogen difusos no es un supuesto de ausencia de víctima, sino un supuesto problemático de individualización del ofendido (artículo 67, inciso 4).

Asimismo, en el artículo 68° se prevén los derechos de las víctimas en el proceso penal, entre los que destacan el derecho a ser escuchadas antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, a intervenir en el proceso penal y a ser informada de los resultados del procedimiento. Pero aunque en este cuerpo normativo se le reconozca a la víctima una serie de derechos que otros ordenamientos no establecen, resulta insuficiente pues adolecen de capacidad para disponer del conflicto penal⁷⁴.

El proceso de mediación para jóvenes infractores de la Generalitat de Cataluña mantiene una concepción amplia de víctima, además de enmarcarse dentro de un sistema en el cual se le devuelve el conflicto a las partes, siendo éstos quienes realmente solucionan el problema. Se señala de manera muy aguda que en modelos alternativos a la justicia penal hay que tener presente a la víctima. Por otro lado, afirma que «la justicia penal construye la realidad con la que se opera, y que la víctima -y por víctima entiendo alguien, que por alguna razón, se siente en problemas por un hecho- ocupa un lugar débil. No es una participante activa en lo que está sucediendo, sino que es vista como un objeto dentro del proceso (el apartado es nuestro)».

2.2.8.-EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA.

En general, acreditada la comisión del hecho dañoso, el daño la relación de causalidad entre hecho y daño, y el factor de atribución de responsabilidad, surge la obligación resarcitoria, cuyo contenido es una prestación de dar, hacer o no hacer a favor del damnificado, a su vez, esta prestación, tiene como

⁷⁴QUINTEROS OLIVARES, Joan, "Víctimas y Garantías", p.168.

objetivo o contenido una cosa, un hecho o un derecho⁷⁵, en este caso la entrega de una suma de dinero a título de indemnización, la entrega de algún otro bien o la realización de una hecho específico a favor del agraviado. Esta obligación resarcitoria, como toda obligación, se cumple con el **pago**, esto es, con la concreción del objeto de la prestación. Debiendo precisarse que, al referirnos al hecho causante del daño, estamos hablando de un hecho humano, y por tanto, tácitamente estamos haciendo referencia a un agente o sujeto; asimismo, al determinarse la relación de causalidad entre el hecho y el daño, podemos hablar de un agente causante; a la vez que cuando se establezca el factor de atribución de responsabilidad, podemos hablar de un responsable del daño, es decir del sujeto obligado con la prestación resarcitoria. Frente a esta obligación tenemos al derecho al resarcimiento de parte del damnificado.

La ejecución de la obligación resarcitoria puede concretarse de distintas formas, entre las que podemos señalar el *resarcimiento sin recurrir a la autoridad jurisdiccional* sea porque se ponen de acuerdo el agente y el agraviado por propia voluntad o también porque se ha recurrido al empleo de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, como la transacción, la conciliación, la mediación o el arbitraje. Si se trata de un hecho dañoso que además configura delito, con el resarcimiento no se restaura en su integridad la paz social, quedando pendiente la pretensión punitiva del Estado, sin embargo, al haberse reparado el daño, es probable que en muchos casos, el hecho ni siquiera sea de conocimiento de la autoridad jurisdiccional o de algún otro agente de control. La otra forma como puede ejecutarse el resarcimiento es a través del *ejercicio de la acción judicial correspondiente*; mediante una *acción en la vía civil*, para los casos en que el hecho dañoso no configura delito, y a través del ejercicio de la *acción resarcitoria en el proceso penal*, cuando el hecho dañoso configura delito; en este caso, el resarcimiento revisteciertas particulares respecto a la acción en la vía civil, por cuanto tiene que adeudarse en lo posible a la ley procesal penal, como se verá a continuación.

En consecuencia, si el hecho dañoso, constituye delito, puede ser objeto de transacción entre los involucrados, en aplicación del artículo 1306° del código

⁷⁵GALVEZ VILLEGAS. Tomás Aladino; "La Reparación Civil en el Proceso Penal", p.380.

Civil concordante con el artículo 101° del Código Penal y los pertinentes del Código Procesal Penal. Esta transacción puede llevarse a cabo antes del conocimiento de los hechos por los agentes persecutores del delito, como la Policía y el fiscal, también puede realizarse durante la investigación preliminar del delito, y claro, en el Proceso Penal, donde la acción civil podrá ser incoada por el agraviado (que se convierte en actor civil) y por el Ministerio Público.

2.2.9.-LA TRANSACCION PENAL COMO MECANISMO PROCESAL PARA LA REPARACION CIVIL.

Nuestro sistema penal adolece actualmente de una falta de legitimación, que no contribuye en lo absoluto a alcanzar la justicia. Por tanto, la utilización del aparato jurídico-penal por parte del Estado es objeto de cuestionamientos, por ende, resulta necesario y útil la implementación de mecanismos que puedan devolver la confianza en el sistema punitivo, para la resolución de los conflictos penales.

Más aun cuando, la pena no ofrece soluciones favorables para las partes muy por el contrario contribuye a su distanciamiento y acrecienta el rechazo de la una por la otra, pues si hay algo desprestigiado en nuestro ámbito es justamente la pena privativa de libertad⁷⁶.

Además, la sociedad reconoce que en el espectro de sanciones jurídicas incluyendo evidentemente a la privación de libertad son tremendamente insuficientes para proteger de forma adecuada las vulneraciones de los bienes jurídicos penalmente tutelados. Simultáneamente devienen en insuficientes las sanciones para proteger los derechos de las víctimas.

La transacción penal será tan sólo un mecanismo que haga más probable y eficiente la aplicación de una reparación. Ello no quiere decir que esto sea la única forma de hacerlo, puesto que en este mecanismo se potencia la voluntariedad de las partes a alcanzar un acuerdo, lo cual no es óbice para la reparación sea aplicada de forma judicial ante una falta de acuerdo entre las partes, o incluso que se establezca para ciertos delitos como la única sanción aplicable. Por tanto, busca ser un mecanismo de simplificación del proceso en el cual las partes tienen un gran poder discrecional sobre la resolución del conflicto penal.

⁷⁶QUERALT JIMENEZ. Joan; ob. cit. 162 y 163.

Este tipo de mecanismos busca en primero lugar evitar la solución tradicional dirimida en un proceso penal formal. En segundo lugar, se busca beneficiar al imputado pues se evita la imposición de una pena de privación de libertad. En tercer lugar, la víctima obtiene una solución en términos de reparación que tiene en cuenta su interés concreto y real. Finalmente, se beneficia a la administración de justicia, ya que posibilita aliviar el exceso de causas que se tramitan, obteniendo una justicia más rápida, justa y eficiente. Sin embargo, estos sistemas conciliadores sólo permiten dos ventajas considerables, siendo una de ellas común a todo instrumento de terminación anticipada del proceso penal o de evitación del mismo, es decir "de que puede reducirse sensiblemente el número de causas criminales, descargando de modo relevante a la administración de justicia penal". La segunda ventaja de este tipo de mecanismos consiste, en otorgar un beneficio importante a la víctima. Pues, esta encuentra una solución al problema producido por el hecho punible sin necesidad de esperar el final tradicional de proceso penal, lo que implica una demora de tiempo, gastos y tasas judiciales relativamente elevados -en la gran mayoría de casos- y sin la trágica necesidad de revivir en las declaraciones ante el órgano jurisdiccional las experiencias negativas que el acto injusto causó.

Una primera forma de incorporación de la reparación al sistema jurídico - penal, es como causa de extinción de la acción penal. El artículo 167° del Código Penal austríaco, por ejemplo, dispone que el sujeto activo de un hecho ilícito "pueda evitar la pena en prácticamente todos los delitos patrimoniales cometidos sin violencia (incluidos delitos contra la propiedad), si él -sin ser obligado a ello-, realiza una reparación completa antes de que responsabilidad sea conocida por el órgano de la persecución penal. De esta manera, la exención de la pena mediante el arrepentimiento activo es posible en el caso de que el autor cometa un delito patrimonial con un perjuicio económico particularmente elevado.

Lo que se hace en estos casos es condicionar la perseguibilidad de la conducta a la reparación a cargo del autor. El acuerdo transaccional se enmarca dentro de esta posibilidad, es decir, una vez producido el acuerdo reparatorio se extinguiría la acción penal.

Los objetivos que se deben tener presente en todo mecanismo transaccional o conciliatorio, son crear una alternativa a la forma tradicional de procesar a los autores de hechos punibles, intensificar el trabajo en aquellas personas que nunca han ingresado en un establecimiento penitenciario (cuando se permite la convivencia con la privación de libertad) y en la justicia juvenil, reducir el trabajo investigador de la policía y el poder que muchas veces detenía la policía, reducir el tiempo de trámite de las causas penales, y con todo esto el objetivo más importante es reducir la criminalidad en la sociedad (sobre todo cuando el autor del hecho punible reconoce su actuar injusto, asumiendo su responsabilidad). La conciliación es beneficiosa, no sólo para la víctima, sino también para el autor. El autor se ve beneficiado por la conciliación por el motivo, de que la confrontación directa con la víctima debe provocar en el sujeto una disminución de las tensiones que le impulsan a la comisión de hechos ilícitos. Es el encuentro con la víctima, en muchos de los casos, el punto más importante de una negación o acuerdo en el conflicto penal, ya que le permite asumir al agente la responsabilidad de su actuación antijurídica.

2.2.10.-REPARACION SIN LA INTERVENCION DE LA AUTORIDAD ENCARGADA DEL CONTROL PENAL

En algunos casos se puede llegar al resarcimiento del daño, sin la intervención de la autoridad encargado del control penal, llámese Policía, Ministerio Público o Poder Judicial - Jueces y vocales pese a que el hecho configure delito, ya que puede tratarse de un hecho cuyo ejercicio de la acción penal es privado y el perjudicado o agraviado no recurre a la autoridad penal, prefiriendo transar con el causante del daño, o en general, porque se ha recurrido a empleo de cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos, pues como se sabe la reparación civil proveniente del delito es materia de transacción conforme al artículo 1306° del Código Civil y las demás normas anotadas. También puede lograrse el resarcimiento del daño sin recurrir a la autoridad encargada del control penal, en algunos casos en que pese a que el ejercicio de la acción penal es público, por alguna razón la autoridad competente no se ha abocado al conocimiento de la causa, fundamentalmente porque no ha tenido conocimiento de los hechos, asimismo, cuando se reserva el derecho de ejercitar la acción resarcitoria fuera del proceso penal, ello de conformidad con

lo dispuesto con el Nuevo Código Procesal Penal, puesto que no es posible con la legislación en actual vigencia, sobre todo si se tiene en cuenta el artículo 99° del Código Penal, que establece el único caso en que se puede recurrir a la vía civil una vez concluido el proceso penal, a la vez que no se puede reservar el derecho de recurrir a la vía civil, porque en tal caso, será el Fiscal quien introduzca la acción resarcitoria en el proceso penal, y por tanto, al final será resuelto este extremo en la sentencia correspondiente.

2.2.11.-REPARACION EN INVESTIGACION PRELIMINAR O POLICIAL.

En muchos de los casos en que el agraviado pone en conocimiento de la policía el hecho dañoso, se logra que el agente del daño, restituya el bien objeto del delito o que le pague el valor del bien afectado lo que constituye la materialización del resarcimiento, o por lo menos de parte de éste; llegándose a materializar ante la Policía, en muchas ocasiones, incluso conceptos adicionales de reparación, como la indemnización. En este sentido, con frecuencia, es ante la policía, donde se logra la mayor cantidad de recuperaciones de los bienes, sobre todo en los delitos contra el patrimonio; por lo que puede concluirse que la reparación de los daños lograda ante las autoridades del control penal, en la mayoría de los casos, se logra ante la autoridad policial. Esto puede apreciarse de los atestados policiales que llegan a la fiscalía, y sobre todo, inferirse de la gran cantidad de casos, que siendo investigados por el policía no llegan a la Fiscalía, precisamente porque el agraviado ha visto satisfecha su pretensión resarcitoria, y a su criterio, el conflicto generado por el delito, ha sido restitución del bien sustraído o con la suma recibida como compensación o indemnización. Con ello se evita el avocamiento de la autoridad fiscal y la autoridad Judicial.

Este tipo de restituciones o indemnizaciones, se lleva a cabo incluso en los casos en los que ya tiene conocimiento la autoridad fiscal al haberse presentado la denuncia ante esta autoridad y ésta la ha derivado a la autoridad policial. En estos casos, si bien es cierto que, de todas maneras se devolverán los resultados de las investigaciones a la autoridad fiscal, ante la policía se produce el resarcimiento del daño o parte de éste, con las aludidas restituciones o indemnizaciones, hecho que muchas veces hace que la autoridad fiscal se abstenga de ejercitar la acción penal contra el agente del daño, sea por considerar que el conflicto creado por el delito ha sido resuelto o por aplicación del principio de oportunidad.

En cuanto al resarcimiento del daño en investigación preliminar realizado en el despacho fiscal sin la intervención de la policía, aun cuando no usual que se produzca la reparación, fuera de los casos de aplicación de principio de oportunidad, nada impide que ello se produzca, pues, tratándose de una

pretensión de carácter privado del ofendido, dependerá de éste, llegar o no a una transacción ante el fiscal o directamente con el agente del delito.

2.2.12.-REPARACION EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

En determinados casos la falta de necesidad de pena y/o falta de merecimiento de pena, como los previstos en el artículo 2º del Código Procesal Penal, modificado por el Artículo 3º de la Ley N°28117 el fiscal, una vez recibido el atestado policial o recibida la denuncia de parte con todos sus recaudos, de los cuales se adviertan suficientes indicios de la comisión del delito denunciado y de la responsabilidad penal del agente inculcado, puede abstenerse del ejercicio de la acción penal en contra del denunciado, en cuyo caso el imputado deberá haber admitido su responsabilidad penal en los hechos y estar de acuerdo con la aplicación de la referida norma procesal⁷⁷. Sin embargo, en este caso, es necesario que previo a la resolución de abstención, se haya reparado el daño ocasionado, o en todo caso que exista un acuerdo con el agraviado en este sentido. En este último supuesto, los efectos de la resolución de abstención quedan pendientes hasta que se cumpla con el acuerdo reparatorio, luego de lo cual se procederá a emitir la resolución definitiva. Este mismo procedimiento se podrá seguir en caso que la investigación se haya llevado a cabo en el Despacho Fiscal.

Siendo así, en aplicación del principio de oportunidad, también se puede lograr el resarcimiento del daño; debiendo propenderse a su aplicación en mayor medida y en todos los delitos que la ley autorice, no limitarse únicamente a los casos en que la aplicación de este principio resulta obligatoria, es decir a los delitos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita previstas por los artículos 122º, 185º y 190 del Código Penal así como en los delitos culposos en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito (conforme a la modificación establecida por el artículo 3º de la Ley No 28117).

⁷⁷ Artículo 2º del Código Procesal Penal, modificado por la Ley No 28117 (17 de julio del 2003) y Circular No.006-95-MP-FN. de fecha 15 de noviembre de 1995.
Bach. HenryGrimaniel Estela Díaz.

2.2.13.-REPARACION EN CASOS EN QUE NO SE PUEDE EJERCITAR LA ACCION PENAL.

El proceso penal se inicia con el ejercicio de la acción penal, pero para poder ejercitar dicha acción, ésta tiene que estar vigente o expedita (no haberse extinguido). Por tanto, para reclamar el resarcimiento en el proceso penal no debe haberse extinguido la acción penal, ni la acción civil resarcitoria. Normalmente, la acción civil proveniente de hechos delictivos, se extingue después que la acción penal, de conformidad con el artículo 100° del Código penal, concordante con el artículo 1993° del Código Civil, pero en ciertos casos la acción penal puede extinguirse cuando aún se encuentra vigente la acción civil por no haber transcurrido los dos años para su extinción por prescripción o por otras razones; tal es el caso de la extinción de la acción penal por muerte del agente del delito o porque se ha amnistiado al mismo; y también en caso de pena privativa de libertad mínima, como la prevista en el artículo 120° del Código Penal⁷⁸

En estos supuestos, si bien no se puede iniciar proceso penal alguno, puede interponerse acción resarcitoria en sede civil, en cuyo caso, se podrá dirigir contra los terceros civilmente responsables y/o contra los herederos del agente del delito, los mismos que resultarán contra los herederos del agente del delitos, los mismos que resultarán obligados en la medida de los alcances de la herencia, ya que de conformidad con el artículo 1218° del Código Civil, las obligaciones se transmiten a los herederos, salvo cuando sean inherentes a la persona, lo prohíbe la ley o se haya pactado en contrario. Debiendo precisarse que, aun cuando este dispositivo está referido específicamente a las obligaciones de naturaleza contractual, nada impide su aplicación por analogía a la obligación resarcitoria extracontractual; pues, existe igual fundamento jurídico tanto en una esfera de la responsabilidad así como en la otra, ya que en este caso, se equipara fácilmente la voluntad de la responsabilidad extracontractual. Claro que en estos supuestos de ejercicio de la acción resarcitoria en la vía civil, sin que se haya determinado la responsabilidad en la vía penal, el recurrente o demandante tendrá que probar en dicha vía extra - penal, que el causante -el del cujus- de los herederos demandados, fue efectivamente el autor del daño, que el daño se produjo, que existe relación de

⁷⁸GAL VEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; "La Reparación Civil en el Proceso Penal Peruano"; p.473

causalidad entre la acción del responsable y el daño, así como también tendrá que probar la entidad y magnitud del daño.

Asimismo, en el caso de que el fallecimiento del agente del delito se produjera una vez que se ha dictado la sentencia que condena al resarcimiento, no habrá impedimento alguno para que éste se materialice en el propio proceso penal, vía ejecución de sentencia, comprendiéndose como obligados a los herederos, conforme lo establece el artículo 96° del Código Penal; siempre, claro está dentro de los límites de la herencia y dentro de la propia formalidad del debido proceso.

Por otro lado, en el caso de que falleciera el agraviado, o acreedor directo en la obligación resarcitoria, el derecho a exigir el resarcimiento se transmitirá a sus herederos, derecho que podrán ejercitarlo a través de la correspondiente acción, sea en la propia vía penal -caso de la existencia de coautores, susceptibles de ser procesados -o extra penalmente en la vía civil. En los casos en que el fallecimiento del agraviado se produjera luego de establecido el monto de la reparación en el proceso penal, éste se concretará en ejecución de sentencia en este mismo proceso.

Finalmente, en los casos en los que no se puede iniciar acción penal por cuanto el agente del delito ha sido beneficiado con la promulgación de una ley de amnistía por la cual se le exime de responsabilidad penal, de todas maneras el derecho del agraviado al resarcimiento subsiste, asumiendo el estado la condición de obligado; toda vez que es el obligado a brindar seguridad para los bienes jurídicos de todos los miembros de la Nación, y más aún, si se tiene en cuenta que el propio Estado a través del Parlamento es el que ha dictado la ley de amnistía por la que se perdona la pena al amnistiado (causante del daño). En estos casos, si bien parte de la doctrina considera que con la amnistía también se extingue la acción civil resarcitoria, cabe mencionar que a nuestro criterio no puede extinguir todos los efectos del delito, sobre todo las "indemnizaciones debidas a particulares". Asimismo, cabe agregar que tampoco resulta ajustado a aplicar las demás consecuencias accesorias como **el decomiso**. Pues, la amnistía se dicta precisamente para evitar la conmoción política y social que significaría la aplicación de la pena en contra de la persona que cometió el delito político o conexo, pero no se ajusta a esta finalidad el tolerar el enriquecimiento ilícito del agente del delito o la no

afectación de los instrumentos del delito, por ejemplo. Por el contrario significaría la negación del propio derecho, y específicamente implicaría privar de sus fines preventivos al Derecho Penal. Más aún, si se tiene en cuenta que el titular del derecho al resarcimiento es un particular que ha confiado la protección de sus bienes al ordenamiento jurídico, por lo que no se le puede exigir racionalmente que sacrifique su derecho sólo porque el Estado ha considerado que es mejor perdonar al agente del delito materia de la amnistía. En todo caso, como ya se dijo, será el Estado quien asuma la obligación indemnizatoria a cargo del particular, como en efecto así se ha procedido en varios casos de amnistía dictados últimamente, en los cuales se ha indemnizado a las víctimas de delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas.

Por lo demás, este ha sido el criterio seguido en nuestro Ordenamiento Jurídico, cuando en el artículo 1° de la Ley No 9014, del 23 de noviembre de 1939, se estableció que el causante del daño no queda eximido de la responsabilidad civil, ley que si bien ha sido derogada por el Código penal de 1991, no se ha establecido concretamente un criterio en sentido contrario. Asimismo, el D-Ley No 23214, Código de Justicia Militar, en su artículo 58°, establece que el agente del delito de todas maneras queda vinculado al pago de la reparación civil.

Siendo así, en estos supuestos se podrá interponer la correspondiente acción resarcitoria en la vía civil en contra del agente del delito, así como también contra el tercero responsable (que puede ser el Estado).

2.2.14.-REPARACION MEDIANTE LA EJECUCIÓN DE EMBARGO.

Al amparar la pretensión resarcitoria proveniente del delito, con el consecuente reconocimiento del derecho a ejercitar la acción civil reparatoria en el proceso penal, por un lado se está atribuyendo al procesado la obligación resarcitoria, y por otro se está reconociendo la verosimilitud del derecho al resarcimiento a favor del agraviado o sujeto pasivo del delito⁷⁹. La existencia probable de este derecho, genera a la vez la expectativa del agraviado, de tomar las medidas necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la sentencia condenatoria que ampare su derecho. Igualmente, el Ministerio Público y el propio Juzgador,

⁷⁹SAN MARTÍN CASTRO, César; "La tutela Cautelar de las consecuencias económicas", p. 266.

conforme a ley, también tienen la obligación de perseguir en el proceso penal, al igual que la imposición de la pena, el resarcimiento del daño, por lo que también propenderán al aseguramiento del pago de la reparación civil, en caso de que ésta sea amparada definitivamente en la sentencia.

Pues, de lo contrario, el obligado al pago, podía ocultar sus bienes o deshacerse de sus derechos patrimoniales y de este modo frustrar la justa expectativa del agraviado y demás operadores procesales de lograr la reparación del daño ocasionado por el delito.

Para ello, el Ordenamiento Jurídico, específicamente los artículos 94° y siguientes del Código de Procedimiento Penales, ha creado la figura del ***embargo dentro del Proceso Penal***, es decir la medida cautelar asegurativa del cumplimiento de la obligación resarcitoria. En igual sentido, y con un mejor desarrollo, el Código Procesal Penal, también desarrolla este instituto en su artículo 302° y siguientes a la vez que ha implementado una serie de medidas cautelares de naturaleza real orientada a garantizar el pago de la reparación civil.

Al tratarse del aseguramiento del pago de una obligación patrimonial a cargo del procesado (o tercero civil en su caso), el ***embargo*** tiene que realizarse sobre bienes pertenecientes al patrimonio del procesado o tercero responsable; es decir los bienes sobre los cuales éstos tienen derechos patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico, precisamente por haberlos adquirido en el marco de protección del Derecho; no procediendo el embargo sobre bienes que constituyen instrumentos o efectos del delito, precisamente porque éstos no integran legalmente el patrimonio del sujeto (contra éstos se dictará la incautación con fines de decomiso)⁸⁰.

Como se sabe el patrimonio del obligado en su conjunto responde por las obligaciones pecuniarias del deudor (en este caso procesado o tercero civil), por tanto, la medida de embargo recaerá sobre dicho patrimonio, y éste, como medida cautelar deberá caracterizarse entre otras, por su instrumentalidad y jurisdiccionalidad, esto es, servirá para garantizar el pago de la reparación civil o excepcionalmente otras obligaciones patrimoniales del procesado (como

⁸⁰CASTILLA AL VA. José Luís: "Las Consecuencias Jurídico - Económicas del Delito", p.57.

multa y costas procesales -Art.302° del Nuevo Código Procesal Penal-), y será dictado necesariamente por el Juez de la causa.

Por el embargo, se individualiza el bien o derecho que será el que deba ejecutarse para el cumplimiento de la obligación; y como toda medida cautelar, se sustentará en el ***fumus boniurís***, es decir en la apariencia o verosimilitud del derecho, es este caso del derecho a la indemnización o resarcimiento, y el ***periculum in mora***, esto es, el peligro en la demora. Debiendo quedar claro que la apariencia del derecho está referida al derecho a la indemnización y no a la verosimilitud de la comisión del delito, como erradamente vienen sosteniendo alguna parte de la doctrina; quienes por un lado, admiten que el embargo se realiza para garantizar el pago de la pretensión u obligación resarcitoria, la que tiene como su correlato al derecho al resarcimiento, y por otro lado, sostienen que para disponer el embargo, no se requiere acreditar la verosimilitud del daño y su consecuente resarcimiento, sino que el hecho por el cual se ha iniciado el proceso penal, revista los caracteres de delito, lo cual obviamente es un contrasentido⁸¹. Más aún si se tiene en cuenta, que en los delitos de peligro no nace el derecho al resarcimiento, por lo que aún cuando la imputación delictiva resulte acreditada con prueba suficiente, o el hecho constituya delito a todas luces, no procede dictarse el embargo, pues no habrá obligación resarcitoria que cautelar. Salvo que esté orientado a cautelar otras obligaciones pecuniarias a cargo del procesado.

Cabe agregar asimismo, que además de las normas del Código de Procedimientos Penales, en la ejecución del embargo, resultan de aplicación el Código Procesal Civil, en su caso del Código Civil.

Igualmente debe precisarse que, no serán materia de embargo, los efectos o ganancias del delito, es decir los bienes materia del incremento patrimonial ilícito, sino los bienes que lícitamente integren el patrimonio del procesado. Pues como se ha expresado líneas antes, la obligación resarcitoria a cargo del agente del delito, será cumplida con su patrimonio y no con bienes que no integran el mismo. En este caso los bienes objeto de la investigación deberán ser materia de incautación con fines de ulterior decomiso, pero no de embargo, como equivocadamente se resuelven en diversas resoluciones judiciales.

⁸¹RODRIGUEZ DELGADO, Julio; "La Reparación como sanción Jurídico - Penal.", p. 113.

Finalmente, es necesario señalar un punto muy importante, para efecto de concretar el embargo, que es la **contracautela**. Como se sabe, al trabarse embargo sobre bienes del presunto obligado, siempre existe la posibilidad de causar daños al afectado con tal medida, los mismos que a la vez exigen reparación; precisamente para ello existe la contracautela, la misma que consiste en la afectación de bienes o derechos del solicitante del embargo, en cantidad suficiente para garantizar o asegurar el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios que pudiera causarse con la ejecución de la medida, si es que por alguna razón, éste hubiera sido indebidamente trabado. Esta afectación de bienes en contracautela se realiza a propuesta de su titular. Asimismo, además de la afectación de bienes mediante la constitución de gravámenes sobre éstos, la contracautela puede consistir en una garantía personal como la fianza u otro tipo de garantías admitidas por el Juez, inclusive el artículo 613° del Código Procesal Civil habla de una **caución juratoria**.

En el proceso civil, la contracautela es prácticamente un requisito para el embargo, tal como puede advertirse del artículo 611° del Código Procesal Civil, pudiendo trabarse sin contracautela sólo en los casos autorizados por la ley, como cuando solicitan el embargo las entidades o instituciones públicas o las personas a las que se les ha concedido auxilio judicial, o cuando se admite como contracautela la caución juratoria, que realmente no constituye objetivamente garantía alguna. En cambio en el proceso penal, no se ha establecido como requisito de la solicitud de embargo, el ofrecimiento de la contracautela respectiva. Este criterio es asumido en los Acuerdos tomados en el pleno Jurisdiccional de las Cortes Superiores, llevado a cabo en Iquitos en el mes de noviembre de 1999.

Esta situación, sin embargo, cambia con el nuevo Código Procesal Penal, donde se ha establecido en forma expresa que el actor civil para solicitar el embargo, debe presentar contracautela (art.303°. 2), reiterándose en el artículo 304°.4, que estipula que la prestación de la contracautela será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento o ejecución del embargo acordado; salvo que se trate del embargo solicitado luego de haberse dictado una sentencia condenatoria en primera instancia y ésta fuera impugnada, caso en el que procede el embargo sin necesidad de contracautela alguna. Desde luego que en todos estos casos, será el Juez quien determine la naturaleza y magnitud

de la contracautela, para lo cual deberá tener presente las justas expectativas resarcitorias del agraviado o actor civil y la necesidad del aseguramiento, así como la probabilidad de que el daño efectivamente se concrete con la ejecución de la medida cautelar. De otro lado, en el caso de que el embargo fuera solicitado por el Ministerio Público o los representantes (Procuradores) de los Poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, están exceptuados de prestar contracautela, a tenor de lo dispuesto por el artículo 302° del Código Procesal Penal concordante con el artículo 614° del Código Procesal Civil. Igualmente, las personas que se encuentren en las condiciones previstas por el artículo 179° del Código Procesal Civil (personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso pongan en peligro su subsistencia y la de los que de ellas dependen), pueden solicitar al Juez de la causa la concesión de auxilio judicial (antiguamente llamado "beneficio de pobreza") y de ser concedido dicho beneficio, no estará obligado a prestar contracautela cuando solicite el embargo con la finalidad de garantizar el pago de la reparación civil, conforme a lo estipulado por los artículos del Código Procesal Penal y Procesal Civil antes anotados.

2.2.15.-REPARACION Y CAUCION

Se ha sostenido que la reparación civil y la caución, son instituciones distintas dentro del proceso penal y cada una tiene su finalidad propia en el mismo, y que no existe mayor vinculación entre ambas dentro del proceso, que la reparación civil persigue el resarcimiento del daño y la caución busca que el procesado que está haciendo frente al proceso bajo orden de comparecencia cumpla sus obligaciones procesales, sobre todo la de concurrir al juzgado cuando sea requerido. Asimismo, que los bienes dados en caución no deben afectarse con fines de pago de la reparación civil, ya que han sido afectados con una finalidad específica distinta. Que la medida a utilizarse para la ejecución de la obligación resarcitoria únicamente es el embargo.

La caución se diferencia del embargo en cuanto ésta es una garantía real o personal ofrecida por el procesado o por un tercero para garantizar el cumplimiento de las obligaciones procesales del imputado, siendo el propio procesado o el tercero los que constituyen la garantía o gravamen sobre el

bien, o en su caso es el propio fiador el que establece el vínculo de obligatoriedad a su cargo; en cambio el embargo es la afectación jurídica de un bien o un derecho del presunto obligado, en este caso del procesado o tercero civilmente responsable, dictada por el juez independientemente de la decisión del obligado.⁸² Adviértase que la caución es voluntaria, y tiene como fuente precisamente a la voluntad del obligado, el Juez únicamente la admite o la deniega; en cambio el embargo es coercitivo y tiene como fuente la decisión judicial que la decreta y ejecuta. El embargo es pues una medida cautelar establecida para garantizar el pago de una obligación a determinarse, en el futuro como la reparación civil o cualquier otra obligación pecuniaria del procesado, como la multa o las costas procesales (en estos dos últimos casos sólo si el bien embargado pertenece al imputado, no así el tercero civil). En cambio la caución es la garantía de cumplimiento de una obligación procesal del imputado ya determinada y de cumplimiento inmediato. El embargo puede trabarse para garantizar el pago de una obligación aleatoria (reparación civil, multa o costas) que al momento en que éste se realiza se desconoce si finalmente va a concretarse o no dicha obligación, puesto que se desconoce si el procesado será condenado o absuelto o si se va a determinar la obligación a cargo del tercero civil de ser el caso; por el contrario la caución garantiza el cumplimiento de una obligación cierta, esto es la suma de dinero establecida por el Juez, que a la vez tienen como finalidad indirecta el cumplimiento de las obligaciones procesales del imputado, y surte plenos efectos desde que se establece.

No obstante, es de tenerse en cuenta que ambas instituciones, son de naturaleza patrimonial dentro del proceso y que necesariamente quedan vinculadas en el mismo; pues las sumas o bienes dados en caución por parte del procesado o del tercero civil, siguen siendo de propiedad de éstos; y consecuentemente, al concluir el proceso, necesariamente les serán devueltos dichos bienes o sumas con sus respectivos intereses, como claramente ha establecido el artículo 289°4 del Nuevo Código Procesal Penal. Por lo que, siendo el procesado así como el tercero civil (en su caso) responsables del pago de la reparación civil frente al agraviado, nada impide que se afecte los bienes dados en caución para efectos del pago de la reparación civil. Claro que

⁸² PRADO SALDARRIAGA. Víctor; "Las Consecuencias Jurídicas del delito en el Perú", p.283.

esto únicamente puede darse cuando se determine la reparación civil, es decir al dictarse la sentencia firme.

Distinto sería el caso, en que el procesado no ha cumplido con las reglas de conducta impuestas al dictarse el mandato de comparecencia o al otorgarse la libertad provisional; pues en este caso, el procesado y eventualmente el tercero civil, perderán los bienes afectados en caución, por lo que al momento de establecerse la obligación resarcitoria, estos bienes ya no les pertenecerán, por lo que tampoco podrán ser afectados para el pago de la reparación civil, pues ya habrán quedado afectados para el Fondo de Tecnificación de la Administración de Justicia.

Entonces, queda claro que los bienes dados en caución, sí pueden ser afectados con fines del pago de la reparación civil; pues, estos bienes son de propiedad del procesado o del tercero civil⁸³ y más bien constituye una obligación del Juzgador, proponer el pago de la reparación civil con dichos bienes; pues pertenecen al obligado y están a disposición del Juzgado, resultando en consecuencia de fácil ejecución. Distinto será si es que los bienes dados en caución, son de terceras personas no obligadas civilmente - no son ni encausados ni terceros civiles responsables, sino que por alguna razón han concurrido al proceso para garantizar al procesado-, en cuyo caso no se podrá afectar la caución con fines de reparación civil, ya que quien otorgo la caución, no lo hizo para garantizar el pago de la reparación civil, sino únicamente para garantizar las obligaciones procesales del encausado; y por tanto no se pueden afectar estos bienes con una finalidad distintas de la que origino su afectación.

Por otro lado es necesario precisar que si va a afectar determinados bienes con fines de reparación civil, podrá realizarse a través del embargo, para luego de la ejecución procederse al remate correspondiente y con lo que se obtenga se procederá a la liquidación de la obligación resarcitoria. Sin embargo, si se trata de la afectación de una suma de dinero dada en caución, el mecanismo a utilizarse no será el embargo, sino que se procederá directamente a la afectación del dinero con fines de la reparación; esto es, el Juez dispondrá que se entregue al agraviado, el monto dinerario de la caución hasta donde cubra el monto de la reparación civil, y si ésta fuera mayor, la suma entregada en

⁸³PRADO SALDARRIAGA. Víctor; ob.cit. p. 290

caución se afectará en su totalidad como parte de pago de la reparación. Pues el embargo, como toda medida cautelar, se traba para garantizar una obligación aún no exigible (por ejemplo cuando se concreta el embargo al iniciarse el proceso); pero en el caso en que se quiere ejecutar los bienes con fines de reparación civil, ya estamos hablando de una decisión final, y consecuentemente, si se trata de dinero, no es necesario realizar embargo alguno sino únicamente disponer que se pague con dicha suma.

Sin embargo, debe precisarse, que la afectación de los bienes dados en caución, con fines de reparación, no será automática ni puede disponerse en la sentencia condenatoria, sino que podrá realizarse con posterioridad en ejecución de sentencia y a solicitud del agraviado. No obstante, si antes del pago de la reparación civil el condenado solicita la devolución de la caución, el Juez deberá exigirle que cumpla previamente con el pago de la reparación civil.

SUB CAPITULO 3 : EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN

3.3.1.-EL PROBLEMA

Afirmar que en la determinación de la pena, como en cualquier otra material el Juez debe actuar aplicando el derecho/ y que debe prescindir de apreciaciones personales/ debería resultar algo obvio. La vinculación del Juez a la ley - y sólo a la ley - debería constituir algo de toda evidencia en un Estado de derecho. Esto es así aun en aquellas decisiones que legítimamente pueden ser tomadas dentro de marcos de discrecionalidad/ como ocurre con frecuencia en el derecho administrativo. Sin embargo/ en el ámbito de la determinación de la pena la cuestión ya no parece tan obvia para la doctrina mayoritaria. Hasta hace no demasiado tiempo, la doctrina admitía escasas restricciones al arbitrio judicial. En verdad/ concebir a la determinación de la pena como una decisión sujeta a la discrecionalidad de los Jueces casi puede ser considerado un lugar común entre los autores y en especial autores argentinos⁸⁴.

⁸⁴Así lo considera SOLER; "Derecho Penal Argentino"; Buenos Aires, 1978, T. n, Pág. 416; CHICHIZOLA "La Individualización da la Pena", Buenos Aires, 1967, Pág. 87; NUÑEZ, "DERECHO Penal Argentino", T. n, Buenos Aires, 1965

La historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores, el de la seguridad jurídica, que conduciría a las penas absolutamente predeterminadas, y la ideas de "justicia", traducida en el principio de la individualización de la pena: una pena justa sólo es aquella que se adecúa a las particularidades del caso concreto. Esta preeminencia de lo "individual" puede vincularse con el respeto en la cultura occidental frente al carácter único e irrepetible del individuo. Así como todo individuo tiene una conciencia que nace y muere con él, así también tiene una cualidad en esencia inaprensible. Un sujeto con estas características mal podría ser alcanzado adecuadamente por esquemas" sino que requiere un análisis profundo, en principio, ilimitado. El Juez debe intentar acceder a esta individualidad, y ello es ajeno a sistematización alguna.⁸⁵

Sin embargo la idea de "discrecionalidad" como medio para lograr la "individualización" no debe traducirse en la concepción de que el Juez es señor absoluto sobre la decisión por ser él el único capaz de conocer lo específico del caso que debe reflejarse en la gravedad de la sanción. El principio de individualización de la pena no implica que el deber de fundamentación jurídica sea menor, sino todo lo contrario.

Se ha sostenido que existe un componente irracional en la determinación de la pena que no puede ser totalmente erradicado, tal afirmación no merecería" objeción alguna si se tratara simplemente de una descripción de la realidad actual, pero si se la admite en forma irrestricta, toda reflexión sobre la determinación de la pena debe ser, justamente, tratar de identificar y de erradicar, en la medida de lo posible todos los elementos irracionales de la decisión, a través de la elaboración y sistematización de criterios dogmáticos.⁸⁶

⁸⁵SERRANO - PIEDECAS AS FERNÁNDEZ, José Ramón; "Conocimiento Científico Y Fundamentos del Derecho Penal" Edición: Octubre 1996, Pág. 163

⁸⁶Esta idea es desarrollada con mayor amplitud en ZIFFER, F.; "Lineamientos de la Determinación de la Pena", Buenos Aires, 1996, Págs. 23 y ss.

3.3.2.-CONCEPTO:

La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el Juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la penal sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida tales como la suspensión de la ejecución el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones la imposición de deberes especiales la indemnización del daño o la forma de pago de la multa/ entre otras. Se trata de un acto complejo en el cual según las disposiciones legales/ se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.⁸⁷

Todo sistema de sanciones prevé/ explícita o tácitamente/ criterios que orienten la decisión acerca de cuál es la pena más adecuada para cada caso. Pero estos criterios/ en general/ nunca resultan unívocos sino que su aplicación plantea siempre problemas de interpretación. Las reglas destinadas a la determinación de la pena suelen ser demasiado amplias y difíciles de conciliar entre sí. Esto se relaciona con la necesidad de que la pena satisfaga intereses que no siempre se dirigen en la misma dirección. Ello implica convertir a la determinación de la pena en un proceso en el que se deben clasificar y ponderar distintos tipos de información acerca del hecho y del autor/ a fin de lograr la respuesta más

⁸⁷ZIFFER, Patricia; "El Deber de Fundamentación de las Resoluciones Judiciales y la Determinación de la Pena". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. 6, Lima, Pp. 841 – 869G

equilibrada posible frente al hecho del autor, en sistemas jurídicos que no admiten, al menos, no expresamente, que el castigo, por sí sólo, sea la respuesta adecuada como reacción frente al delito.⁸⁸

Un órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite tres juicios importantes. En un primer momento él debe pronunciarse sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado (juicio de subsunción). Luego, en la base a la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad del imputado [declaración de certeza), y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal de éste deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle en su condición de autor o partícipe de la infracción pena cometida (individualización de la sanción).

La determinación judicial de la pena se relaciona, justamente, con aquella tercera decisión que debe adoptar el Juez Penal y se materializa en un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.⁸⁹

Ahora bien, advierte Demetrio Crespo la necesidad de distinguir conceptualmente entre determinación legal de la pena y la individualización judicial de la pena. Si bien ambas denominaciones aluden a un proceso de elección y diseño de penas, la oportunidad, el *modus operandi* y el actor competente que lo lleva a cabo difieren sustancialmente en cada caso. En el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito conforme a la gravedad del mismo.

⁸⁸Programa para la Formación y Asenso de Magistrados (PROFA), Tercer Curso, Módulo 3 Derecho Penal, Pág. 300.

⁸⁹Material de Estudio Compilado pro el Dr. CARO CORIA, Diño Carlos; Programa para la Formación y el Asenso de Magistrados (PROFA), Pág. 95 - 124, Lima – Perú

De este modo se pone a disposición después un espacio de juego, o marco penal. A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la individualización judicial de la pena por el Juez, éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto/ dentro del marco ofrecido por el legislador.

Por consiguiente/ cabe entonces señalar que la determinación judicial de la pena es aquella que se relaciona exclusivamente con toda la actividad que desarrolla la autoridad jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub júdice. Esto es, nos referimos a una determinación judicial desde el momento en que se procede a evaluar y decidir sobre la clase/ la extensión y el modo de ejecución de la pena; medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables en una sentencia.

Al respecto y con un enfoque más general JESCHEC precisa que la "Determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas de hecho punible llevada a cabo por el Juez conforme a su naturaleza gravedad y forma de ejecución/ eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar solamente la fijación de la pena aplicable sino también su suspensión condicional con la imposición de obligaciones e instrucciones la amonestación con reserva de pena/ la dispensa de pena/ la declaración de impunidad la imposición de medidas de seguridad/la imposición del comiso y de la confiscación/ así como de las consecuencias accesorias."⁹⁰

⁹⁰ Si se tiene en cuenta que sólo se trata de establecer un método para conciliar las supuestas antinomias de los fines de la pena, referirse a ellas como teorías es casi un abuso del lenguaje. Sin embargo, la designación se ha impuesto en la práctica

La definición del autor alemán a la que me adhiero lleva a señalar en principio/ que la denominación determinación judicial de la pena no significa que al establece el Juez las consecuencias jurídicas del delito/ se fije únicamente la dosis de pena ya que con ella se fijan igualmente otros aspectos concurrentes con la misma así por ejemplo su forma de ejecución/ es decir si debe ser efectiva o suspendida o si corresponde implementar una medida de seguridad. La determinación de la pena es de dos clases la determinación legal de la pena y que consiste en la implementación de los marcos de pena que corresponde asignar a cada tipo penal por parte del legislador; y la determinación judicial de la pena.

3.3.3.-UBICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL:

Siguiendo el método de trabajo propio del derecho el dogmático jurídico como enseña nuestro maestro Luis Bramont Arias, la determinación judicial de la pena es ubicada en el Libro Primero Parte General Título 111 De Las Penas Capítulo 11 Aplicación de las Penas Artículos 45 y 46, del Código Penal de 1991.

Consecuentemente es a través del estudio dogmático jurídico de estas dos disposiciones legales que se ubicarán los conceptos e instituciones que permitan perfilar el conjunto de reglas a través de las cuales se realiza la operación de determinación judicial de la pena.

Si en la realidad judicial hay problemas en el funcionamiento de las operaciones de tipificación y de prueba en la determinación de la pena, el problema es más grave, pues se observa que la mayoría de fiscales y abogados al proponer la pena (ya que éstos últimos también la deben proponer, cuando la tesis de defensa técnica, se basa en la confesión sincera o en la búsqueda de la justa pena), y el Juez al asignar la pena no aplican las reglas de la determinación judicial de la pena, al estar impregnados los operadores del derecho, salvo honrosas excepciones, por la filosofía "del me parece", o por la equivocada posición que el derecho se puede aplicar, sin una formación dogmático jurídica.

3.3.4.-DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: TEORÍAS:

En el proceso de determinación judicial de la pena (que involucra la identificación de la pena y la decisión acerca de si corresponde suspenderla o sustituirla) deben analizarse, en función de los fines de la pena, las circunstancias fácticas del ilícito y las condiciones personales de su autor.

Para orientar al Juez penal en su actividad se han elaborado diferentes teorías que pretenden crear criterios racionales para la imposición de medidas de carácter punitivo.

Para posibilitar la concordancia de los fines de la pena en el caso concreto se desarrollaron diferentes construcciones: la llamada teoría del ámbito de juego (Spielraumtheorie), la teoría de la pena puntual (Punktstrafe) y la teoría del valor relativo o de los niveles (Stellenwertheorie). Todas ellas parten de la necesidad de determinar la pena partiendo de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de la pena y se diferencian en el modo especial y general (positiva y negativa).

3.3.4.1.-Teoría de la combinación:

La idea de esta teoría es que la pena aplicable a cada injusto se halla en el "triángulo mágico" de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.

Efectivamente, la teoría de la combinación sostiene que la pena debe retribuir el ilícito según la culpabilidad del infractor, debe servir para reeducarlo y para proteger a la sociedad de su eventual recidiva en el delito. Finalmente, como si ello fuera poco, la imposición de una sanción punitiva debe servir de ejemplo para el resto de la sociedad.

La necesidad de conciliar "diferentes" fines de la pena, y de llegarla armonizarlos, dio origen a las llamadas "teorías de la unión" (combinación)⁴⁵, que más que un esfuerzo de teoría representa la búsqueda de un método que concilie los fines de la pena en abstracto. En su versión más conocida, se intenta quebrar el dilema de los fines anti-éticos de la pena mediante una distribución de esos fines; diferenciando las etapas de penalización: Prevención general en la amenaza de pena, retribución en la sentencia y prevención especial en la ejecución.

3.3.4.2.-Teoría del ámbito del juego:

La teoría del ámbito del juego parte de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la culpabilidad en un punto cierto del marco penal legal que una pena adecuada a la culpabilidad admite un "marco de culpabilidad" cuyos límites están constituidos por un máximo "todavía" adecuado a ella y un mínimo "ya" adecuado; dentro de este marco o "ámbito de juego" la pena debe ser fijada teniendo en cuenta fines preventivo en particular fines de prevención especial.

La teoría del ámbito de juego fue elaborada por la jurisprudencia alemana y puede ser considerada como claramente dominante. Este predominio tiene su origen no tanto en argumentos sólido/ sino que es el producto en todo caso de la necesidad de la doctrina de hacerse cargo de algún modo de la inseguridad reinante en materia de determinación de la pena.

Una de las falencias de una construcción como la de esta teoría es que atribuye a la prevención un carácter decisivo para fijar la pena y deja de lado los casos en los que no existe ninguna necesidad de prevención como ocurre por ejemplo en aquellos casos en que el tiempo de la pena no es suficiente para actuar sobre el autor resocializándolo o porque esto no es necesario porque ya está "socializado".

Esta formulación es desaprobada por quienes niegan la existencia de un "marco de culpabilidad". Tal es el caso de Jescheck y quien asegura que si bien para un hecho determinado no existe una pena que sea objetivamente justa considera que al individualizarla/ el Juez debe partir de la sanción que se adapte a la culpabilidad del autor.

3.3.4.3.-Teoría de la pena puntual:

La teoría de la pena puntual aparece/ a primera vista/ como la opuesta a la teoría del ámbito de juego en cuanto niega la existencia de un "marco de culpabilidad" y afirma por el contrario/ que sólo existe una pena adecuada a la culpabilidad.

La culpabilidad es siempre una medida fija y determinada y por ello, la pena correcta sólo podría ser una. Pero desde el punto de vista del conocimiento no es posible conocer cuál es la medida exacta de culpabilidad de un autor/ y dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico/ tampoco es posible averiguar a partir de ella una medida de pena determinada matemáticamente⁹¹ A pesar de la intención de sus sostenedores de separarse de la teoría del ámbito de juego la similitud de ambas se ve con claridad/ por ejemplo/ en Jescheck: "El acto de la individualización de la pena debe entenderse (...) de forma que el Juez parta de la pena adecuada a la culpabilidad según su parecer (pena puntual) y la modifique a favor de los otros fines penales mediante combinaciones de las diversas posibilidades de sanción. En esa actividad sólo puede apartarse de un punto de arranque mientras que la pena siga manteniendo con su fundamento una relación interna que sea aceptada como tal por la comunidad jurídica.

Para los partidarios de esta teoría la culpabilidad debe establecerse en forma precisa: sólo existe una pena que se acomode a la culpabilidad del infractor.

Efectivamente la teoría de la pena puntual niega la existencia de un "marco de culpabilidad" y, por el contrario afirma que la pena adecuada a la culpabilidad es una sola y que el Juez/ al momento de decidir qué pena aplicar no puede guiarse por los fines preventivos. En este sentido/ es correcto afirmar que esta teoría se fundamenta/ principalmente en la idea retribucionista de la pena.

Las críticas que se levantan contra la teoría de la pena puntual se vinculan con la imposibilidad que existe -desde el punto de vista del conocimiento de 20 determinar una medida exacta de la culpabilidad del autor del ilícito y, asimismo porque el concepto de culpabilidad puede ser definido en base a criterios muy disímiles.

Para ejemplificar lo expuesto basta con recordar que a lo largo de la historia la culpabilidad fue definida/ entre otros/ sobre la base de criterios morales jurídicos psicológicos y normativos.

3.3.4.4.- Teoría del valor relativo:

La teoría del valor relativo (o de "posición") por su parte sostiene que se debe determinar el valor de cada uno de los fines de la pena en relación con cada etapa del proceso de determinación de la pena. Se debe determinar cuál es el peso de cada uno de esos fines según el momento del proceso de punición de que se trate. Considera que la pena debe ser fijada teniendo en cuenta en primer lugar y criterios retributivos. El primer paso de determinación de la pena es graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho. Para hacerlo no entra en consideración ningún tipo de reflexión orientada a la prevención sólo será relevante en una segunda etapa en la que se toma la decisión relativa a la clase de pena y al modo de ejecución en las cuales deben estar ausentes las consideraciones retributivas o de culpabilidad.

En resumen esta teoría propone como primer paso que el Juez gradúe la culpabilidad teniendo como parámetro la gravedad del hecho.

Luego cuando la magnitud de la pena ya fue fijada en un punto exacto, el juzgador deberá seguir los criterios sentados por la prevención especial y decidir qué clase de pena aplicar y de qué modo deberá cumplirse. Así las cosas, resulta evidente que esta teoría le asigna a la culpabilidad la función de coadyuvar en la determinación de la pena en sentido estricto y a la prevención del rol de orientar en la decisión sobre de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida.

En síntesis, la teoría del valor relativo divide el proceso de individualización de la pena en dos etapas bien diferenciadas que se guían por criterios de culpabilidad y de prevención.

Ahora bien, no debe dejar de remarcarse que los expositores de esta teoría no demuestran cuáles son las razones o fundamentos que los guían para valerse de pautas preventivas -y no de la culpabilidad- al momento de elegir qué pena aplicar.




3.3.4.5.-Las Críticas a las teorías de las "antinomias":

El problema de las antinomias que se pretende resolver con estas teorías, sin embargo, en cierta medida ha sido sobre valorado. Ninguna de las teorías de la pena está en condiciones de expresar cuál es la pena "justa" más que aproximándose a ella en forma tentativa.

Tanto la teoría de la pena puntual como la del ámbito de juego incurren en el error de creer que la pena es algo que puede ser "descubierto"⁹¹, y pierden así de vista que se trata de un acto de valoración, de atribución. Esto no convierte a la determinación de la pena en un acto arbitrario o con un último remanente irracional, como se ha afirmado, sino que esta característica, en última instancia, es compartida por todo concepto jurídico.

3.3.5.- PROCESO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA:

La operación de determinación judicial de la pena se realiza a través de un proceso, en el que se distinguen tres aspectos:

-  La determinación de los fines de la pena.
-  La fijación de los factores que influyen en la determinación de la pena.
-  El examen de los considerandos en los que se fundamenta la determinación de la pena.

3.3.5.1.-La Determinación de los Fines de la Pena:

El proceso de determinación judicial de la pena se inicia con la fijación de los fines de la pena, ya que el conocimiento de los mismos, permitirá que el Juez ubique los hechos probados en el proceso penal, que servirán en el caso concreto para determinar la pena, así como su valoración.

En efecto, el Juez penal, fija la pena sobre la base de la elección y valoración de ciertos hechos acreditados en el caso penal; lo cual se logra, como vuelvo a reiterar, con la previa definición de los fines de la pena que contempla el ordenamiento jurídico penal, ya que los fines de la pena son los que guían al Juez para elegir los hechos sobre los que fundamentará la dosis de pena y la forma como debe valorarlos para tal propósito.

Los fines de la pena son tres, como se ha manifestado en el segundo capítulo: El fin retributivo, el fin de prevención especial y el fin de prevención general. Los tres fines de la pena indicados son considerados en el proceso de determinación de la pena.

⁹¹ Citando a JESCHECK, el Dr. NAKASAKI SERVIGÓN, César; expone secuencialmente una clase modelo

El fin retributivo en la pena se considera en la determinación judicial de la misma, ya que la sanción penal debe ser la retribución justa del injusto penal y de la culpabilidad del agente. El fin retributivo en el proceso de determinación judicial de la pena, exige considerar como factores de la misma, a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad del sujeto activo. Así por ejemplo, a mayor lesión del bien jurídico, mayor la pena, o ante la disminución de la capacidad de culpabilidad del agente, por eximente incompleta, menor pena.⁹²

El fin de Prevención Especial, se ubica en el mismo nivel de importancia del fin retributivo; o sea, que tiene el mismo valor jurídico, al que la pena sea la reacción o el mal que se retribuye al delincuente; el que la pena permita su rehabilitación y readaptación social. Así, el fin de prevención especial en el proceso de determinación judicial de la pena, exige que ésta contribuya con su ejecución y cumplimiento, a la reincorporación del hombre que delinque a la sociedad; para lo cual, en la fijación de la dosis de pena, el Juez debe tener en cuenta los efectos de la pena en la vida futura del delincuente en la sociedad.

Como resalta Jescheck, la determinación judicial de la pena debe considerar principalmente, qué medios son necesarios para que el delincuente, cumplida su pena, lleve una vida ordenada, en observancia del orden jurídico vigente.

Así por ejemplo, el fin de prevención especial de la pena, lleva a que la condición de primario del hombre que ha delinquido por primera vez, no reciba una dosis de pena tal, que en vez de recuperarlo para la sociedad, lo enemiste permanentemente con ella.

El fin de prevención especial de la pena exige en el proceso de determinación judicial de la pena, igualmente considerar, que a la prevención especial compete también la protección de la sociedad frente al delincuente peligroso.

En la determinación judicial de la pena, desde esta perspectiva, es necesario considerar la correspondencia de implementar frente al delincuente peligroso, una medida de seguridad.

⁹² Citando a JESCHECK, el Dr. NAKASAKI SERVIGÓN, César; expone secuencialmente una clase modelo

Finalmente, sí proceso de determinación judicial de la pena, también debe *considerar al fin de prevención general, ya que la dosis* de pena a signar al delincuente, tiene que contribuir a generar en la comunidad un efecto de advertencia, a fin que se persuada, de incurrir en ilícitos penales, y también lo que es muy importante resaltar, satisfacer el sentimiento de justicia de la colectividad.

3.3.5.2.-Factores que Influyen en la Determinación de la Pena:

En esta etapa del proceso de determinación de la pena, el Juez fijará en función de los fines de la pena, las diversas circunstancias que en el caso judicial, tienen significado para la determinación de la dosis de pena, su forma de ejecución, etc.

Así por ejemplo, el valor del bien mueble destruido en el delito de daños, es un factor de determinación judicial de la pena, desde el punto de vista del fin retributivo, ya que aquí se sopesa el desvalor de resultado, la gravedad del hecho.

O el ejemplo del cuadro de ira dentro del que se mata a una persona, también es un factor de determinación judicial de la pena, desde la perspectiva del fin retributivo, ya que el estado emocional de ira incidirá sobre el desvalor de la acción, el grado de culpabilidad del agente, etc.

Como último ejemplo, el crecimiento en la estadística criminal de la comisión de un delito, igualmente es un factor que influye en la determinación judicial de la pena, desde el punto de vista del fin de prevención general.

El examen de los considerandos en los que se fundamenta la Determinación de la Pena:

En este tercer aspecto del proceso de determinación judicial de la pena, lo que se fija es la forma como valorar y ponderar los factores de influencia en la determinación de la pena, en función de sus fines.

El objetivo de este momento del proceso de determinación de la pena, es el lograr que el Juez combine de manera racional y suficiente, sin contradicciones, los factores de influencia en la determinación de la pena, con los fines de ésta.

El ideal al que se aspira en esta tercera fase del proceso estudiado, es lograr un punto de equilibrio, en el cual la dosis de pena sea el resultado de la aplicación de los tres fines de la pena, o sea, que el quantum de la pena, sea consecuencia de considerar la función retributiva, la función de prevención especial y la función de prevención general de la pena.

Dicho ideal de equilibrio de los fines de la pena no se puede lograr en todos los casos, de allí que se fijen reglas, o si se prefiere pautas valorativas que permitan aplicar las tres funciones de la pena en la valoración de los hechos que influirán en la dosis de pena a imponer al sujeto que delinque, como forma de superar las antinomias de los fines de la pena, ya que en estos casos la aplicación de los mismos conduce a considerandos contradictorios e incompatible.

Así, por ejemplo, el caso de un delincuente habitual que se dedique al hurto de billeteras o carteras; el fin retributivo de la pena señalará, que el quantum de la pena se limitará al monto de lo sustraído, es decir, el grado de lesión del bien jurídico patrimonio, por lo que la sanción será de corta duración; en cambio, el fin de prevención especial de la pena, requerirá de una sanción de larga duración, dado a que la habitualidad del delincuente, exigirá un tratamiento prolongado para su rehabilitación y readaptación social.

La aplicación de los fines de la pena, a efectos de fijar y valorar los factores de influencia en la determinación de la pena se logra a través de las siguientes reglas o pautas valorativas:

Reglas o pausas valorativas

El Juez determina la pena teniendo como marco el injusto penal culpable, es decir, la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad del agente. Según este primer criterio no se puede establecer una dosis de pena que se supere al tope máximo que configuran las pautas valorativas ya indicadas, de gravedad del hecho y culpabilidad del Agente. Por ejemplo, no será admisible que so pretexto de la protección a la sociedad ante la comisión de un delito de homicidio culposo, se le aplique al agente una pena equivalente a un delito doloso en la que no se considere la de intencionalidad de daño del agente; ya que este aspecto de la prevención especial no pueda desvanecer el límite fijado por el principio de culpabilidad.

Dentro del marco discrecional que la gravedad del hecho y la culpabilidad con cese del Juez especial y prevención general, es decir, que los criterios de readaptación social, de protección de la sociedad/ de persuasión de la no perpetración de delitos y la generación del sentimiento de justicia en la colectividad, estarán limitadas por la gravedad del hecho y el grado de la culpabilidad del agente.

El rol limitativo de la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad respecto de los fines de prevención de la pena admite la excepción en cuanto a la posibilidad de reducir la pena por debajo del límite mínimo que determinan la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad/ cuando así lo reclama el aspecto de la prevención especial de la rehabilitación y readaptación social del delincuente.

La aplicación del fin retributivo de la pena/ que supone la valoración de la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad, conforme explica el maestro Claus Roxin, debe ceder, cuando así lo exige la necesidad de asegurar que la pena imposibilite la vida futura del delincuente. El castigo no puede destruir al castigado.

Dicha excepción respecto a la posibilidad de fijar una dosis de pena por debajo del límite establecido por la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad, a mí modesto entender tiene asidero en el ordenamiento jurídico peruano cuando la Constitución Política del Perú, en su artículo 139 e inciso 22 privilegia el fin de prevención especial de la pena.

3.3.6.-ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA:

La preocupación de juristas y magistrados por justificar y obtener un nivel racional de certeza equidad en el proceso de determinación hipótesis de explicación acerca de sus requerimientos y reglas de concreción. Los planteamientos más difundidos en Alemania en torno al problema de la determinación de la pena y la viabilidad judicial de realizar las exigencias propuestas por el parágrafo 46. 1 del Código Penal Germano (“Fundamento para la medición de la pena es la culpabilidad del autor. Se deberá considerar los efectos que sean de esperar de la pena en la vida futuro del autor en la sociedad”).

Entre las propuestas teóricas que se han formulado al respecto destacan, como ya se ha mencionado anteriormente, la teoría del ámbito de juego, la teoría de la pena puntual, la teoría del valor relativo o de los niveles y la teoría de la prohibición de sobrepasar la medida de la culpabilidad. En líneas generales estos esquemas fueron surgiendo en el trabajo jurisprudencial de los Tribunales alemanes y se orientaron a establecer un punto de partida o un marco punitivo básico desde donde construir la pena concreta, respetando los límites de la culpabilidad y conciliando los fines preventivos de la pena. En este sentido, operativamente, el punto central o el ámbito de movimiento de la autoridad judicial debía representarse en la culpabilidad del infractor y los fines preventivo especiales o preventivo generales sólo deberían aportar a la medición de la pena sin exceder el marco así diseñado.

Pese a las limitaciones teóricas existentes en este dominio, los autores suelen coincidir en reconocer que la determinación judicial de la pena es un procedimiento secuencial. Esto es, que se desarrolla a través de etapas sucesivas. No obstante, es frecuente la discrepancia de la doctrina especializada en torno al número de etapas que se deben cubrir, a las tareas operativas que deben ejecutarse en cada una de ellas o a la preeminencia funcional que se les debe asignar.

Sobre el particular refiere Gilí que "La determinación de la pena encendida como un proceso de concreción de la ley es una actividad que tiene como punto de partida la descripción abstracta y general que caracteriza la conminación, despliega su eficacia en la irrogación y culmina durante la ejecución del mal amenazado. Se trata entonces/ como es obvio/ de una actividad distribuida en tres momentos o fases: conminación/ irrogación o aplicación/ y ejecución. En dicha distribución o recorrido se va acentuando/ como ha dicho Rodríguez Devesa, un desplazamiento del delito hacia el delincuente.

Con la notoria excepción de Bramont Arias y B Ramón Arias Torres, entre los juristas nacionales el tema de la determinación judicial de la pena muchas veces suele pasar inadvertido, como en el caso de Villa Stein, no se alcanza a distinguir con precisión la actividad operativa que dicho proceso demanda,

con lo cual el enunciado teórico que sobre él se formula no logra una utilidad práctica relevante.

Nuestra legislación Ha asumido el modelo de conocimiento corte ecléctico. Con este modelo el Juez tiene un marco legal que se edifica con un mínimo y un máximo de pena y dentro de cuyos límites debe decidir la calidad y extensión concreta de la sanción. Para ello el órgano jurisdiccional deberá recurrir a un conjunto de principios y de reglas técnicas.

En lo esencial tomará en cuenta la función preventiva que a la sanción asigna Nuestro Código Penal.

Luego el Juez cotejará la presencia en el caso de aquellos factores o criterios de fundamentaron y determinación que se detallan en el artículo 45° (las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres; los intereses de la víctima de su familia o de las personas que de ella dependen) y de las circunstancias modificativas generales que contemplan los numerales 46° y 46° A° del Código Penal. Con ello podrá dimensionar y medir la mayor o menor gravedad del injusto realizado ,así como el mayor o menor grado de culpabilidad que posee el autor o partícipe del hecho punible. Ahora bien, cada una de estas verificaciones y razonamientos se harán en coherencia con los principios antes señalados y bajo la estricta observancia de los deberes constitucionales de fundamentación de las resoluciones judiciales. Con una finalidad didáctica a continuación ensayaremos un breve esquema operativo de determinación judicial de la pena, que se ajusta a nuestro marco legal de la materia u que comprende tres etapas sucesivas:

3.3.6.1.-Primera Etapa: Pena Tipo

La actividad del Juez se circunscribe a identificar la pena básica. Esto es, reconocer de modo específico cual es el mínimo y el máximo de pena que puede ser aplicado al delincuente. Generalmente la pena básica coincide con la llamada pena - tipo que es la pena legal, abstracta o conminada, fijada por el legislador para el delito cometido. Sin embargo con cierta regularidad el legislador nacional ha incluido para ciertas infracciones penas conminadas- que solamente contienen un mínimo o máximo. Así ocurre en los delitos de parricidio (Art. 107°) y homicidio por piedad (art. 112°). En estos casos el Juez debe construir su pena básica computando el extremo mínimo o máximo

omitido. Para esta tarea simplemente se utilizan los marcos genéricos de las penas que se regulan en la Parte General del código (Libre Primero).

Por ejemplo, en el Artículo **108°** se reprime el delito de Asesinato y sólo se ha consignado el extremo mínimo de la pena y que es de 25 años. Para integrar su máximo legal y obtener la pena básica se deberá recurrir al Art. 29° que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales, 35 años.

3.3.6.2.-Segunda Etapa: Coteja de Circunstancias:

El juzgador se dedica a individualizar la pena concreta. A él le corresponde ahora desplazarse entre el mínimo y el máximo de la pena básica. Es el momento de evaluar las circunstancias del caso y valorar sus efectos sobre la penalidad. Es en esta fase de determinación donde cobrar utilidad los diferentes indicadores que se detallan en los Artículos 45° y 46ª°. Se trata, entonces, de una etapa de cotejo de circunstancias y de asignarles un valor cuantitativo en atención a su reparación sobre el contenido del injusto o sobre la culpabilidad de su autor. El momento final de esta etapa será aquel en donde el Juez con equidad y raciocinio decida una pena concreta que estará más próxima al mínimo o al máximo de los límites de la pena básica, según el grado de gravedad y reproche que se asignen al delito y a su autor. Como admite Bustos Ramírez: “Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduaciones de las valoraciones que lo componen e, igualmente, en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales”.

3.3.6.3.-Tercera Etapa: Complementación

Esta etapa posibilita al Juez complementar la individualización alcanzada de la pena, revisando su extensión en base a la concurrencia, eventual, de otros indicadores particulares o circunstanciales cualificadas y que suelen autorizar al órgano jurisdiccional a ubicar la pena concreta por debajo o por encima de los límites de la pena básica o conminada. Estas Circunstancias especiales de agravación y atenuación no tienen una naturaleza definida en la doctrina penal ya que generalmente afectan directamente la configuración de la antijuricidad o de la culpabilidad debiendo a ellos sus efectos sobre la penalidad. No son pues accidentales al delito sino constitutivas de él. Entre estas circunstancias tenemos: las eximentes imperfectas del artículo 21° o los casos de imputabilidad restringida en razón de la edad del autor prevista en el artículo 22°. Igualmente son de señalar otros supuestos como la realización del delito por omisión impropia (Art. 13°); que se haya actuado bajo un error de prohibición vencible, que la ejecución del ilícito sólo haya alcanzado el grado de tentativa, o que se haya afectado a una pluralidad de personas.

Si en la revisión del caso el Juez encuentra una de estas circunstancias cualificada, la pena básica y en su caso la obtenida en la segunda etapa de determinación deberá de adecuarse a los efectos personales que aquellas circunstancias producen, y que, como ya se mencionó, pueden significar disminuir o elevar el mínimo o máximo legales fijados para el delito.

|

Tal como se regula en el Artículo 41° del Código Penal, tratándose de la pena de multa la determinación judicial de la pena se rige por el sistema de los días multa. Conforme a las reglas de este modelo la pena pecuniaria se aplicará al autor del delito, será también resultado de recorrer cuatro fases operativas.

Este proceso concluye en el momento que el Juez define un monto de dinero que como importe de la multa deberá abonar el condenado.

De modo analítico el procedimiento de individualización judicial de la sanción pecuniaria se desarrolla de la siguiente manera:

En Una primera fase el Juez debe proceder también a identificar o completar su pena Básica. Él tiene que reconocer un mínimo y un máximo de días - multa aplicables al caso.

En la segunda fase, se comienza la tarea de concreción. En este momento el Juez individualiza entre el mínimo y el máximo de días - multa que contiene la pena básica, el número de días específico que corresponde a la gravedad del delito y al grado de responsabilidad del agente. También en esta etapa se reproduce el análisis de las circunstancias genéricas o cualificadas que están presentes en el caso.

La tercera etapa obliga al Juzgado a averiguar sobre la capacidad económica del procesado y fijar una cuota diaria dineraria. El cometido inicial es detectar el volumen de rentas que percibe el imputado diariamente en razón de su actividad laboral, profesional, industrial, comercial, etc. Para obtener respuestas satisfactorias en esta actividad indagatoria el Juez, como se mencionó anteriormente, puede solicitar la información que estime pertinente (planillas, registros tributarios, etc). Luego de conocer la renta diaria bruta del encausado se deben aplicar a ella los descuentos que permitan cubrir sus necesidades básicas y de familia. Esta deducción producirá una renta diaria neta y solo se aplicará cuando el agente posea dos o más ingresos como trabajador dependiente, o se dedique a una actividad independiente. Si el agente solo tiene como renta única la que proviene de su trabajo e condición dependiente, la cuota diaria de la multa sólo podrá efectuar entre un 25% y un 50% de tales ingresos (Art. 43°). Esta etapa concluye precisando la renta neta que servirá de equivalencia dineraria para cada día multa.

La cuarta y última etapa da término al proceso de determinación, aplicando una simple operación de multiplicación donde los factores son el número de días - multa - definido en la segunda fase del proceso y la equivalencia dineraria obtenida en la fase tercera. El producto identificado en nuevos soles será el importe de la multa a pagar por el condenado.

FASES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DE MULTA

FASE N° 1

Identificación de la Pena Básica

FASE N° 2

Determinación del número de días - multa aplicables al condenado

FASE N° 3

Determinación de la cuota diaria dineraria de la multa

FASE N° 4

Determinación del monto total dinerario de la multa

En cuanto a otras penas no privativas de libertad como las limitativas de derechos el procedimiento de determinación de la pena recorre también las etapas de identificación de la pena básica y de evaluación de circunstancias de concreción a las que ya nos hemos referido al tratar la pena de multa. Sin embargo es importante tener en cuenta algunos aspectos como los que a continuación se detallan:

- ❖ En la pena de inhabilitación el máximo de duración es de cinco años sea que se trate de una inhabilitación principal o accesoria.
- ❖ Las suspensiones o restricciones que se apliquen deben guardar relación con los deberes especiales infringidos. El Juez sólo considerará la aplicación de las restricciones compatibles con la condición personal del delincuente.
- ❖ La duración de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres deben apreciar también las aptitudes y necesidades particulares que posea el sentenciado. Esto último es sumamente importante cuando el legislado regula ambas penas como sanciones alternativas.

3.3.7.-DESARROLLO DE LOS FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA:

3.3.7.1.-El Injusto Penal y la Culpabilidad:

Estas pautas valorativas, como ya se ha indicado, funciona fijando que la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad, establecen el quantum de la pena, por lo que ahora corresponde brevemente precisar los factores que determinan la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad.

Para graduar la pena, el Juez debe prestar tanto atención al tipo del ilícito como al tipo de la culpabilidad. El análisis de los factores que los agravan o atenúan debe ser realizado en forma amplia, de acuerdo a las representaciones morales de la comunidad en su conjunto.

En efecto, el ilícito culpable es la base de la determinación de la pena pues la sanción penal debe ser proporcional al ilícito cometido, de lo que se infiere que la medida de la pena se gradúa fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad y, en este sentido, los factores generales y los individuales son decisivos para la determinación del grado de culpabilidad y la gravedad de la pena.

Por esta razón, en primera instancia, luego de haber individualizado la figura legal aplicable al caso, el Juez debe valorar qué alcance tuvo la lesión jurídica, analizando la magnitud y cualidad del daño causado.

En efecto, nuestra ley ordena que, al momento de establecer la pena aplicable al caso concreto el Juez tenga en cuenta "la extensión del daño causado". En el derecho penal este problema es tratado con la denominación de "repercusiones del hecho". En esta legislación, este concepto, tomado en términos amplios, abarca tanto las consecuencias típicas cuanto las extra típicas, pudiendo ellas tomar la forma de lesión y puesta en peligro.

Las consecuencias típicas deben ser valoradas conforme a la intensidad y la extensión de la lesión del bien jurídico gravedad de las lesiones corporales, duración de la privación de la libertad, medida de la puesta en peligro producto de haber conducido en estado de ebriedad. Sin embargo, al considerar este tipo de consecuencias no debe obviarse que existe la prohibición de la doble valoración.

Con relación a las consecuencias extra típicas, el problema de la prohibición de la doble valoración no se plantea dado que tales consecuencias no forman parte del tipo penal. Dentro del marco de las consecuencias extra típicas pueden señalarse las que pueden padecer los parientes de la víctima supuesto estado de shock de los padres, etc.

Relacionado con ello, el cuestionamiento que surge es si la lesión jurídica debe medirse conforme la magnitud y cualidad del daño causado y si, incluso deben computarse aquéllos estragos producidos fuera del ámbito del tipo.

No obstante el tratamiento que reciben las consecuencias extra típicas en Alemania, en nuestro país, Patricia Ziffer opina que éste es un problema de limitación de la causalidad y propone tratarlo según los principios de la teoría de la imputación objetiva: "...soto pueden interesar aquellas consecuencias que puedan relacionarse con la acción típica por su especial relación de imputación y, en este sentido, hablar de consecuencias extra típicas es poco feliz, pues una consecuencia que se encontrara fuera del tipo no debería ocupar ningún lugar en la valoración del hecho".

En resumen/ podemos señalar que lo relevante dentro de este primer factor se resumiría en los siguientes puntos:

- ❖ El daño producido por el delito.- Aquí se considera la magnitud de la lesión al bien jurídico; si el delito es de peligro, el grado del mismo, según sea de peligro abstracto o concreto; los daños indirectos que genera el ilícito penal, como por ejemplo, matar a un padre de familia, único soporte de su esposa e hijos. Igualmente se considera el íter criminis (Artículo 46, Inciso 4).
- ❖ La forma de ejecución del delito.- Aquí se considera la peligrosidad del medio empleado, su sofisticación o alta tecnología, por poner un ejemplo. Igualmente aquí se considera un aspecto subjetivo de este factor, la voluntad criminal mayor o menor, que el delincuente evidencia en el grado de dificultad o complejidad del delito, siendo el caso de las asociaciones criminales, o de la coautoría Artículo 46, incisos 2, 5 y 7).

En todos los casos cobra especial relevancia la naturaleza de la acción y los medios empleados para llevarla a cabo.

A la ejecución del hecho pertenece la elección de la modalidad de comisión del ilícito, para lo cual es necesario conocer en qué lugar u hora fue cometido. Estas circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, son útiles para revelar la gravedad del ilícito.

Asimismo, los medios utilizados para consumir el delito y la peligrosidad emanada de ellos, ocupan un lugar importante en la determinación judicial de la pena.

No obstante lo expuesto, también al valorar estas circunstancias debe cuidarse de no evaluarlas doblemente. Esto es así ya que en muchos supuestos, las circunstancias del hecho, ya constituyen el fundamento del tipo penal; y en esos casos, la prohibición de la doble valoración impide que esa característica sea considerada nuevamente.

En efecto, en un robo calificado por el uso de un revólver cargado y apto para el tiro, no se podría agravar el hecho por el uso del arma. Sin embargo, sí podría considerarse que "es más peligroso" utilizar como arma un revólver cargado que un palo de billar.

Las circunstancias que agravan o atenúan tipos penales básicos pueden ser útiles para orientarnos en otros supuestos delictivos en los que existan diferencias semejantes. Es lógico que, si se sigue esta guía, deberá identificarse previamente la categoría de delitos que se va a agravar o atenuar.

En cuanto a la intervención del autor en el hecho corresponde hacer las siguientes distinciones. La intervención de varias personas en un hecho delictivo, revelará un ilícito más grave en cuanto represente un mayor poder ofensivo para la víctima, derivado de las circunstancias de comisión del delito plurisubjetivo.

Por ello, en todos los casos será decisivo analizar el aporte de cada uno de los intervinientes en el hecho investigado.

- ❖ Los motivos y metas, o sea la actitud interna del delincuente, es decir, [los motivos internos, odio, ánimo de lucro, pasión, etc.; los estímulos

externos, un estado de necesidad, la coacción, etc. (Artículo 46, inciso 6).

Cuando el Código Penal enuncia como circunstancias relevantes para la determinación de la pena a la calidad de los motivos que determinaron al autor a cometer el delito está haciendo referencia a uno de los contenidos de la culpabilidad.

La letra del Código Penal es clara. Al momento de evaluar cuáles fueron los motivos que impulsaron al autor de un delito a cometerlo debe tomarse en cuenta la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio o de los suyos.

Generalmente, una situación económica apremiante, cuando fue la que condujo a la realización de un delito contra la propiedad, será considerada como un factor que disminuye el reproche penal.

Por el contrario, cuando el autor de un delito actuó movido por sentimientos de odio, codicia, con placer ante un delito contra la vida o integridad física de una persona, la doctrina es conteste en valorar este, tipo de motivaciones en contra del imputado, es decir, agravando el reproche penal. Sin perjuicio de ello, al considerar este tipo de motivaciones debe cuidarse de no realizar dobles valoraciones. En efecto, toda vez que existen algunas normas penales que incluyen en el tipo objetivo referencia a. especiales elementos subjetivos, este tipo de motivaciones no puede ser imputado contra el infractor en dos oportunidades.

3.3.7.2.-La personalidad del delincuente:

La prevención especial/ es decir, la determinación del tratamiento de rehabilitación y de readaptación social del delincuente, exige fijar su personalidad, precisando sus circunstancias personales, su perfil criminológico, a efecto de determinar el grado y la clase de necesidad de resocialización del delincuente (Artículo 45, incisos 1 y 2; Artículo 46, inciso 8).

El Código Penal hace mención a la personalidad del autor como un aspecto de particular importancia al momento de graduar la pena.

A las circunstancias personales del autor pertenecen, entre otras, su edad, su estado de salud, su sexo, su inteligencia, su educación su posición profesional y social. Esta enunciación demuestra que el problema que aquí se plantea se relaciona con el tratamiento igualitario de los casos llevados a estudio.

Al igual que los otros factores enunciados en este inciso, se plantea la cuestión de si estos factores son relevantes sólo desde el punto de un enfoque de la prevención especial o si también entran en consideración para determinar, en cualquier caso, el monto de la pena a aplicar.

Asimismo podría llegar a discutirse si las consideraciones de las características personales del autor deben influir o no en la determinación de la pena ya que, si así se hiciera, se permitiría el análisis de la personalidad del autor, circunstancia que tío debería ser objeto de ningún juicio de valor.

sin embargo, consideramos que aun en un derecho penal de acto, sería imposible no considerar determinados aspectos de la personalidad del autor ya que ellos, es indudable, inciden en la realización de su ilícito.

Esto rige especialmente para la cuestión relativa al posible efecto agravante de una elevada posición profesional o social del autor cuando ella fundamenta deberes incrementados sobre el bien jurídico lesionado.

El sexo, en cuanto tal, no es una causa suficiente para la diferenciación en la pena, sino más bien, se le debe agregar puntos de vista especiales que caractericen la situación del hecho (por ejemplo, por la mayor o menor agresividad impuesta sobre la víctima).

La calidad de extranjero no tiene, por lo general, efecto agravante o atenuante de la pena. Sin embargo, su condición sí debe ser tomada en cuenta si alega la existencia de un error de prohibición ya que la mayor o menor evitabilidad del mismo puede tener un efecto atenuante de la culpabilidad.

Para algunos autores, la calidad de funcionario tampoco representa, por lo general, una causal de agravación. Esto es así ya que lo común resulta que elemento de esa calidad determina la conminación penal en cuanto tal, de manera que una valoración de esta circunstancia en la medida de la pena se opone a la prohibición de la doble valoración.

en síntesis, la situación personal del autor su nivel de instrucción, su origen social, su estructura familiar- resulta determinante para poder establecer si él pudo ser más prudente, si pudo conocer la antijuridicidad de su hecho o si, por ejemplo, era capaz de motivarse en la norma y actuar conforme a ese conocimiento.

Este problema se relaciona también con la conducta previa y posterior al hecho delictivo y es uno de los más complejos en tanto el primer obstáculo se presenta en la delimitación de la conducta delictiva. En efecto, el concepto de las conductas y posteriores al hecho sólo tiene sentido en tanto se pueda determinar con precisión cuál es la conducta constitutiva del hecho propiamente ilícito.

El conflicto se relaciona con la valoración de la culpabilidad. Si se parte de un concepto estricto de culpabilidad por el hecho se podría sostener que la culpabilidad se halla fijada sólo por éste y que no puede ser influenciada por ninguna otra circunstancia.

En este sentido algunos autores creerán que es imprescindible realizar una clara distinción entre el componente de acción y el del resultado. Quienes no acepten los postulados de una teoría basada en el desvalor de la acción afirmarán que la no producción del resultado es una causa legal para atenuar la pena. En esta misma línea de pensamiento dirán que, los esfuerzos del reo para reparar el daño o para llegar a un compromiso con la víctima también operan aminorando el castigo.

3.3.8.-La Vida Anterior y la Conducta Posterior al Delito

3.3.8.1.-Problema de la Reincidencia:

La reincidencia agrava la pena, no porque agrave el delito cometido sino pro que el autor lo hace merecedor de una pena mayor que la normal; según unos, porque esa pena es insuficiente en relación con su sensibilidad; según otros porque la recaída del autor en el delito a pesar de la condena anterior demuestra su mayor rebeldía frente a la ley penal y así su mayor peligrosidad delictiva. Este último es el criterio de nuestro Código Penal.

Hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme a pena privativa de la libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un

nuevo delito. La reincidencia es ficta si basta la condenación anterior; es real, si el delincuente tiene que haber sufrido la pena.

La condena anterior, que debe estar firme/ vale decir, que no admita recurso alguno, puede haber sido dictada en el país o en el extranjero.

En el plano teórico de la reincidencia, no es insular la opinión que sostiene que la existencia de condenas anteriores conlleva una mayor culpabilidad. El fundamento de tal afirmación es que, con la condena anterior el autor ya recibió el aviso de que debía adecuar su conducta a las normas legales que rigen en la comunidad y que, en una segunda oportunidad, a pesar de haber recibido esta primera advertencia, optó por contrariar nuevamente las normas. Para esta concepción, parecería que la mayor culpabilidad del infractor de la ley penal reside, no sólo en la existencia de condenas cumplidas sino, principalmente en que ha cometido nuevos delitos, aun cuando sobre éstos no haya recaído condena.

La teoría de la "advertencia" argumenta que la mayor culpabilidad del autor reside en que este tiene una imagen más vivida de que es lo que ocurre cuando se viola una norma penal.

La teoría de la "advertencia" es tan ficticia como grotesca: la violación al principio de inocencia es tan burda que no resiste el menor análisis. Por otra parte, de hacer propios sus postulados debería admitirse que todos los operadores de la justicia penal -jueces, fiscales, defensores, etc.- han recibido esta eventual "advertencia".

Con relación a la determinación de la pena y al establecimiento de un marco de culpabilidad adecuado, la reincidencia es uno de los puntos más debatidos en la doctrina nacional.

El Código Penal ordena tomar en cuenta las reincidencias en que hubiere incurrido el autor. La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, se han encargado de sostener que ésta debe ser valorada como gravamen.

El fundamento de tal afirmación encuentra apoyo en el artículo 14 del código Penal que deniega a los reincidentes la posibilidad de acceder a la libertad condicional.

Ziffer opina que el carácter agravante de las sentencias condenatorias previas deberá quedar reservado para aquellas que merecen la declaración de reincidencia; las demás podrían quedar fuera de análisis⁹³.

También en materia de reincidencia corresponde señalar que, la consideración la consideración misma de circunstancias ajenas al hecho encontrarse sujeta a estrictas restricciones respecto de la interpretación, por tratarse de una excepcional desviación del principio de culpabilidad por el hecho.

3.3.8.2.-La Reparación del Daño

En esta línea de pensamiento se ha dicho que medidas materiales e ideales de indemnización respecto de la víctima mejoran su posición y en determinadas circunstancias pueden reducir el monto de la sanción aplicable.

3.3.8.3.-El Comportamiento Procesal:

La sección más relevante de la vida previa del autor son sus condenas anteriores.

Quienes sostienen lo contrario aciertan dando un buen fundamento: los permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación.

Un supuesto interesante de tratar es aquél que prevé la posibilidad de atenuarle la pena al infractor de una ley, tras considerar que tuvo antes del hecho una buena conducta. ¿Sena esta una actividad legítima?

He de señalar que, a un planteo que legitime agravar o atenuar el castigo en función de una conducta anterior al hecho puede oponérsele un argumento de gran peso: la ausencia de condenas anteriores no conforma por sí sola una circunstancia atenuante.

En efecto existe un obstáculo difícil de sortear: ¿cuáles son los medios probatorios que, admisibles constitucionalmente, permiten sin vulnerar el principio que reserva o la presunción de inocencia- verificar estos extremos: Este interrogante sólo puede ser contestado de la siguiente manera. La conducta precedente del autor procedente del autor de un delito sólo puede ser valorada en forma limitada. Esto es así puesto que poco aporta a la gravedad del delito la vida que - "buena" o "mala"- haya llevado el autor hasta el día del ilícito.

⁹³ ZIFFER, Patricia: "El Deber de Fundamentación de las Resoluciones Judiciales y la Determinación de la Pena". En: Revista. Peruana de Ciencias Penales, N° 6, Lima Pp.348

La regla podría ser formulada de la siguiente manera: desde la óptica del ilícito y de la culpabilidad, la conducta precedente sólo puede ser considerada en tanto y en cuanto se refleje en forma directa con el hecho.

3.3.9.- DETERMINACION DE LA PENA

El abandono del sistema clásico de las penas rígidas y la adopción del sistema de las penas alternativas y de las penas divisibles, trasladó la cuestión de la individualización legislativa de la pena a su individualización judicial, de ello se deduce que esta última es el acto jurisdiccional por medio del cual el Juez determina las consecuencias jurídicas de un delito según la clase, gravedad y forma de ejecución del ilícito cometido.

Sin embargo, el tratamiento de la determinación judicial de la pena debe estar precedido por el estudio de la individualización legal de la pena y seguido por lo que ocurre en la faz administrativa, una vez que el Juez impuso la condena.

Efectivamente, el legislador, al sancionar una norma punitiva puede optar entre predeterminar

Un marco penal más o menos amplio del cual, posteriormente, el Juez deberá individualizar la sanción justa sistema de penas relativo o establecer una pena invariable.

Nuestro Código Penal contempla el sistema de penas relativo pero también prevé sanciones específicas.

3.3.9.1.- FINES DE LA PENA

Ya sea en su faz legislativa, judicial o administrativa el proceso de determinación de la pena no puede prescindir del estudio de los fines de la pena

a).-Teoría absoluta de la pena

El fundamento de la teoría absoluta de la pena reside en la retribución del daño ocasionado, el verdadero sentido de la retribución es el de compensar un mal de manera de reparar la lesión jurídica y extinguir la culpabilidad del autor.

Para esta teoría, una vez que el infractor de la norma haya expiado su culpabilidad, entonces podrá reingresar a la sociedad como un hombre libre.

Por ello, una concepción absoluta de la pena afirma que esta se libera de toda finalidad preventiva.

Fue Kant quien sostuvo que el sentido de la pena es la retribución

Puesto que la imposición de un castigo no se justifica en virtud de la utilidad social, este no podría ser impuesto como medio para alcanzar otros fines.

Con la inflicción de una compensación justa, según esta teoría, se agota el contenido de la pena. Todos los otros efectos, intimidación, corrección, son en el mejor de los casos, efectos concomitantes favorables que nada tienen que ver con la naturaleza misma de la pena.

La sanción se impone contra el delincuente porque ha quebrantado una norma; considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto.

Desde una posición crítica puede objetarse la esterilidad político criminal de la teoría de la retribución, ya que no pretende corregir desviaciones sociales que afectan la convivencia en sociedad. Por otra parte, se sostiene que si la reprobación ya ha recaído sobre el infractor, el reproche de la condena pierde toda función.

Otra posición importante, es aquella que con relación a la expiación de la culpabilidad, señala que la teoría absoluta, en el fondo, tiene un alto contenido metafísico”.

b).-Teoría de la prevención especial de la pena.- Existe una segunda concepción de los castigos penales que, enfrentando los fundamentos de la teoría absoluta de la pena, propone como fin de la misma, el de desarrollar una influencia inhibitoria del delito en el autor.

Para una teoría de la prevención especial, esta finalidad se subdivide en tres fines de la pena; intimidación (preventivo –individual), resocialización (corrección) y aseguramiento.

Mientras la intimidación y la resocialización pueden ser concebidas como objetivos positivos, en tanto buscan reincorporar al autor a la comunidad, el aseguramiento da expresión al aspecto negativo de la resignación en la recuperación del autor para la comunidad.

Solo cuando la influencia resocializadora sobre el autor no ofrezca perspectiva de éxito, la medida de la pena se orienta conforme a la necesidad del aseguramiento de la colectividad, donde se acaba toda posibilidad de corrección.

Von Liszt afirmaba que solo la pena necesaria es justa. El castigo era necesario cuando, desde el punto de vista preventivo especial, impedía la reincidencia del autor en el delito. En este orden de ideas, adoptando los lineamientos de la prevención especial, la culpabilidad carece de toda función en la determinación judicial de la pena.

Son varias las críticas que se han efectuado a la teoría de la prevención especial entre ellas, consideramos importante destacar que, en post de una supuesta “resocialización”, esta teoría no pone un límite fijo a la pena, el término de ella queda condicionado a la confirmación de un eventual resultado reeducativo.

Por otra parte, es importante señalar que las medidas reeducativas impuesta en forma coactiva no son eficaces. En efecto, se ha demostrado que la resocialización organizada mediante la pena privativa de la libertad, no hace más que acentuar y tornar definitivo el deterioro del condenado.

Desde el punto de vista preventivo especial sería factible de una persona que, aunque resocializable, no haya cometido ningún ilícito.

Las teorías preventivas especiales padecen en gran medida de la insuficiente distinción entre penas y medidas de seguridad. Si bien es cierto que dan valiosas explicaciones para una teoría de las medidas de seguridad, fracasan ampliamente en la interpretación de la pena. Dado que toman como medida para la pena, no gravedad del juicio de culpabilidad, sino la peligrosidad social del autor (en especial la probabilidad de reincidencia), para lo cual el hecho cometido tienen solo el valor de síntoma, no pueden dar una medida para la pena; no se puede determinar en ningún hombre que efecto va a tener y cuán grande es el peligro de reincidencia, por eso, llegan a resultados injustos e incluso inauditos.

c).- Teoría de la prevención general de la pena

También contrariando, los postulados de la teoría absoluta, la teoría de la prevención general persigue, mediante la amenaza, disuadir a la generalidad de obrar contrariando las normas legales.

Asimismo, en su formulación pura, esta concepción no se fija en los efectos que la pena puede tener sobre el autor del delito.

La idea de la prevención general se emplea, lo que a menudo se pasa por alto, dos sentidos: en sentido estricto, forma en que se le entiende comúnmente, es la intimidación general mediante la amenaza de la pena y en virtud de la sanción individual. En un sentido más amplio es la verificación del derecho como orden ético y solo en forma secundaria es intimidación

La verdadera posición de las teorías preventivas generales se dirige más bien a la intimidación, ya sea mediante ejecución ejemplificadora de la pena o a través de graves conminaciones de penas; en ese sentido, la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach.

Anselm Von Feuerbach explico que la prevención general e necesario distinguir entre esta, en lo que hace al aspecto negativo de la intimidación y en cuanto al afianzamiento general de derecho.

En la prevención general subyace la idea de que el derecho es una institución destinada a la protección de la sociedad. En este sentido, las reflexiones de la prevención general determinan la creación de los tipos penales, condicionando las conductas de los ciudadanos e inciden en la persecución del delito.

En la actualidad, Jackobs es el más claro expositor de esta teoría. Este autor alemán afirma que la pena pública persigue el mantenimiento del modelo de interpretación públicamente válido. La razón del proceso de la punición no ha de ser la maldad del hecho sino; por el contrario, el mantenimiento de una determinada configuración social.

Justamente, puesto que las sociedades solo existen en tanto están reguladas por normas reales y generales. Jackobs explica que los individuos no deben actuar conforme sus esquemas individuales sino, por el contrario, en concordancia con un ordenamiento Jurídico social general.

Los cuestionamientos a los que debe hacer frente son, en primer lugar, que no existen criterios definidos acerca de frente a que comportamiento el Estado está facultado a intimidar, en segundo término, que existe una imposibilidad empírica de demostrar el efecto intimidatorio que le asignan a los castigos legales.

Otro problema consiste en el hecho de que el Juez apenas puede evaluar suficientemente el valor intimidatorio de las penas ya que desconoce cómo son apreciados por la comunidad.

Se ha dicho que esta inseguridad acerca de la forma de la eficacia de la prevención general puede conducir a muchos jueces a plantear consideraciones de orden preventivo general de manera indiferente. De esta forma, además se hace evidente una nueva problemática jurídico constitucional, en razón de que, para seguir los lineamientos de la prevención general los magistrados pueden llegar a abandonar el criterio de culpabilidad.

En este orden de ideas, los críticos de esta teoría señalan que resulta peligroso seguir la propuesta de la prevención general, que esta no fijan un límite al poder punitivo del Estado.

En la misma línea de argumentación se observa que desde una perspectiva preventivo general se justifica al hombre, a través de la pena, como medio para los fines sociales de otros hombres; lo que importa reducirlo a la condición de objeto.

d).- Las teorías mixtas o de la unión

Las teorías mixtas, reciben su denominación toda vez que median entre los postulados absolutos y los relativos, afirman que ni la teoría de la retribución, ni las teorías de la prevención por sí solas, son capaces de establecer adecuadamente el objetivo y límite de la pena.

A través de una reflexión práctica, se sostiene que la pena puede cumplir con la totalidad de sus funciones y; puesto que la ley no prescribe ni prohíbe ninguna de las teorías, la aplicación preferencial de una de ellas según cual sea el caso concreto a resolver no encuentra ningún obstáculo legal.

La teoría preventiva de la unión es una variante de las teorías mixtas, en su formulación, la retribución no entra en consideración como finalidad.

La teoría preventiva de la unión, por lo tanto, toma los puntos de partida de la prevención especial y general, de modo que tal que tan pronto unos u otros entren en el primer plano: cuando ambos objetivos se contradicen, el fin de resocialización preventivo especial toma en primer lugar, en compensación, la prevención general domina el ámbito de las amenazas penales y justifica la pena por sí sola en caso de ausencia o fracasos de los fines de prevención especial, mientras que no puede darse una pena preventiva especial, sin ninguna intención de prevención general, a pesar del dominio absoluto del objetivo de socialización en la ejecución.

Determinación judicial de la pena

En el proceso de determinación judicial de la pena (que involucra la identificación de la pena y la decisión acerca de si corresponde suspenderla o sustituirla), deben analizarse, en función de los fines de la pena, las circunstancias fácticas del ilícito y las condiciones personales de su autor.

Para orientar al Juez penal en su actividad se han elaborado diferentes teorías que pretenden crear criterios racionales para la imposición de medidas de carácter punitivo.

a).- Teoría de la combinación

La idea de esta teoría es que la pena aplicable a cada injusto se halla en el “triángulo mágico” de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.

Efectivamente, la teoría de la combinación sostiene que la pena debe al ilícito según la culpabilidad del infractor, debe servir para reeducarlo y para proteger a la sociedad de su eventual recidiva en el delito. Finalmente, como si ello fuera poco, la imposición de una sanción punitiva debe servir de ejemplo para el resto de la sociedad.

Esta elaboración sostiene que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta y que, por tanto, no puede ser establecida en un punto preciso.

La teoría del ámbito del juego postula que existe un espacio cuyos límites están fijados, hacia abajo, por la pena adecuada “ya” a la culpabilidad, y hacia arriba, por un máximo “todavía” adecuado a la misma.

Esta formulación es desaprobada por quienes niegan la existencia de un marco de culpabilidad”. Tal es el caso de Jescheck, quien asegura que si bien para un hecho determinado no existe una pena que sea objetivamente justa considera que, a individualizarla, el juez debe partir de la sanción que se adapte a la culpabilidad del autor.

b) Teoría de la pena puntual

Para los partidarios de esta teoría la culpabilidad debe establecerse en forma precisa solo existe una pena que acomode a la culpabilidad del infractor.

Efectivamente, la teoría de la pena puntual niega la existencia de un marco de culpabilidad” y por el contrario, afirma que la pena adecuada a la culpabilidad es una sola y que el juez, al momento de decidir que pena aplicar no puede guiarse por los fines preventivos. En este sentido, es correcto, afirmar que esta teoría se fundamenta principalmente, en la idea retribucionista de la pena.

Las críticas que se levantan contra la teoría de la pena puntual se vinculan con la imposibilidad que existe desde el punto de vista del conocimiento de determinar una medida exacta de la culpabilidad del autor del ilícito y, asimismo, porque el concepto de culpabilidad puede ser definido en base a criterios muy disímiles. Para ejemplificar lo expuesto basta con recordar que a lo largo de la historia la culpabilidad fue definida, entre otros, sobre la base de criterios morales, jurídicos, psicológico y normativos.

c).- Teoría del ámbito del juego

Esta teoría propone, como primer paso, que el Juez gradúe la culpabilidad teniendo como parámetro la gravedad del hecho.

I. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA PENA:

La determinación judicial de la pena tiene una dependencia directa con la valoración de circunstancias es tal vez el momento más relevante para la cuantificación punitiva. Fundamentalmente porque a través de las circunstancias concurrentes el Juez toma conciencia del grado de desvalor que merece el hecho punible y del nivel de Irreprochabilidad.

SUB CAPITULO 4: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

4.4.1.- Concepto de Administración Pública

Etimológicamente, administración proviene de las voces latinas "ad" que significa "a" y del verbo "ministrare", que significa "servir", y según otros, de la contracción de "ad manus trahere", que da la idea de manejo o gestión, de donde podemos decir que "se refiere a una gestión de intereses o de asuntos, gestión que en todo caso es una actividad subordinada", y en lenguaje corriente equivale a "regir, cuidar o gobernar". Analizando históricamente lo que implica la concepción de Administración Pública, debemos tomar como punto de partida el momento en el que nace el derecho administrativo, para lo cual debemos remontarnos a la Revolución Francesa, en donde se la identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco de la división de poderes. "El Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la noción de Administración Pública, Peña Cabrera Freyre señala que se refiere a "a las prestaciones de los servicios públicos por aquellas personas denominadas *funcionarios o servidores públicos*, a quienes a Ley y la Constitución se les encomiendan dichas tareas; que pueden ser entendidas desde un doble plano a saber: primero, desde una dimensión externa, esto es las prestaciones que deben brindar a la población, en cuanto a los servicios públicos elementales (construcción de hospitales, plazas, parques, carreteras, pistas) así como el acceso directo a los servicios de salud, educación, empleo, deporte, cultura, etc; y segundo, desde una dimensión interna, que se refiere a todas las gestiones que han de plasmarse en el ámbito interno de la Administración, en cuanto a los objetivos de rendimiento, eficacia y optimización de sus labores, en el desarrollo socioeconómico de la nación"⁹⁴.

Por su parte Ángeles y Frisancho sostienen que, "administración es ante todo, organización (ordenar económicamente los medios de que se

⁹⁴ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl; Derecho Penal Parte Especial Tomo V, 2 Edición, IDEMSA, Lima – Perú 2013, p. 35.

dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades), y si se le adiciona el adjetivo pública, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o gobierno, esto es, el concepto de poder público o actuación del Estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo”⁹⁵.

Por otro lado, el autor peruano Fidel Rojas teniendo en cuenta a la administración como función pública, señala que “si bien en el terreno del Derecho administrativo existe tendencia a circunscribir la administración pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo, no obstante, actualmente prima una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al todo estatal, en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos. Administración pública comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral, organismos autónomos del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Banco Central de Reserva, Gobierno Locales y Regionales), y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios y servidores públicos). Obviamente que queda fuera del ámbito de la administración pública las funciones privadas ejercidas por bancos y empresas mixtas y estatales al régimen jurídico privado”⁹⁶.

Es importante también hacer referencia a la distinción efectuado por el autor peruano Ramiro Salinas Siccha entre administración pública y servicio público, así señala que, en principio “administrar”, según la Real Academia Española, es servir. En consecuencia, administración pública es el servicio público que cumple el Estado por medio de sus funcionarios o servidores para lograr su fin último, cual es el bienestar común. A ser la administración pública algo abstracto, el servicio público es algo más

⁹⁵ ÁNGELES GONZÁLES, Fernando; FRISANCHO APARICIO, Manuel. Código Penal. Tomo VII, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, p. 15 y ss.

⁹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 15 y ss

concreto, es realizado o materializado por las personas que cumplen labores o trabajan al interior de la administración estatal a cambio de una remuneración⁹⁷.

El autor colombiano Ferreyra Delgado, ofrece una concepción más lata, quien considera que “La Administración Pública es entendida como una actividad cumplida o realizada por funcionarios y servidores públicos, encargados de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles en todos sus órganos o entidades”⁹⁸

No puede dejar de tomarse en cuenta además lo señalado por Hesbert Benavente Chorres, quien concibe a la administración pública “como sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos. Esta situación evidencia que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias, desde este punto de vista puede ser afectado por terceros”⁹⁹.

Es decir, “por administración pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”¹⁰⁰

⁹⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, Tercera Edición, Edit. Grijley, Lima, abril 2014. p.3

⁹⁸ FERREIRA DELGADO, Francisco, Delitos contra la Administración Pública, 3 Edición, Temis, Bogotá, 1995, p.4

⁹⁹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo; Delitos de Corrupción de Funcionarios, Edit. Gaceta Jurídica, Lima – Perú, p. 78.

¹⁰⁰ URQUIZO OLAECHEA, José; Tutela Penal y Sujetos Especiales Propios en los delitos contra la Administración Pública, en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 12, Lima, 2002, p. 234.

No le falta razón a Abanto Vásquez¹⁰¹ al afirmar casi a modo de protesta que hasta hace unas décadas, en el Derecho penal se veía a la “administración pública” como si fuera un poder casi sacrosanto que debía ser protegido por sí mismo, como si se tratara de un ente superior a los ciudadanos, lo que traía como consecuencia que se pretendía proteger penalmente distintos aspectos de este “poder”, tales como el “prestigio”, el “honor”, la “intangibilidad”, ciertas facultades monopólicas, etc; pero en la actualidad se ha cambiado de concepción pues se considera incompatible con un Estado de Derecho que la administración pública merezca una protección por sí misma y no en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados.

En cuanto a la definición de Administración Pública, no existe discrepancia doctrinaria, siendo que la mayoría considera como la actividad realizada por quienes están encargados de poner en funcionamiento cada uno de los estamentos del Estado, tanto en lo que respecta a su organización interna como su finalidad en aras del servicio público a los ciudadanos.

4.4.2.- Sujeto Activo: El Funcionario o Servidor Público

En cuanto al concepto de funcionario público Fidel Rojas señala que “es todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público”¹⁰².

Por otro lado, servidor público resulta ser un trabajador o empleado público que trabaja para el Estado, pero no lo representa, ni expresa su

¹⁰¹ Abanto Vásquez Manuel. El tratamiento de los Delitos contra la Administración Pública. Artículo extraído del siguiente link, https://www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc

¹⁰² ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 25.

voluntad, brindando sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos¹⁰³.

En primer lugar, al momento de definir al funcionario público en el marco de los delitos de corrupción debe tomarse en consideración la autonomía del término en el ámbito penal. El contenido del concepto de funcionario público ha tenido un trato diferente según el área del Derecho que lo regula. Por ejemplo, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución y del artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Estas normas establecen una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión). Esta definición ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa¹⁰⁴

En ese sentido podemos ver que el artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta y por otro lado, el artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276) excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta.

No obstante, en el ámbito del derecho penal, “no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado”¹⁰⁵. Así el Derecho Penal tiene por finalidad

¹⁰³ REÁTEGUI SANCHEZ, James; Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal, Jurista Editores, Lima abril 2015, p. 844.

¹⁰⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2001). Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Lima: Palestra, p. 29.

¹⁰⁵ OLAIZOLA FUENTES, Inés. (1997). Concepto de funcionario público a efectos penales. En: Adela ASUA BATARRITA (Coord.). Delitos contra la administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 77.

establecer quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública.

El legislador ha establecido legalmente a quien debe considerarse funcionario o servidor público a efectos penales. Así, el artículo 425 del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30124, publicada el 13 diciembre 2013 señala "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, 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 organismos¹⁰⁶.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

¹⁰⁶ Ahora bien, el numeral 3 considera funcionarios públicos a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado. En este sentido, la norma penal está incluyendo al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público que trabaje ad honorem (caso de la primera dama de la nación que ejerce alguna función pública sin percibir retribución económica), a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante preprofesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal pero sí un vínculo real- material con la función pública. MONTROYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.47.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley¹⁰⁷.

Señala Frisancho Aparicio que, mediante dicho artículo, “se ha delimitado legalmente el concepto de funcionario público elaborado en el Derecho Administrativo del que se utiliza en el ámbito penal. La fórmula utilizada por nuestro codificador no es restrictiva, pues tiene por funcionario o servidor público a los indicados por la Constitución Política y la Ley (inc. 6 Art. 425°). Asimismo, permite añadir en este concepto a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. En definitiva, conforme a nuestro derecho penal es de aceptación un concepto extensivo de funcionario y servidor público que incluye en él tanto a personas que ejercen circunstancialmente una función pública (interinos, eventuales), como a los particulares que eventualmente realizan un servicio público”¹⁰⁸.

No obstante, explica la autora María José Rodríguez Puerta que “la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación efectiva en el ejercicio de la función pública y el segundo, la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto pasivo y la estructura administrativa, un título que habilite al agente para el ejercicio de las funciones públicas, de

¹⁰⁷ El numeral 7 del Código Penal representa una cláusula abierta que se condice con la naturaleza enunciativa, mas no taxativa ni constitutiva, de la lista reconocida por el artículo 425 del Código Penal. Pero, ¿qué implica establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley? ¿Qué norma de rango constitucional o legal nos brinda un acercamiento al concepto de funcionario público del Derecho Penal? De una revisión de nuestro ordenamiento jurídico puede afirmarse que las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55° de nuestra Constitución que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. , Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.48.

¹⁰⁸ PEÑA CABRERA Raúl – FRISANCHO APARICIO, Manuel; Delitos contra la Administración Pública, Editora FECAT. Lima. 200, p. 81

modo tal que se pueda imputar la actividad del sujeto activo al ejercicio de los poderes públicos”¹⁰⁹.

Por otro lado, desde el plano del derecho internacional, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997 señala lo siguiente:

“Artículo I: 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”.

4.4.3.-El titular del bien Jurídico, el sujeto pasivo o la víctima

En relación con la titularidad del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción, existen dos grandes posturas:

4.4.3.1.-Los titulares son los ciudadanos. Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, y afectan los derechos de los administrados y de la colectividad en general¹¹⁰. Una postura contenida en esta tesis es la que considera que la conducta penalmente relevante de un delito contra la administración pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo.

¹⁰⁹RODRIGUEZ PUERTA, María José; El delito de Cohecho: Problemática jurídico penal del soborno de funcionarios, Pamplona, 1999, p. 166.

¹¹⁰ ASUA BATARRITA, Adela. (1997). La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En: Delitos contra la administración pública. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 25.

4.4.3.2. El titular del bien es el Estado. Esta es la posición dominante- y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.

Sobre lo mismo se sostiene Fidel Rojas Vargas que el titular (sujeto de derecho lesionado) del bien jurídico “Administración Pública” es siempre el Estado. Todo delito por acción u omisión siempre afecta a dicho titular, que viene a constituirse así en un sujeto pasivo genérico. No obstante, puede hablarse de un sujeto pasivo genérico: El Estado y un sujeto pasivo específico (directo): la entidad estatal afectada o el funcionario (en determinación de casos delictivos cometidos por particulares¹¹¹.

Por otro lado, no siempre existe identidad entre sujeto pasivo y víctima, así, sujeto pasivo es el titular del bien jurídico agredido y víctima es aquél que resulta directamente agraviado, tal sería el caso del abuso de autoridad, en donde el agraviado es el Estado, pero la víctima es el particular en perjuicio de quien el funcionario público ha cometido un acto arbitrario en extralimitación de sus facultades conferidas por ley.

4.4.4. Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos.

Al respecto mencionaremos los de mayor relevancia, atendiendo a nuestra realidad nacional:

4.4.4.1. El Delito de Cohecho:

Concepto

Abanto Vázquez señala lo siguiente: “El “cohecho”, en su acepción más clásica, consiste básicamente en una especie de

¹¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 13-14

“compraventa” de la función pública (do ut des). Es decir, una especie de contrato ilegal entre el funcionario y otro, en el que ambos acuerdan libre y voluntariamente un intercambio de prestaciones: el funcionario, una determinada actividad o inactividad funcional y el otro, la entrega de un bien o la realización de una prestación a favor del primero. A este núcleo del injusto, contenido en la modalidad de “recibir” o “aceptar” “bienes, dádivas o ventajas” se agrega una modalidad de ejecución (aparentemente) unilateral: el “solicitar”. Esta modalidad, según parte de la doctrina, no implicaría propiamente un “pacto injusto” y, por ello, la parte activa (el particular) ni siquiera tendría que conocer la solicitud para que esta modalidad se vea consumada; pero la “contractualidad sui generis del cohecho (que la distingue de los casos de “exacciones ilegales”) sí podría existir si se exigiera, para la consumación de esta modalidad, que el funcionario haya “solicitado” bajo el supuesto de querer ofrecer algo a cambio de una contraprestación¹¹².

Por otro lado, la característica común de estos es su “bilateralidad” o la naturaleza de “delitos de participación necesaria” ya que, siempre, son dos las partes que intervienen: El funcionario que acepta o solicita el “pago” por la venta de la función pública y el sujeto que compra el “servicio” o recibe el ofrecimiento del funcionario¹¹³.

Bien Jurídico Protegido:

Existe una postura jurisprudencial que indica que el bien jurídico-penal es la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública¹¹⁴. Otra postura, la cual consideramos

¹¹² Abanto Vásquez Manuel. El tratamiento de los Delitos contra la Administración Pública. Artículo extraído del siguiente link, https://www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc

¹¹³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2003). Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano. Lima: Palestra, p. 409

¹¹⁴ DONNA, Edgardo Alberto (Dir), Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública, Buenos Aires, 2004-I, Pág. 390 19

acorde con el modelo de estado constitucional y democrático de derecho, considera que se castiga –fundamentalmente- es la venalidad del funcionario o servidor público, buscando proteger jurídico-penalmente el normal funcionamiento de la administración¹¹⁵

Clases de Cohecho contemplado en el Código Penal Peruano:

En cuanto al delito de cohecho, el Código Penal contempla el cohecho pasivo, (art. 393, art. 394, art. 395, y art. 396 del Código penal) constituido por la acción del funcionario o servidor público que recibe, acepta o solicita una ventaja o beneficio por la ejecución u omisión de un acto funcional. Y también el cohecho activo (art. 397 y 398 del Código penal) integrado por la acción de un particular o hasta de un funcionario público que es el que ofrece, da, entrega, promete o corrompe a través de un medio corruptor que prevé la ley al funcionario o servidor público para obtener de él algún tipo de beneficio.

i. Cohecho Pasivo:

En el cohecho pasivo el funcionario público se limita a recepcionar lo que el cohechante activo le da, o simplemente lo acepta. En estas circunstancias el funcionario público es literalmente “comprado” por el otro, autor de cohecho activo (art. 397 CP) Por definición, “el cohecho pasivo supone un convenio, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario o servidor público”¹¹⁶, siendo esto lo que lo diferencia de la concusión, en donde el funcionario público valiéndose de actos de coacción obliga al particular a que el entregue una ventaja o dádiva en su favor

¹¹⁵ SOLER, Sebastián; Derecho penal argentino, tomo 5, (actualizado por Manuel Bayala Basombrio), Reimpresión total, Buenos Aires, 1992, Pág. 207

¹¹⁶ DONNA, Edgardo Alberto; Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, Santa Fe, 2000, Pág. 243

El legislador consideró tener dos tipos penales de corrupción pasiva, nos referimos al delito de cohecho pasivo propio tipificado en el artículo 393 del CP y el cohecho pasivo impropio tipificado en el artículo 394 del mismo cuerpo normativo. Se ha preferido seguir el modelo del proyecto suizo del Código Penal de 1918 y no el alemán de 1871 que ofrecía una mejor sistematización”¹¹⁷.

i.1. Cohecho Pasivo Propio:

El delito de Cohecho Pasivo Propio, previsto por el artículo 393 del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público que **acepte o reciba** donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas; asimismo al funcionario o servidor público que **solicita**, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas y al funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja.

En cuanto al bien jurídico protegido por este tipo penal, si bien es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, ello es, en tanto sea puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos de corrupción, es decir, “todas las figuras de cohecho implican un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios públicos o a la incitación en el ejercicio de sus propias funciones”¹¹⁸.

¹¹⁷ BENAVENTE CHORRES, Hesbert; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo; Delitos de Corrupción de Funcionarios, Edit. Gaceta Jurídica, Lima – Perú, p. 204.

¹¹⁸ NUÑEZ, Ricardo. Tratado de Derecho Penal. Tomo Quinto, Vol. II, Parte Especial.

A nivel jurisprudencial, no obstante se ha establecido que “...El interés a cuya protección se ha tipificado el delito in comento, en términos genéricos, es el “funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad...”¹¹⁹

La modalidad típica de este delito presenta tres supuestos, debiendo hacer hincapié que deben ser actos cometidos por funcionario o servidores públicos, en el ámbito de su competencia funcional:

a) Aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas.

Aceptar, supone dar la anuencia del ofrecimiento y toma lugar cuando el funcionario admite la entrega del medio corruptor y “recibir implica una efectiva dación, traspaso o entrega de donación, promesa o cualquier otro tipo de ventaja o beneficio, supone una traslación física, el desplazamiento del bien de la esfera de custodia del particular a la esfera de custodia del funcionario público, como el dinero o un artefacto eléctrico o incluso un traspaso inmaterial como acciones, utilidades o depósitos en cuentas corrientes”¹²⁰

Solicitar es el acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor a

¹¹⁹ Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia en el Exp. N° 038-2006 del 5 de julio de 2011

¹²⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial – Tomo V. 1era Edición. Edit. Idemsa, Lima 2010. Pág. 473-474.

alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de su oficio. Solicitar es un verbo de acción, de actividad, que involucra dos sujetos, uno que pide y otro a quien se dirige el pedido. Sin embargo, no es necesario que esta relación se perfeccione, basta que el sujeto especial solicite, no siendo necesario que el receptor del pedido acceda o dé, vale decir, la inexistencia del pacto no hace atípica la figura por cohecho¹²¹.

Por otro lado esta modalidad engloba dos supuestos: el cohecho antecedente que es el referido al acto consistente en realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, “el cual implica que debe existir una trato anterior al acto y entre aquel y el mismo debe mediar una relación de carácter interno: el pago o la promesa han de ser recibidos *para*, es decir, en consideración a una conducta futura del funcionario¹²².

Por otro lado el cohecho subsiguiente, que se materializa cuando el funcionario o servidor público acepta el donativo, promesa o dádiva a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones, es decir, cuando acepta la dádiva o la ventaja indebida en un momento posterior de haber incurrido en el acto lesivo a la legalidad funcional, no existiendo un acuerdo o solicitud previa realizada por un particular. El cohecho antecedente “requiere de un resultado fenoménico, la aceptación o recibimiento por parte del intraneus, de donativo, promesa o venta, importa la modificación del mundo exterior preexistente a la realización típica”¹²³ mientras que el cohecho subsiguiente adquiere perfección delictiva, cuando, luego de faltar a sus obligaciones, el intraneus acepta o recibe el donativo o ventaja entregados por el particular.

¹²¹ ROJAS VARGAS, Fidel. “Los delitos contra la Administración Pública” Lima, Ed. Grijley. 2002. pág. 465

¹²² Citando a SOLER, REATEGUI SANCHEZ, James. Estudios de Derecho Penal Parte Especial. 1era Edición. Edit. Jurista Editores. Lima, junio 2009. pág. 488

¹²³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial – Tomo V. 1era Edición. Edit. Idemsa, Lima 2010. Pág. 475.

b) Solicitar directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.

Este supuesto reviste mayor gravedad que la anterior, debido a que en este caso el funcionario o servidor público solicita, pretende, requiere, al particular, la entrega de un donativo o ventaja indebida. Sin embargo, como refiere Cabrera Freyre, debemos diferenciar este supuesto del delito de Concusión, “pues si la solicitud de la entrega de la ventaja o del beneficio viene precedida por un acto de coacción donde el servidor hace uso de medios intimidatorios se trataría de éste último delito, no pudiendo presentarse como un concurso delictivo”¹²⁴.

A diferencia de la modalidad anterior, este supuesto se perfecciona en el momento en que el agente solicita o requiere a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito, independientemente de que el particular acepte o admite la propuesta ilegal del funcionario¹²⁵.

c) Condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja.

Constituye una agravante del cohecho pasivo simple no por la calidad del agente sino por la forma que adquiere la solicitud del funcionario para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones¹²⁶.

¹²⁴ Ib idem– Tomo V. 1era Edición. Edit. Idemsa, Lima 2010. Pág. 480.

¹²⁵ ~~PEÑA CABRERA FREYRE~~, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial – Tomo V. 1era Edición. Edit. Idemsa, Lima 2010. Pág. 480.

¹²⁶ REATEGUI SANCHEZ, James. Estudios de Derecho Penal Parte Especial. 1era

Edición. Edit. Jurista Editores. Lima, junio 2009. pág. 488.

Al referirse el legislador al acto de condicionar, está haciendo alusión al acto de “ejercer una presión psicológica sobre el particular, quien coartando en su esfera decisoria, acepta entablar el pacto corrupto con el funcionario público”¹²⁷.

En palabras de Salinas Siccha, “condicionar significa que el agente le afirma a un tercero que si le entra un donativo realizará el acto funcional en su perjuicio”¹²⁸. Para la consumación de este delito no es necesario acreditar que el particular haya aceptado entregar el donativo o la ventaja, por tratarse de un delito de mera actividad, que no requiere de la prestación favorable del extraneus.

Podemos verificar que esta última modalidad, tiene los mismos componentes del tipo penal de concusión, suscitándose una zona gris, ya que para resolver esta ambigüedad tendríamos que recurrir a las reglas de aplicación del concurso aparente de leyes.

En la conducta del agente, siempre funcionario o servidor público debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, promesa o ventaja o beneficio; si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de cohecho pasivo no aparece.

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, no siendo debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo, la cantidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o

¹²⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial – Tomo V. 1era Edición. Edit. Idemsa, Lima 2010. Pág. 478.

¹²⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Edit. Justitia – Grijley. Lima, 2009. Pág.436.

promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc¹²⁹

La promesa se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediano o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material o jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa¹³⁰.

La Ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente por realizar un acto propio de su cargo sin quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, documentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.¹³¹

Estamos frente a un tipo especial, por lo que la condición de funcionario o servidor público es necesaria. El sujeto pasivo será la Administración Pública, dado que lo que se vulnera es la imparcialidad funcional como componente de la correcta función de la Administración Pública.

Tanto en el supuesto de “aceptar”, “recibir”, “solicitar” o “condicionar” se va a exigir siempre el dolo directo, no

¹²⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2002

¹³⁰ ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2002

¹³¹ SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Tercera Edición, Edit. Grijley, Lima, abril 2014. p.500.

consideramos que sea posible un dolo eventual. El sujeto activo debe conocer y querer, además de los otros elementos del tipo, la finalidad o destino del bien donado, prometido o cualquier otra ventaja indebida.

Se trata de una serie de supuestos de mera actividad, puesto que se consuma con la aceptación o recepción del donativo, promesa o ventaja pero no cabe tentativa. O lo acepta y entonces el delito se consuma, o no y en ese caso solo hay cohecho activo consumado, el del particular¹³²

i.2. Cohecho Pasivo Impropio:

El artículo 394° del Código Penal, que tipifica el delito de cohecho pasivo impropio, sanciona al funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado; o al que aja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado.

En la doctrina penal sigue habiendo discrepancias en cuanto al objeto de protección en este delito de cohecho. Básicamente, podemos exponer dos de estas posiciones:

El bien jurídico específico es la honradez o integridad de la condición de funcionario público¹³³. Esta postura que no es compartida por los autores de este Manual, dado que la utilización de conceptos como la “honradez” o “integridad” referidas a la condición de funcionario público resultan demasiado subjetivas.

¹³² MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal. Parte Especial, 13 Ed., Tirant I Blanch, Valencia, 2001, p. 960.

¹³³ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, N° 17, (2006) p. 137

El bien jurídico específico es la gratuidad o no venalidad de la función pública, dado que cuando se trata de un cohecho pasivo impropio no se pone en peligro alguno el servicio público, pues el acto realizado o por realizar es lícito, propio del cargo del funcionario, siendo esta la postura a la que nos adscribimos.

En el Cohecho Pasivo Impropio, lo que se reprime es la conducta del funcionario o servidor público que aún cuando está actuando conforme con el ejercicio de su función, es decir su actuación no está proscrita no constituye una violación de sus funciones, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada previamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario.

Por lo tanto, este delito requiere necesariamente –como en el cohecho pasivo propio- de un trato previo. Alcanzará con la aceptación de una promesa o con la recepción por ejemplo del dinero u otra dádiva encaminada a los objetivos establecidos en la ley. En otras palabras, se trata que los objetos corruptores: donativo, promesa o cualquier otra ventaja envilezca y desprestigie la función pública. En ese orden de ideas, tenemos que el límite entre el cohecho pasivo propio e impropio se encuentra en la frase “sin faltar a su obligación” o incluso en recibir, aceptar o recibir donativo, ventaja o un beneficio indebido luego de haber realizado ya su obligación.

Al igual que en el cohecho pasivo propio, estamos frente a un tipo especial, por lo que la condición de funcionario o servidor público es necesaria. El sujeto pasivo será la Administración Pública, dado que lo que se vulnera es la imparcialidad funcional como componente de la correcta función de la Administración Pública.

Tanto en el supuesto de “aceptar”, “recibir” o “solicitar” se va a exigir siempre el dolo directo, no consideramos que sea posible un dolo eventual o negligencial. El sujeto activo debe conocer y querer, además de los otros elementos del tipo, la finalidad o destino del bien donado, prometido o cualquier otra ventaja indebida.

Al ser conductas de mera actividad, no es posible la tentativa.

4.4.4.2.- El Delito de Peculado:

Redacción en el Código Penal Peruano:

El delito de Peculado, previsto por el artículo 387 del Código Penal sanciona al 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.

Al respecto, es menester señalar que constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Asimismo también contempla una modalidad culposa, la cual se origina cuando el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, no obstante, sólo será materia de análisis la modalidad dolosa.

Bien Jurídico Protegido:

Como lo indica ABANTO VÁSQUEZ, “...en el delito de Peculado existen varios aspectos del bien jurídico que resultan verse afectados, entre estos tenemos el correcto funcionamiento de la administración pública, el patrimonio del Estado y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública...”¹³⁴

¹³⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “*Los delitos contra la Administración Pública*”. Palestra – Editores. Lima, 2003. p. 331.

criterio que es compatible con lo señalado en el Acuerdo Plenario 04-2005-CJJ-116 cuando indica: "...Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el Peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: a) garantizar el Principio de la no Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad..."¹³⁵.

Al respecto, a nivel jurisprudencia existen diversos pronunciamientos, así se ha señalado que "Esta figura delictiva tiene como objeto de tutela, en términos globales, proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, al igual que todas las demás figuras contempladas en el Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos. Se trata de un delito pluriofensivo, cuyo bien jurídico protegido se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público"¹³⁶.

¹³⁵ Fundamento 7) Acuerdo Plenario 04-2005-CJJ-116.

¹³⁶ Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 011-2001, del 8 de agosto de 2006.

Tipicidad Objetiva *Caso Crousillat*

Siguiendo los lineamientos establecido por el citado Acuerdo Plenario 04-2005-CJJ-116, tenemos que al describir la acción dolosa, se utilizan dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo; apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud los elementos materiales del tipo penal, estos son: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) La percepción, administración o custodia; c) Modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) Destinatario, para sí o para otro; y e) objeto de la acción: los caudales o efectos

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

Para la existencia del delito en cuestión no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa, dado que *es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica*, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; en otras palabras la *competencia funcional específica* sobre los referidos bienes, efectos o caudales, los mismos que se constituyen como Patrimonio Público del Estado.

b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita; la administración, que implica funciones activas de manejo y conducción y la custodia que importa la típica protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) Apropiación o Utilización

En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

Como ejemplo de esta modalidad cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003. Allí se argumenta que *"conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora, asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para aperturar una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento"*

En el segundo caso, utilizar se refiere a aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o. propósito de quedarse o adueñarse sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero¹³⁷

d) El destinatario, siendo que el sujeto activo puede actuar por cuenta propia apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a tercero y

e) Caudales o efectos, los primeros son bienes en general de contenido económico incluido el dinero, mientras que los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Sujeto Activo y Sujeto Pasivo:

El tipo penal en comento se configura cuando el funcionario público se apropia o utiliza de manera indebida, de un bien, efecto o caudales que se le ha confiado por razón de su cargo; debiendo precisarse que este delito constituye un delito especial que exige una calificación específica al sujeto activo que es la de ser *funcionario o servidor público*¹³⁸, restringiendo de esta manera la órbita de la autoría sólo a estos sujetos cualificados; asimismo se trata de un delito de *infracción de deber* porque el fundamento de la responsabilidad penal, en concepto de autor, no radica en el dominio sobre el riesgo normal (manejado para

¹³⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la Administración Pública". Cuarta Edición. Editorial Grijley, Lima, 2007. P. 336

¹³⁸ Cfr. "...Para la configuración del delito de peculado es requisito indispensable, que el sujeto activo del delito sea funcionario o servidor público...".ejecutoria Suprema del 10/03/92, recaída en el Exp. N° 394-91. LIMA, ROJJAS PELLA, Carmen. Ejecutorias Supremas Penales 1993-1996, Lima, Legrima 1997, p. 240.

casos de delitos de omisión), sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado y otorgado institucionalmente y que afecta *sólo al titular de un determinado status o rol especial*¹³⁹.

Sujeto pasivo siempre será el Estado, no obstante, si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo ésta se constituye en agraviado y no el Estado.

Tipo Subjetivo:

El Peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de no lesionar el Patrimonio del Estado, en consecuencia, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo, no obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente infringe y lesiona el deber de no lesividad impuesto¹⁴⁰

Consumación y Tentativa:

La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando éste incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal, o en su segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto, en ambos casos el delito produce perjuicio patrimonial a la administración pública

Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en

¹³⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Citado por: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “*Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*”. 2004. p. 23. Asimismo, RUEDA MARTÍN, María Angeles. “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”. En: Revista peruana de ciencias penales. N° 12. Lima, 2002, pp.426-427

¹⁴⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, Tercera Edición, Edit. Grijley, Lima, abril 2014. p.500

que éste recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumado el delito.

Por último, el tipo no requiere que necesariamente se produzca, para consumir el delito, provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero.

4.4.4.3.-El Delito de Tráfico de Influencias:

Redacción en el Código Penal Peruano:

El delito de Tráfico de Influencias, previsto por el artículo 400 del Código Penal, sanciona a todo aquel que, invocando o teniendo influencias recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Bien Jurídico Protegido:

La determinación del bien jurídico protegido por esta figura delictiva no ha sido un tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia penal. Principalmente, se pueden identificar cuatro posturas teóricas sobre el particular:

1. Teoría del “prestigio o buena imagen de la administración pública”:¹⁴¹ Sostiene que el bien jurídico específico del delito sería el “prestigio o buena imagen de la administración pública”. Esta teoría es criticada, porque el objeto de protección no encaja con el modelo de administración pública que un Estado social de Derecho como el peruano posee, que plantea una concepción de la administración pública centrada en la relación función pública-ciudadano. La administración pública

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. (2001). Derecho penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 981

(o su prestigio) no puede ser objeto de protección en sí misma, sino que se protege en tanto constituye el medio a través del cual el Estado realiza su labor social prestacional.

2. Teoría de “la imparcialidad de la función pública” o el “patrimonio personal”: Según esta teoría, no existe solo un bien jurídico protegido en la figura de tráfico de influencias, sino dos: la imparcialidad de la función pública y el patrimonio personal. En la modalidad de tráfico de influencias reales se pondría en peligro el principio de imparcialidad funcional, mientras que en la de tráfico de influencias simuladas lo que se ataca es el patrimonio personal.¹⁴²

3. Teoría de la imparcialidad. Según esta teoría, el único bien jurídico protegido por todas las modalidades de tráfico de influencias es el principio de imparcialidad funcional. La imparcialidad se vería menoscabada en la medida en que el vendedor de influencias pone en peligro (concreto o abstracto) con su actuación la del desempeño imparcial del cargo del funcionario con potestades jurisdiccionales¹⁴³.

4. Teoría de la institucionalidad de la administración pública. El delito de tráfico de influencias no sanciona el mero hecho de poseer influencias, sino que establece como riesgo prohibido el invocar influencias existentes o no, con el fin de comunicar de manera verosímil la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública. La “institucionalidad” debe ser entendida como “el mandato constitucional de preservar una institución vital de la sociedad, ampliamente influenciable, de ataques periféricos (porque no atacan al núcleo de su decisión o gestión, como sí sucede en la

¹⁴² SAN MARTIN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA. (2003). Delitos de tráfico de influencias, Enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista Editores, p. 33 y ss

¹⁴³ MONTOYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.144.

colusión o el cohecho, por ejemplo) que coadyuvan a una cultura de corrupción, y que político-criminalmente es necesario frenar”. El bien jurídico “institucionalidad de la administración pública” (administración pública objetiva, legal y prestacional) es un bien jurídico muy cercano al bien jurídico categorial (correcto funcionamiento de la administración pública), justamente porque las conductas que pueden encajar en este delito son, como ya se señaló, periféricas. Por estos motivos, el delito de tráfico de influencias no implicaría la tipificación de un adelantamiento de la barrera de punición, sino que se trataría de un delito autónomo¹⁴⁴

Tipo Objetivo

La modalidad típica de este ilícito penal requiere:

a) Una persona que invoque influencias reales o simuladas, siendo estas ofertas lanzadas por el sujeto activo del delito para obtener los beneficios que contemplan la figura penal. “Estas influencias pueden basarse en nexos familiares o amicales con el funcionario o servidor, relaciones de trabajo o favores debido por dichos sujetos especiales al agente del delito, situaciones de prestigio o autoridad que nacen de la posición económica social, política, partidaria, administrativa, etc., del sujeto activo del delito (influencia real) o también en la falsa percepción generada en el que da o promete sobre los poderes del invocante, quien se jacta o ufana de influencias (relaciones- vinculaciones, posiciones de autoridad moral, etc) aparentes sobre los funcionarios o servidores públicos aludidos en el tipo penal, que en realidad son inexistentes”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ GUIMARAY MORI, Erick. (2015). Sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias. En: Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico en el siglo XXI. Serie Ciencias Penales y Criminológicas. Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. La Habana: Unijuris, p. 249.

¹⁴⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 3RA Edición. Edit. Editora Grijley. Lima 2007. Pag. 402

Debemos hacer hincapié en que hasta aquí el hecho típico aún no se ha perfeccionado, los actos están en su fase inicial, ya que la simple oferta es un acto preparatorio, el pacto subsiguiente es ya ejecución del delito.

b) El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, pudiendo ser para que éste ejecute un acto contrario a sus obligaciones, es decir, en lesión a la legalidad o, de un acto propio del cargo, sin faltar a sus obligaciones.

Por otro lado la persona sobre quien el traficante de influencias va a interceder, tiene que tratarse necesariamente de un funcionario o servidor que tenga bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial o administrativo, que indudablemente se refiere “a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo.”¹⁴⁶

c) Que reciba, haga dar o prometer de otro, para sí o para un tercero, un donativo, siendo este presupuesto de importante valoración, pues si a la invocación de las influencias por parte del autor, no viene acompañado por la recepción, hacer dar o prometer, para sí o para un tercero, donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio, simplemente el delito no se perfecciona, al constituirse los medios corruptores en

¹⁴⁶ Ejecutoria Suprema del 23 de julio de 2003. R.N. 11-2001 Lima. Pérez Arroyo, Miguel. La Evolución de la Jurisprudencia en el Perú 2001-2005, Tomo III, Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Iuris Consulti. Edit. San Marcos, 2006, pág. 1502

elementos necesarios para el juicio de desvalor de la conducta. Aquí debemos tener en cuenta dos aspectos:

Primero que el agente ejecuta una conducta de emprendimiento, donde él le sugiere al comprador de humos, la entrega o promesa del donativo y así interceder a su favor ante un funcionario o servidor público, que éste conociendo su caso, invocando influencias (reales o simuladas) y

Segundo, por parte del comprador de influencias, su conformidad, su aceptación, de comprar las influencias, en tanto debe aquella entregar, dar o prometer la ventaja o el beneficio al autor del delito. Esta situación genera que el delito en mención se configure como un delito de participación necesaria, pues, si el tercero no acepta formar parte de la negociación ilícita, no hay posibilidad de que verifique la realización típica^{147..}

Consumación:

El delito se consuma al haberse producido la entrega del donativo, o dado la promesa de donativo o cualquier otra ventaja para que el traficante interceda. La redacción legal de la figura en estudio no incluye como un componente material típico que el traficante de influencias haya llevado a la práctica el ofrecimiento, o que se haya conseguido el propósito buscado con la intercesión, por lo que, ocurra o no, el delito ya se ha consumado. Por último, debemos referir que el delito se consuma al recibir el sujeto activo del delito el donativo (primera modalidad) o al hacer dar para sí o un tercero donativo, promesa o cualquier ventaja (segunda modalidad), o al hacer prometer para sí o un tercero donativo o cualquier ventaja (tercera modalidad). La primera modalidad alude a la iniciativa

¹⁴⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial – Tomo V. Edit. Idemsa. Lima – 2008. Pág. 594

del interesado, las dos siguientes a la del traficante. Por otro lado las formas de tentativa son perfectamente configurables, ya que existirá tentativa mientras no se produzca la dación de los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier ventaja).

4.4.4.4.- El delito de Colusión:

Redacción en el Código Penal Peruano:

El delito de COLUSIÓN SIMPLE previsto por el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, se configura cuando el sujeto activo (Funcionario Público) que interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras, servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defrauda o planea defraudar patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley.

Asimismo el delito de El delito de COLUSIÓN AGRAVADA previsto por el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, modificado el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, sanciona a todo aquel Funcionario Público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley.

Bien Jurídico Protegido:

Existen diferentes posturas respecto al bien jurídico tutelado del delito de Colusión:

Una primera postura considera que la administración pública deposita en el funcionario una confianza en la gestión de determinados recursos públicos, la misma que queda plasmada en una serie de deberes para con la Administración¹⁴⁸. Aquí el vínculo puede ser graficado de la siguiente manera: Funcionario-Administración; lo cual ha generado que muchas veces se nombre de distintas formas esta relación para hacer referencia al mismo bien tutelado: fiel desempeño del cargo, la incorruptibilidad del funcionario, infracción de deber o la fidelidad, lealtad o probidad en el cargo¹⁴⁹. En ese sentido, lo que se protege es la vigencia y preservación de los deberes de lealtad, y en algunos casos profesionalismo probidad, del funcionario¹⁵⁰. Con ello se quiere decir que la norma penal está direccionada al mantenimiento del lazo Administración-funcionario, en que dicho vínculo no se quebrante con la inobservancia por parte del funcionario en el cumplimiento de sus deberes. Así, ya a nivel administrativo se observa que en los reglamentos internos se exige del funcionario una actuación honesta para con la administración¹⁵¹.

La otra postura sostiene que más que la probidad de la actuación del funcionario, lo que se trata de proteger es una actuación del mismo conforme a principios de legalidad dentro de la relación de la administración con terceros, en el marco de contrataciones públicas¹⁵². Quiere decir que lo que se valora es el papel imparcial de la actuación del funcionario en los

¹⁴⁸ LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coord.). Madrid, Akal, 1990. p. 734.

¹⁴⁹ . DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, N° 17, (2006) p. 93-94

¹⁵⁰ FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, A. Raúl. Tratado de Derecho Penal. Delitos Contra la Administración Pública. Lima, Ed. Fecat. 2002. p. 284.

¹⁵¹ Al respecto, tenemos en el art. 4. de la Ley de Contrataciones del Estado peruano, aprobado mediante D.L. N° 1017, que establece los principios que rigen las contrataciones, entre ellos el de Moralidad, por el cual se exige del funcionario una actividad honrada y proba.

¹⁵² CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de colusión. Lima, Ed. Grijley, 2008. p.65.

procesos de contratación de bienes o servicios a favor del Estado¹⁵³.

Un tercer sector doctrinal considera que el bien jurídico primordial a proteger en el delito analizado no viene a ser otro que el patrimonio estatal. Llegan a esa afirmación al considerar que nos encontramos en la parcela de la administración pública encargada de los gastos e ingresos patrimoniales del Estado, para la satisfacción de necesidades colectivas. De ello se deriva que el delito se circunscribe a la conducta del adecuado manejo del patrimonio estatal, resultando necesario la protección del mismo¹⁵⁴.

Por último, y como doctrina minoritaria, encontramos la posición que, partiendo del sistema funcional-normativista, establece que lo protegido por la norma penal es la expectativa que la sociedad tiene sobre la Administración (representado por el funcionario) en cuanto al adecuado manejo del patrimonio estatal en las transacciones comerciales (sean de ingresos o egresos). En ese sentido, existe por parte de la sociedad, en un inicio, la expectativa de que la administración pública desarrolle sus actividades acorde con las finalidades que se le exigen, que en forma general sería el de su correcto o adecuado funcionamiento; y en forma específica, la del adecuado desarrollo de las los contratos o liquidaciones públicas -en general compra o venta de bienes o servicios-. Por ello, exige la sociedad que el funcionario -que representa a la administración- actúe en el marco de sus deberes, no defraudando el interés patrimonial del Estado. Es así, que el legislador ha establecido, para la adecuada protección de la mencionada expectativa, la prohibición de concertaciones

¹⁵³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. 2da. Ed. Lima, Palestra, 2003. p.309

¹⁵⁴ MAYER LUX, Laura. El patrimonio del estado como objeto de protección penal, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX. 2do Semestre. Valparaíso, PUCV, Chile, 2007. p. 231

ilícitas entre funcionario y particular interesado en las contrataciones estatales, que se enmarquen en un peligro de defraudación para el patrimonio estatal¹⁵⁵.

En Perú, parte de esta posición Percy GARCÍA CAVERO, al considerar que el Derecho penal no protege bienes sin más, sino relaciones normativas (expectativas), y que para el caso en estudio no sería otro que la expectativa que se tiene sobre la actuación beneficiosa por parte del funcionario en cuanto a la disposición del patrimonio estatal en la adquisición de bienes o servicios, excluyendo la participación de terceros que perjudiquen al Estado¹⁵⁶.

Al respecto, consideramos que el bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este, ello de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado que en su artículo 4 establece los principios que deben orientar la actuación de los funcionarios públicos en las contrataciones. Debe partirse de la premisa que afirma que la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos buscan satisfacer las necesidades y condiciones mínimas o básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Ver JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2da Ed. Madrid, Marcial Pons ed. 1997. pp. 226-227

¹⁵⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. "El delito de colusión". Lima, Ed. Grijley, 2008p. 21-22

¹⁵⁷ MONTOYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.137.

Tipicidad Objetiva:

Al respecto tenemos que el núcleo rector del delito de colusión desleal consiste “en que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el Principio de Confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionamiento de roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado”¹⁵⁸.

El ilícito penal en referencia, en su configuración típica objetiva tiene como uno de sus elementos centrales a la concertación¹⁵⁹, “la cual debe producirse entre el sujeto investido de función pública con una persona extraña a la Administración Pública, conocida como *extraneus*, la concertación, consiste en la puerta de acuerdo entre el funcionario o el servidor con los interesados en contratar con el Estado”¹⁶⁰.

Sobre lo mismo Manuel Abanto Vásquez, refiere: “...ahora bien, el término “concertación” implica mucho más que “convenio” o “contrato” , para que se dé basta cualquier conducta del funcionario destinada a ponerse ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en el contrato o acto que se requiere celebrar...”¹⁶¹.

Asimismo, la acción de la concertación a su vez necesita de dos elementos indispensables: a) Clandestinidad: Es decir debe

¹⁵⁸ Ejecutoria Suprema del 03/03/2009, R.N. Nº 4661-2007-UCAYALI. ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal Dos Décadas de Jurisprudencia Tomo III. Ara Editores. Lima – 2012. pág. 197

¹⁵⁹ El término concertación implica elevar el precio de la contraprestación privada, aceptar bienes de menor calidad, omitir el cobro de penalidades, pactar y cobrar comisiones ilegales para la adjudicación de la buena pro, etc REATEGUI SANCHEZ, James. Estudios de Derecho Penal Parte Especial. 1era Edición. Edit. Jurista Editores. Lima, junio 2009. pág. 381

¹⁶⁰ REATEGUI SANCHEZ, James. Estudios de Derecho Penal Parte Especial. Primera Edición. Jurista Editores. Lima, junio de 2009. pág. 376.

¹⁶¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Delitos Contra la Administración Pública”. Palestra. Editores, 2003. p. 311

caracterizarse por ser subrepticia o simulada a fin de ocultarla o disimularla, logrando así un fin ilícito

b) Carácter defraudatorio: Lo que implica que, para que la concertación cumpla con las exigencias de subsunción típica, es menester que tenga naturaleza defraudatoria con relación a los intereses del Estado. "La defraudación de los intereses a través de actos de concertación implica una violación de los deberes inherentes a sus cargos, ya que éstos debían actuar a nombre y en representación del Estado, protegiendo o promoviendo sus intereses, logrando con ello resultados favorables y beneficiosos en los convenios o contratos suscritos con la otra parte contractual que se encuentra representado por particulares o interesados. En tal sentido para considerar defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación"¹⁶².

Por último, otro de los elementos típicos del delito de colusión es el perjuicio típico a los intereses del Estado como consecuencia de la contratación entre el funcionario público y el interesado, siendo que el supuesto típico analizado (segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal exige un perjuicio efectivo o verificable al patrimonio estatal, pues nos encontramos ante una modalidad típica de resultado.

¹⁶² REATEGUI SANCHEZ, James. Estudios de Derecho Penal Parte Especial. Primera Edición. Jurista Editores. Lima, junio de 2009. pág. 376.

Sujeto Activo y Sujeto Pasivo:

El tipo penal indica que el autor será aquel funcionario o servidor público que se colude interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo. Una interpretación restrictiva considera que el sujeto activo solo puede ser aquel funcionario o servidor que tenga como competencia suscribir el contrato. No obstante, la interpretación más adecuada sería una más extensiva que establece que el autor debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes, etc. Es decir, no es necesario que este pertenezca específicamente al comité de selección o sea quien suscriba solamente el contrato. Esto se ve favorecido por la nueva redacción del tipo penal que señala: “El funcionario que interviniendo (...) indirectamente (...)”. Lo penalmente relevante es que el funcionario tenga legitimidad para intervenir sobre la decisión acerca de quiénes serán los particulares beneficiados por la concertación ilegal¹⁶³.

Sujeto Pasivo, siempre será el Estado.

Tipicidad Subjetiva:

En lo pertinente, al aspecto subjetivo, la configuración del delito de colusión exige el dolo. El conocimiento efectivo de los componentes de la tipicidad subjetiva es un requisito fundamental, pues su desconocimiento acarreará una cancelación de la punibilidad.

¹⁶³ MONTOYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.137.

2.10.5.6. Consumación:

En cuanto a la Colusión Simple, al hacer alusión a que "...mediante concertación con los interesados, defrauda o planea defraudar patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado...", está configurando una conducta de peligro, no exigiéndose que la defraudación se materialice.

En cuanto a la Colusión Agravada al hacer alusión a que "...mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado...", está configurando una conducta de peligro, exigiéndose que la defraudación se materialice.

4.4.4.5.-El delito de Negociación Incompatible:

- Redacción en el Código Penal

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."

- Bien Jurídico Protegido

La Corte Suprema, sobre el delito analizado, ha señalado lo siguiente: "Que el bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente – no debe asumir un

interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública – y en sujeción a los intereses públicos (tiene un deber especial y la infracción del mismo los hace merecedor del reproche penal). El tipo penal para su perfección no demanda la concurrencia de un perjuicio potencial o real para el Estado, pues como se anotó “ut supra”, el interés indebido está referido esencialmente al específico deber de imparcialidad en la actuación del agente especial, quien no puede actuar en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Esto significa que en algunos casos la propia Administración Pública puede ser beneficiada con la irregular intervención del funcionario o servidor público”¹⁶⁴.

- **Modalidad Típica**

El delito de Negociación Incompatible se encuentra previsto en el artículo 399 del Código Penal, el mismo que se configura cuando el agente, en su condición de funcionario o servidor público, se interesa indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

Respecto a la figura típica podemos apreciar que esta a su vez engloba tres conductas:

- i) interesarse de forma directa, lo que implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria, ejecución, etc., del contrato u operación, o en cualquier momento de la negociación,
- ii) interesarse en forma indirecta es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico del uso de

¹⁶⁴ Bermúdez Tapia, Manuel. Jurisprudencia actual de la Corte Suprema 2010-2014. Ed. Ediciones Legales. Lima. 2015. Tomo I, pág. 230. R.N. N° 1318-2012-Lima.

testaferros), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen de hecho niveles de injerencia, quienes se ubican en el ámbito de los actos de dominio y control del sujeto activo del delito para sus fines ilícito y

iii) interesarse mediante acto simulado es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales.

Para que se produzca el delito de Negociación Incompatible debe presentarse un conflicto de compatibilidades. El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional. Ni el Estado está representado por el sujeto especial, ni éste cumple con las obligaciones de su cargo: el interés personal entra en colisión con el interés de la administración pública, circunstancias en las cuales el control estatal, primero administrativo y -de reunir las características de relevancia luego el penal, interviene¹⁶⁵.

-

- **Sujeto Activo y Pasivo**

El sujeto activo es el funcionario o servidor público con facultades o competencia para intervenir, que nace en razón a su cargo, o al contrato u operación; de no existir vinculación en razón al cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho será atípico de esta figura; por otro lado en cuanto al sujeto pasivo tenemos a uno genérico que es el Estado; por otra parte las diversas reparticiones

¹⁶⁵ Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 3ra Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 411.

públicas o estrictamente estatales pueden constituirse en sujetos pasivos específicos directamente afectados en grado de peligro por el comportamiento ilícito del funcionario o servidor público, y a quienes beneficiará la reparación civil.

4.4.4.6.- Delito de Enriquecimiento Ilícito

- Redacción en el Código Penal Peruano

"Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejudicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

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

- Bien Jurídico Protegido

El artículo 401° del Código penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la

nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con dinero del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo patrimonial como dato material se concluye la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público¹⁶⁶

Si bien es cierto que como categoría genérica se tiene a la administración pública como bien jurídico tutelado, lo que se afecta con la perpetración de las conductas típicas de este delito son la funcionalidad, el prestigio, la dignidad y la confianza de la función pública, y la actuación de los agentes que lo integran¹⁶⁷.

- **Modalidad Típica:**

El artículo 401° del Código penal sanciona al funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, lo que ha sido criticado pues no se describe una conducta peligrosa para los bienes antes señalados, sino una simple “situación” o “estado económico”. Como acota SANCINETTI, “enriquecerse” no es un comportamiento, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2; esto constituye, naturalmente, “un hecho jurídico” en el sentido del Código Civil, pero no un “hecho” en el sentido del Derecho penal de acto (acción u omisión punible), porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta. Bajo esa comprensión y al no evidenciarse un contenido del injusto, en términos de lesión o

¹⁶⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit, pp. 614-615.

¹⁶⁷ LIZARNOTEGUI PINASCO, Alfonso “Análisis del delito de enriquecimiento ilícito”. En Dialogo con la jurisprudencia N° 124, Gaceta jurídica, Lima, enero 2009, p. 239

puesta en riesgo de bienes jurídicos, estaríamos frente a una manifestación de “Derecho penal de autor” incompatible con la exigencia constitucional de lesividad que se deduce del artículo 44° de la Carta Magna y se recoge expresamente en el artículo IV del Código penal¹⁶⁸.

La delimitación de la expresión “ejercicio de sus funciones” del artículo 401° del Código penal debe efectuarse con un criterio amplio y restringido a la vez, extenso en el sentido de tomar en cuenta aquellas situaciones no previstas en otros tipos penales dado el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito, y restringido en orden a descartar la relevancia penal de aquellas conductas totalmente desvinculadas de la función, es decir cuando el funcionario actúa como particular¹⁶⁹.

La expresión “ejercicio de sus funciones” permite que “sean punibles también aquellos casos en los que el funcionario o servidor público actúe excediéndose de las facultades y prerrogativas propias del cargo así como en las situaciones en las que fuera del ejercicio de sus funciones actúe premunido de estas facultades, es decir se vale de su cargo para sus propósitos lucrativos, aún cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete”¹⁷⁰

Al respecto Galvez Villegas refiere que “no puede sostenerse que ante el incremento patrimonial del funcionario o servidor público, determinemos la tipicidad sin haber establecido (...) que dicho incremento ha sido ilícito, al haber utilizado el funcionario o servidor su cargo para lucrar indebidamente y a costa de la funcionalidad de la administración pública”¹⁷¹

¹⁶⁸ Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, pp. 142-143

¹⁶⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, p. 197.

¹⁷⁰ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito. Idemsa, Lima, 2001, p. 153

¹⁷¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob cit, p. 152.

El material probatorio actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo público en relación a los detentados o tenidos después del ingreso al mismo. En los casos que el incremento patrimonial recién se patentice ulteriormente al término o después del ejercicio de la función o empleo, el enriquecimiento deberá estar en vinculación causal con el período de ejercicio funcional¹⁷²

El delito de Enriquecimiento Ilícito no exige una conexión causal-temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio de las funciones, sino un nexo de imputación jurídico– penal, el incremento patrimonial debe ser objetivamente atribuible al ejercicio de la función pública, ya sea como funcionario o servidor. No está comprendido en el tipo el enriquecimiento anterior aunque se haya motivado en el ulterior desempeño el cargo (por ejemplo, dádivas que se ofrecen al futuro funcionario en atención al cargo que va a desempeñar)¹⁷³.

En cuanto a la carga de la prueba, cuando la ley habla de “no poder justificar razonablemente”, el significado complejo del término alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, ya provenga de una negativa, expresa o implícita (no contestar el requerimiento), ya de la imposibilidad de probar esa procedencia (insuficiencia de justificación); por supuesto que dentro del concepto de justificación debe considerarse comprendida la prueba de la inexistencia del enriquecimiento atribuido. Como se ve, la acción está constituida por la de no probar la procedencia del enriquecimiento, o en no hacerlo suficientemente; lo que la ley

¹⁷² ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit, p. 616.

¹⁷³ CREUS, Carlos. Delitos contra la administración pública. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 420

de ningún modo exige es que se pruebe el origen lícito del incremento; si nos atenemos a la ubicación del delito y al bien jurídico protegido, veremos que lo que se requiere es que se acredite una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función; si el funcionario o el ex funcionario prueba que el enriquecimiento proviene de la comisión de un delito ajeno a su desempeño funcional, eventualmente podrá ser condenado por éste último, pero no por el enriquecimiento ilícito¹⁷⁴

- **Sujeto Pasivo:**

El sujeto pasivo en el delito de enriquecimiento ilícito es el Estado. Frente a la posición de que el particular es sujeto pasivo secundario si otorga una ventaja privada, ello no debe admitirse porque de comprobarse tal entrega el particular podría ser autor o partícipe de otro delito contra la administración pública (por ejemplo, de cohecho activo), en cuyo caso no podrá recurrirse al tipo subsidiario de enriquecimiento indebido¹⁷⁵.

- **Tipicidad Subjetiva:**

El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de incrementar el patrimonio ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. El tipo penal no exige ánimo de lucro o tendencia interna trascendente, conforme indica , pues además de no ser una exigencia del tipo, con ello se estaría restringiendo innecesariamente el ámbito de tipicidad

¹⁷⁴ CREUS, Carlos. Ob cit, pp. 418-419

¹⁷⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, p. 183.

del delito, excluyéndose comportamientos y resultados de enriquecimientos referenciales en la simple conducta dolosa¹⁷⁶

- **Consumación:**

El delito de Enriquecimiento Ilícito es de comisión activa y de resultado que se perfecciona con el real incremento significativo y contrastante del patrimonio del sujeto público, por medio de fuentes no conformes a derecho, en un contexto de vinculación por el ejercicio del cargo público durante un periodo temporal definido¹⁷⁷

También la admisión de la tentativa en el enriquecimiento ilícito genera controversia en la doctrina nacional. La postura mayoritaria admite la tentativa, incluso cuando el enriquecimiento opera instantáneamente, a través de un solo acto, o ante “incrementos fronterizos con los incrementos significativos”, pero sobre todo si el enriquecimiento se produce a lo largo del tiempo¹⁷⁸

4.4.5.-Los delitos contra la Administración Pública como delitos especiales

Como se ha visto, el elemento del tipo “funcionario público” es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente,

¹⁷⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob cit, p. 623.

¹⁷⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, Tercera Edición, Edit. Grijley, Lima, abril 2014. p.626

¹⁷⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob cit, pp. 248-249

como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales¹⁷⁹.

Muchos tipos penales de los delitos contra la administración pública están contruidos como “delitos especiales”, es decir, solamente pueden ser cometidos por sujetos que reúnan una cualidad determinada (los “intranei”), mientras que los que no reúnan tal cualidad (los “extranei” o “extraños”), ya por mandato de la ley, no pueden cometer tal delito especial como “autores”. Además, los delitos especiales pueden presentarse como “propios” o como “impropios”. Los delitos especiales “propios” son aquellos en los que el injusto penal se basa decisivamente en la cualidad especial de quien comete los hechos; p. ej. en el C. P. peruano, el “prevaricato” (art. 418), el “abuso de autoridad” (art. 376 y ss.), la “malversación de fondos” (art. 389) o el “cohecho” (art. 393 y ss.) del

C.P. peruano. No existe un tipo común similar a estos. En cambio, en los delitos especiales impropios la cualidad no constituye, sino solamente agrava el injusto penal ya existente; o sea, existe ya un tipo penal común al cual se puede recurrir en caso de no existir tal cualidad en el autor; ello ocurre, en el C. P. peruano, con el “peculado” (art. 387) que puede verse como un caso agravado del “hurto” (art. 185) o de la “apropiación indebida” (art. 190); o la “concusión” (art. 382) en relación con las coacciones (art. 151) o la “estafa” (art. 196¹⁸⁰).

Por su parte Ivan Montoya Vivanco señala que tradicionalmente, los delitos especiales como aquellos contra la administración pública se clasifican en propios e impropios. Así¹⁸¹:

179. MONTOYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.50.

180. Abanto Vásquez Manuel. El tratamiento de los Delitos contra la Administración Pública. Artículo extraído del siguiente link, https://www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc

181. MONTOYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.56.

4.1. Los delitos especiales propios: caracterizados porque la cualidad especial del autor (funcionario público para los delitos que son materia de este Manual) fundamenta la responsabilidad penal. Es decir, si el autor del delito no es funcionario público entonces no existe tipo penal común similar (o subyacente) por el que pueda responder. Ejemplo de ello son los siguientes delitos: el abuso de autoridad, la malversación de fondos, el cohecho pasivo, el enriquecimiento ilícito o el prevaricato.

4.2. Los delitos especiales impropios: caracterizados porque la cualidad especial del autor solamente equivale a un elemento adicional que, generalmente, agrava, (aunque a veces) atenúa la responsabilidad penal ya existente en un delito común. Así, si el sujeto no tiene tal cualidad, responderá inmediatamente por el delito común. Ejemplo de ello son los siguientes delitos: la concusión (en relación con las coacciones o la estafa) y el peculado (en relación al hurto o a la apropiación ilícita).

Asimismo, señala el citado autor que existen dos formas de ver a los delitos especiales¹⁸²:

4.4.6.-. Delitos especiales como delitos de infracción de deber: Se manejan dos posturas

4.4.6.1.-. Teoría de la infracción de deber, fue planteada por el maestro Claus Roxin mediante su obra “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”. como un criterio de la autoría alternativo al llamado dominio del hecho. Así, el fundamento de la autoría en algunos delitos ya no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal que es infringido. En este sentido, los criterios de dominio del hecho e infracción de deber son completamente independientes entre sí, y su diferenciación vendría impuesta por la ley.

Tomando en cuenta lo anterior, será autor de delitos especiales quien infringe un deber previo al plano de la norma penal contenido casi

¹⁸². MONTROYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.52-55

siempre en normativa extra penal o infracción del deber y no quien tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho. Por ejemplo el autor del delito de cohecho pasivo será el funcionario público que infrinja su especial deber de fidelidad y lealtad a la función pública, previstos en el Código de Ética de la Función Pública y normativizados a través del artículo 393° del Código Penal.

Por el contrario, será participe de estos delitos todo interviniente que no tenga este deber extra penal, aunque tenga dominio del suceso fáctico.

Al respecto se tiene el Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria, el cual refiere que “Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros - denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

Replanteamiento de la teoría de la infracción de deber, presentada por Jakobs y seguida por sus discípulos. Esta señala que existen dos tipos de deberes (correspondientes a dos ámbitos de competencia)¹⁸³:

A) Competencia por organización: correspondiente a los deberes de todo ciudadano de no dañar a nadie (deberes negativos). La norma se dirige al ciudadano con la expectativa de que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo. Pertenecen a esta categoría los delitos comunes o de dominio.

¹⁸³ Ver JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2da Ed. Madrid, Marcial Pons ed. 1997. pp. 226-227

B) Competencia institucional: correspondiente a los deberes que nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos). Estos no se limitan a no dañar, sino que implican una prestación de ayuda y fomento. Esencialmente se pueden distinguir dos tipos de deberes positivos: los familiares (por ejemplo, los de la madre con la salud del hijo) y los estatales (por ejemplo, los del funcionario con el correcto funcionamiento de la administración pública).

Del esquema anterior, se desprende claramente que los delitos de corrupción deberían calzar dentro de los delitos por infracción de un deber positivo-institucional (deber estatal). Como consecuencia de esto, el estatus de funcionario deja de ser un simple elemento agravante y se convierte en la esencia del delito contra la administración pública. Cabe advertir que nuestra jurisprudencia, cuando ha entendido este tipo de delitos como delitos de infracción de deber lo ha entendido desde la perspectiva planteada por el profesor Claus Roxin.

Delitos Especiales como dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico

La teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, cuyo máximo exponente es el jurista alemán Bernd Schunemann, parte por preguntarse cuáles son las necesidades político-criminales detrás de la decisión del legislador de elaborar un delito especial.

En esta línea, esta perspectiva sostiene que el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no en la infracción de un deber formal extrapenal o institucional (como lo sostiene la teoría de la infracción de deber), sino en una relación especial de dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Este dominio se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado, es decir, en la cercanía o proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le permite tener la capacidad de afectarlo desde la organización estatal. En este sentido, es la función del autor frente a la especial situación de

vulnerabilidad del bien jurídico, lo que favorece que tenga el dominio del resultado lesivo¹⁸⁴.

Ello resulta pertinente en los casos de los delitos de corrupción, porque el funcionario ejerce un control especial sobre el suceso que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública; a raíz de la posición interna y del poder estatal del que dispone el funcionario¹⁸⁵.

Esta tesis también ha sido acogida por Pleno Jurisdiccional Superior Penal: del 11 de diciembre de 2004. El cual establece “Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate. (...) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado”.

4.4.7.- Bien Jurídico Protegido en los delitos contra la Administración Pública:

Al respecto refiere **Fidel Rojas Vargas** señala que “en lo que concierne a la temática de la Administración Pública, producto de la mayor riqueza y comprensión dada a la misma, no ha sido necesario elaborar una noción que resulte concordante con los fines del derecho penal. Es decir, al haberse operado al interior mismo de las teorías del derecho público un proceso de ampliación del concepto que abarca actualmente a todo el ejercicio de la función pública con prescindencia de la naturaleza del órgano oficial, se ha tornado irrelevante postular una noción jurídico-penal de administración pública. Por lo tanto el derecho penal concibe a la administración pública en su contenido amplio, como integralidad o totalidad, sin detenerse a discriminar si la función pública es desarrollada

¹⁸⁴ SCHUNEMANN, Bernd.. El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Revista de derecho penal y criminología de la Universidad del Externado de Colombia, N ° 75, vol. 25. Colombia, 2004, pp. 13–25.

¹⁸⁵ DONNA, Edgardo.). El concepto de funcionario público en el Código Penal Peruano. En: Revista peruana de Ciencias Penales, N° 11-12, .Año VII-VIII. 2004 pp.24

por una entidad legislativa, judicial o propiamente ejecutiva o de gobierno”¹⁸⁶.

Asimismo el citado autor sostiene que existe un objeto genérico y específico de tutela penal, el primero de ellos que obedece a la protección de la administración pública en sentido amplio como bien interés jurídicamente tutelado y el segundo que implica la lesión o puesta en peligro de un valor o bien jurídico específico, así tenemos a) Ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad; b) Observancia de los deberes del cargo o empleo; c) Regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio; d) Prestigio y dignidad de la Función; e) Probidad de sus agente; f) Protección del Patrimonio Público; g) Imparcialidad en el desenvolvimiento decisional.

Continúa el jurista mencionado que esta disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección le confieren a la administración pública, en tanto bien jurídico – penal, su carácter supranacional o difuso, lo que motiva a que cada vez que se señale el bien jurídico genérico, se tenga que precisar acto seguido el objeto específico de tutea vulnerado o puesto en peligro con el comportamiento del sujeto público.

Existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Antes analizar brevemente cada postura y explicar cuál es considerada como la más adecuada, debe tenerse que a efectos del presente capítulo se abordará el bien jurídico protegido, de manera general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.

Al respecto en doctrina penal se manejan las siguientes posturas:

¹⁸⁶. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 12.

i) La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público.

Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública¹⁸⁷.

ii) Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social.

En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas¹⁸⁸.

iii) El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública).

Al respecto **Salinas Siccha** señala que “el derecho penal busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común. La lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento de la administración pública pone en directo peligro la organización misma del Estado. De esa forma, se constituye en bien o interés público jurídico preponderante que corresponde al estado mismo cautelar y proteger por medio de las normas penales, cuyo centro de atención es el bien jurídico preponderante o relevante que pretenden proteger”¹⁸⁹.

¹⁸⁷. MONTOYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p. 35-36.

¹⁸⁸. Siguiendo los postulados de Günther Jakobs. REAÑO PESCHIERA, José. (2009). Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. Lima: Jurista Editores, pp. 29-30.

¹⁸⁹. SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, Tercera Edición, Edit. Grijley, Lima, abril 2014. p.4-5.

El autor chileno **Ivan Meini** afirma que “el bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado”¹⁹⁰.

Sobre lo mismo se manifiesta el autor argentino **Carlos Creus**, cuya apreciación es que “el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la función pública en sentido propio; es decir, la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente a/y sobre los administrados, como del servicio público que se desenvuelve dentro de los administrados”¹⁹¹

El autor **Juan Bustos Ramírez** afirma que “la Administración Pública se trata de un bien jurídico funcional, por cuanto lo que pretende proteger es la función administrativa pública y no a los órganos o poderes”¹⁹².

Por su parte **Fidel Rojas**, coincide con la noción de bien jurídico funcional del autor antes parafraseado, así, señala que el bien jurídico tutelado en estos delitos es asegurar una correcta marcha de la Administración Pública de las funciones y servicios. A partir de esa premisa, sostiene con mayor especificidad que el bien jurídico protegido está concebido como “aquel conjunto sistemático y eficiente de funciones y servicios públicos que el Estado Proyecta a la sociedad, para construir el Estado y para dar calidad de vida los pobladores de la sociedad”¹⁹³

Por su parte **Feijoo Sánchez**, manifiesta que lo que se pretende tutelar “es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, esto es, la

190. MEINI, Iván. (2008). Delitos contra la administración pública. En: Delitos contra la administración pública. Guatemala: USAID, p. 7.

191. CREUS, C.; Derecho Penal. Parte Especial Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1era reimpresión, 1996, p. 16-17.

192. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; Manual de Derecho Penal Parte Especial, Ariel, Barcelona, 1991, p. 366.

193. ROJAS VARGAS, Fidel en La Imputación del delito y de la pena en los delitos contra la Administración Pública cometida por Funcionarios Públicos. Ediciones Jurídicas de Centro – CECAJ, Lima, marzo 2014, p.107.

eficacia y objetividad con que se debe servir a los intereses generales, sin que se pretenda con ello exigir la perfección, excelencia o lo impecable, sino el cumplimiento de unos *mínimos* (nivel básico para la pervivencia del sistema político social)”¹⁹⁴.

Por su parte, el autor peruano **Manuel Abanto Vásquez**, considera el correcto funcionamiento de la Administración Pública, como la tesis más acorde con el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho en el cual debe enmarcarse también el Derecho Penal, siendo que no se trata de proteger a la Administración Pública *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la actividad pública en cuanto constituya los servicios que los distintos poderes del Estado brindan a los ciudadanos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho”¹⁹⁵

Independiente de las orientaciones particulares que cada uno de los citados autores tenga de la postura antes analizada, esta es la que predomina actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Así, debemos entender a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado constitucional y de Derecho pueda cumplir con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la Administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones, sino que se protege a la administración pública en sentido funcional, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. Con esta definición, debería descartarse al patrimonio o a la “gestión eficaz”, como bienes jurídicos protegidos, pues, por un lado, el patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano, y, por otro lado, el Derecho Penal atiende a la eficiencia en la administración

¹⁹⁴. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995; Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año IV, N 7/8, Lima, 1999, p. 701.

¹⁹⁵. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Lima, 2003, p. 16.

de los recursos del Estado, antes que a su simple eficacia. En este sentido, la administración y la función pública de un Estado pensada y concebida para todos, no pueden beneficiar a ningún sector o persona particular. Por el contrario, la función pública debe guiarse por criterios objetivos, legales y prestacionales propios de una gestión democrática. De este modo, una correcta gestión pública se desprende de los principios y valores propios de la Constitución de una sociedad, la misma que debe apuntar a un sistema social equitativo, justo y democrático. En esta línea, el bien jurídico “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales¹⁹⁶.

4.4.8.- La Administración Pública como bien jurídico colectivo

De lo anterior, podemos afirmar que la Administración Pública, constituye un bien jurídico colectivo, siendo que “la doctrina conoce estos casos bajo la denominación de “bienes jurídicos intermediarios espiritualizados”, donde el “desvalor de la acción” portaría, por sí solo, el atentado contra el bien jurídico; p. ej., en el “cohecho” y tipos afines. En realidad, en estos tipos penales el “pacto venal” típico se caracteriza porque tanto el funcionario corrupto que recibe una “ventaja” como el interesado que la otorga o promete no sufren por sí mismos ningún perjuicio ni dirigen el atentado contra ninguna persona o institución concretas, sino contra un interés concreto de la “administración pública”: la “legalidad” y/o la “imparcialidad” en las decisiones del funcionario público, elementos básicos del bien jurídico (colectivo) “correcto funcionamiento de la administración pública”¹⁹⁷.

¹⁹⁶. MONTROYA VIVANCO, Yvan; Manual sobre delitos contra la Administración Pública, Primera Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, diciembre 2015, p.36.

¹⁹⁷. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Acerca de los Bienes Jurídicos. En Modernas Tendencias de DOGMÁTICA Penal y Política Criminal. Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez. IDEMSA. Lima, Perú. Agosto, 2007. P. 29.

Debemos agregar además que la Administración Pública como bien jurídico colectivo, se subdivide a su vez como bien jurídico colectivo de carácter institucional, “ya que está referido a la preservación de determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema”¹⁹⁸

4.4.9.-El Tratamiento Jurisprudencial de los bienes jurídico genérico y específicos, protegidos los delitos contra la Administración Pública

i. Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010 (Fundamento 14)

“(…) no todos los delitos comprendidos allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo con el correcto funcionamiento de la administración pública (…)”

ii. Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Antecedente 1.

“Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

¹⁹⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. En: Obras completas. Tomo II. Ara Editores: Lima, 2004. op. cit. p. 193.

iii. Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de agosto de 2012 R.N. 77-2012, pp. 41-42.

“(…) en un ámbito de organización complejo el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la entidad pueda alcanzar sus fines, siendo que el deber del delegante respecto de la salvaguarda de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente, realizan los delegados (…) siendo esto así emerge una posición de garante sobre los riesgos generados por la administración pública, sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa. En el presente caso correspondía al Presidente Regional del Cusco velar por el patrimonio de la entidad pública de la que era titular (...).

iv. Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 1406- 2007- Callao del 7 de marzo de 2008 (Fundamento 5)

“(…) el bien jurídico protegido en esta clase de delitos [cohechos], es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos (...)”.

v. Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia en el Exp. N° 038-2006 del 5 de julio de 2011

“El interés a cuya protección se ha tipificado el delito in comento, en términos genéricos, es el “funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad (...)”.

vi. Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el Exp. N° 05-2002 del 3 de junio de 2008

“Asimismo, se reprime la venalidad [...] del servidor público, porque su sola existencia constituye la amenaza para el funcionamiento normal de la Administración, sin importar que el acto sea justo o injusto, puesto que no interesa tanto la naturaleza del acto sino su motivo, que es la recompensa de cualquier tipo, incluso honorífica (ejemplo, condecoración), que se convierte en el móvil que induce al funcionario a actuar de determinada manera, cuando su proceder no debe ser por ella”.

vii. Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 011-2001, del 8 de agosto de 2006. (CASO CROUSILLAT)

“Esta figura delictiva tiene como objeto de tutela, en términos globales, proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, al igual que todas las demás figuras contempladas en el Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos. Se trata de un delito pluriofensivo, cuyo bien jurídico protegido se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público”.

viii. Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° AV-23-2001, del 23 de julio de 2009 (CASO CTS MONTESINOS)

“El sujeto activo es el funcionario o servidor público que realiza cualquiera de las dos modalidades típicas que regula la ley. Esto es, la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos. (...) siendo su

nota característica y exigencia de naturaleza objetiva que la conducta del funcionario o servidor público exprese un acto de disposición patrimonial que desconoce la titularidad del Estado sobre los bienes ejecutados. Estos aspectos hacen del delito una conducta de naturaleza pluriofensiva. En el Acuerdo Plenario número 4–2005/CJ–116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, se deja sentado que ese carácter está vinculado con la protección de dos objetos específicos merecedores de protección penal: i) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

ix. Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3630-2001, del 23 de enero de 2003

“En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”.

x. Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, recaída en el Expediente N° 004-2001, del 9 de febrero de 2010. p. 85 (CASO FAMILIA CHACÓN)

“En este tipo de delitos el bien jurídico protegido constituye el garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico penalmente a los funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez, lealtad y servicio a la Nación”.

xi. Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, recaída en el Expediente N° 99-2009, del 25 de enero de 2011 (CASO FAMILIA CANO)

“En relación al bien jurídico afectado en el delito de enriquecimiento ilícito se tiene que: lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal “administración pública”, el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo, empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público”.

xii. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad N° 847-2006, del 19 de octubre de 2006. Fundamento 4 (CASO VILLANUEVA RUESTA Y OTROS)

“Que, el delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401° del Código Penal, protege la funcionalidad, prestigio dignidad y confianza de la función pública, que comprende a su vez, la actuación de los agentes que la integran; dicho ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derechos o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio”.

xiii. Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad 1318-2012, del 29 de agosto de 2012.

“Que el bien jurídico protegido en el delito de Negociación Incompatible está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente –no debe asumir un interés de parte o anteponer sus intereses a los de la Administración Pública- y en sujeción a los intereses públicos (...).”.

xiv. Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 30-2010, del 7 de noviembre de 2011 (CASO COFOPRI)

“(…) la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. (...) [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública (...) es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación”.

4.4. La Administración Pública como bien jurídico protegido y reparación civil

Se observa que el titular del bien jurídico es la administración pública o el Estado. Así, “es interesante destacar que si bien el derecho penal toma a la administración pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir, como actividad funcional, sin embargo es el Estado como órgano global –y la diversidad de instituciones (dimensión subjetiva)- quien asume la titularidad del sujeto pasivo. Se produce así el fenómeno de la integración de los dos ámbitos de la administración pública a través del derecho penal”¹⁹⁹.

En este orden de ideas, se afirma que “no se trata de proteger a la Administración *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la *actividad pública*”, concretamente, su “correcto funcionamiento”²⁰⁰. Por ello, “se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente

¹⁹⁹. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 19.

²⁰⁰. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003; p. 16.

desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común”²⁰¹.

Existe un *sujeto pasivo genérico*, que es el Estado y un *sujeto pasivo específico*, que recae en la entidad estatal afectada o el funcionario “en determinados casos delictivos cometidos por particulares”²⁰². No siempre coinciden el sujeto pasivo (titular del bien jurídico) con la víctima del delito (aquel que resulta directamente agraviado), “esto ocurre en algunas de las modalidades delictivas cometidas por funcionarios y servidores públicos donde existen agraviados directos distintos a los entes estatales (generalmente los particulares) que resultan lesionados en sus derechos o intereses con los actos vulneratorios del bien jurídico *administración pública*. Es el caso, por ejemplo, del abuso de autoridad (artículos del 376 al 378, segundo párrafo), de la concusión (artículo 382) o con opiniones dispares en el tráfico de influencias (artículo 400), en tales situaciones se habla de sujeto pasivo y víctima por separado”²⁰³.

De los ejemplos vistos, se individualizan los delitos de cohecho, peculado y nombramiento ilegal del cargo público. El delito de nombramiento ilegal para cargo público está tipificado en el artículo 381 del Código Penal. El bien jurídico tutelado es “preservar la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo a la administración pública de irregularidades en el ingreso, afirmando el prestigio de la administración pública, que debe hallarse al margen de cuestionamientos sobre la idoneidad y calidad de sus cuadros y componentes humanos”²⁰⁴

El delito de peculado doloso está tipificado en el artículo 387 del Código Penal, el cual establece que “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

201. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2da. Edición. Lima: Iustitia-Grijley, 2011; p. 5.

202. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 19.

203. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 20

204. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 328

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

Se afirma que: “el objeto genérico de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. Por tratarse el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y b) evitar el abuso que quebranta los deberes de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores”²⁰⁵.

En el delito de malversación de dinero o de bienes, tipificado en el artículo 389 del Código Penal²⁰⁶, el bien jurídico tutelado es: “la regularidad y buena marcha de la administración pública. El objeto específico de la tutela penal es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”²⁰⁷.

En el delito de cohecho o corrupción, concretamente, el cohecho pasivo propio, que está tipificado en el artículo 393 del Código Penal²⁰⁸, el bien

²⁰⁵. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 480.

²⁰⁶. Delito de Malversación de Fondos: “El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años”.

²⁰⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 19. p. 549-550.

²⁰⁸. Delito de Cohecho: El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será

jurídico tutelado es “proteger el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos, lo que se expresa en la necesidad de asegurar un marco ideal caracterizado por la ausencia de interferencias en la adopción de las decisiones públicas”²⁰⁹. En el delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el artículo 401 del Código Penal²¹⁰, el bien jurídico tutelado es: “garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que se ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con los dineros del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo como dato material se concluya por la existencia objetiva del delito, sino la

reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

209. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 647.

210. Delito de Enriquecimiento Ilícito: El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

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

necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público”²¹¹.

Una vez delimitados los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos contra la Administración Pública, centrándonos sobre todo en aquellos relativos a actos de corrupción de funcionarios, podemos establecer que la responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado, implica -a nivel no patrimonial-, concretamente: una lesión a su derecho a la identidad. En efecto, lo que el funcionario público lesiona es la *institucionalidad*, entendida como un atributo básico del Estado de Derecho, en el cual sus órganos y representantes, tienen el imperativo de actuar en pos del bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos.

4.4.10.- Naturaleza Jurídica de la reparación civil en los delitos contra la Administración Pública

Para este acápite hemos tomado los postulados brindados por el autor peruano Juan Espinoza Espinoza, quien refiere que, de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema de Control y de la Contraloría General de la República N° 27785, del 22 de julio de 2002, la naturaleza de la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos por daño al Estado (incluida la derivada del delito de corrupción) es contractual. Por el contrario, si la lesión a la identidad del Estado proviene de un sujeto cualquiera, la naturaleza civil derivada del delito de Corrupción será extracontractual²¹²

²¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 854-855.

²¹² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿Qué derecho no patrimonial se lesiona? *Gaceta Civil y Procesal Civil*. N° 9. Marzo – 2014. pág.156.

4.4.11.- Criterios para determinar el cuántum de daño al Estado por la comisión de delitos contra la Administración Pública

Siguiendo con los criterios asumidos por el autor Juan Espinoza Espinoza²¹³, se debe tener en cuenta para determinar el cuántum del daño al Estado, tres tipologías de factores que surgen como criterios indispensables para la determinación del resarcimiento que deben ser aplicados de manera coordinada y conjunta y hacen referencia a tres categorías de elementos:

- i) **Objetivos**, como la gravedad del ilícito cometido, la modalidad de su realización, la eventual reiteración y la medida de la ventaja conseguida por el dependiente infiel, la entidad de las sumas indebidamente percibidas.
- ii) **Subjetivos**, como la ubicación del sujeto agente en la organización administrativa y su capacidad de representar la administración.
- iii) **Sociales**, como la capacidad exponencial del ente, la relevancia de las funciones desenvueltas, el impacto ocasionado al público del ilícito, la difusión y el relieve dado al ilícito, la afectación social del hecho, en relación con efectos negativos del mismo, no solo frente a los colegas del funcionario, sino también respecto a la relación de confianza, que es indispensable que exista entre administración financiera y contribuyentes.

A manera de ejemplo podemos citar la siguiente jurisprudencia, en donde se aprecia los criterios que aplica **la Sala Penal Especial en el Recurso de Nulidad Nº 07-2007-Lima del 4 de mayo de 2010**:

“En los delitos que motiva la presente causa -artículo 381 C. P²¹⁴- no cabe la restitución ni reparación -en tanto estás sólo se refieren a bienes de carácter patrimonial- sino una indemnización, que significa condenar al pago de una cantidad dineraria suficiente para cubrir el daño producido

²¹³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿Qué derecho no patrimonial se lesiona? Gaceta Civil y Procesal Civil. Nº 9. Marzo – 2014. pág.160

²¹⁴ Nombramiento o aceptación ilegal: Artículo 381.- El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.

por el delito, el mismo que en atención a las pruebas de los hechos, está suficientemente acreditado. Su cuantificación, en suma, debe ser establecida con criterios de equidad, atendiendo a las circunstancias en que ocurrió y se desarrolló el evento delictivo y a las características particulares de la parte agraviada. En tal sentido, la acusada (...) abusó de la posición preeminente que ocupaba en la **sociedad** para cometer el delito imputado -desempeñaba el cargo de Congresista de la República-, afectando la confianza que le fue depositada para el ejercicio de sus funciones, defraudando, de esta manera, la expectativa de legalidad sobre los actos de la Administración Pública, tanto más si es una profesional del derecho. Además, esta situación antijurídica se mantuvo durante un periodo prolongado causando perjuicio al Estado, pues, mientras que la señorita JMSV se desempeñó como Asesor dos, conforme se ha acreditado, percibió las remuneraciones correspondientes.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

3.1. Presentación de resultados

En este aspecto, vamos a presentar de manera específica los resultados obtenidos, luego de analizar las sentencias que formaron parte de la muestra de estudio, y para esto se ha elaborado las tablas que se aprecian a continuación.

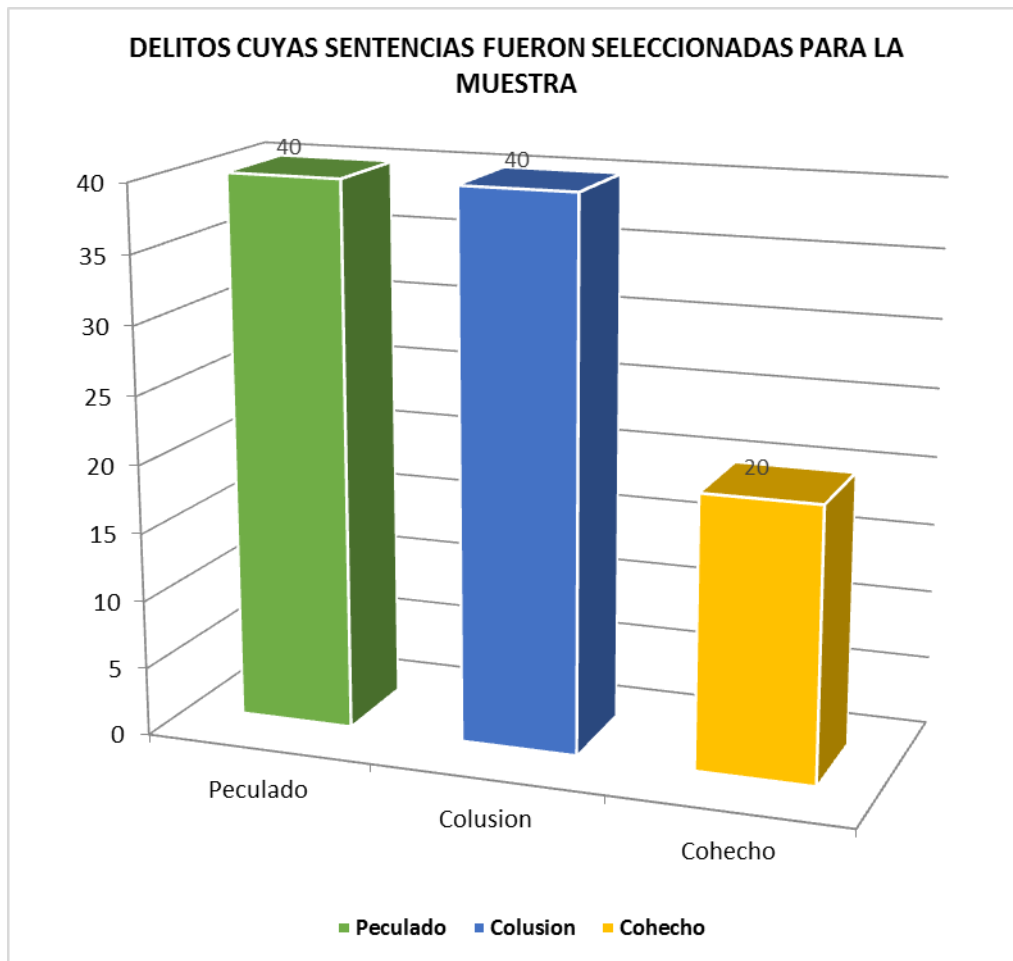
Se deja en claro que en todos los casos son sentencias condenatorias, emitidas por los Juzgados Penales de Chiclayo, precisando que los delitos seleccionados para hacer el presunto estudio son peculado, colusión, cohecho.

Tabla N° 02 Delitos cuyas sentencias fueron seleccionadas para la muestra

Aspecto	Frecuencia	N°	%
Peculado		8	40
Colusión		8	40
Cohecho		4	20
Total		20	100

Fuente: Datos obtenidos de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Año 2014-2017

Grafico N° 02 sobre delitos frecuentes contra la administración publica



116

Interpretación.

De la tabla expuesta, queda claro al menos en esta investigación que dentro de los delitos contra la administración pública que resultan más frecuentes y que tienen que ver directamente con la afectación del patrimonio del Estado, siendo los dos primeros que abarca el 80% de la muestra seleccionada de casos con sentencia condenatoria, por lo que se impone al derecho penal expresado en las normas punitivas correspondientes; y a los operadores jurídicos procurar que los bienes jurídicos que se pretende proteger en las sentencias condenatorias, sean en efectos tutelados, desde la perspectiva de la reparación del daño y de la indemnización que corresponderá

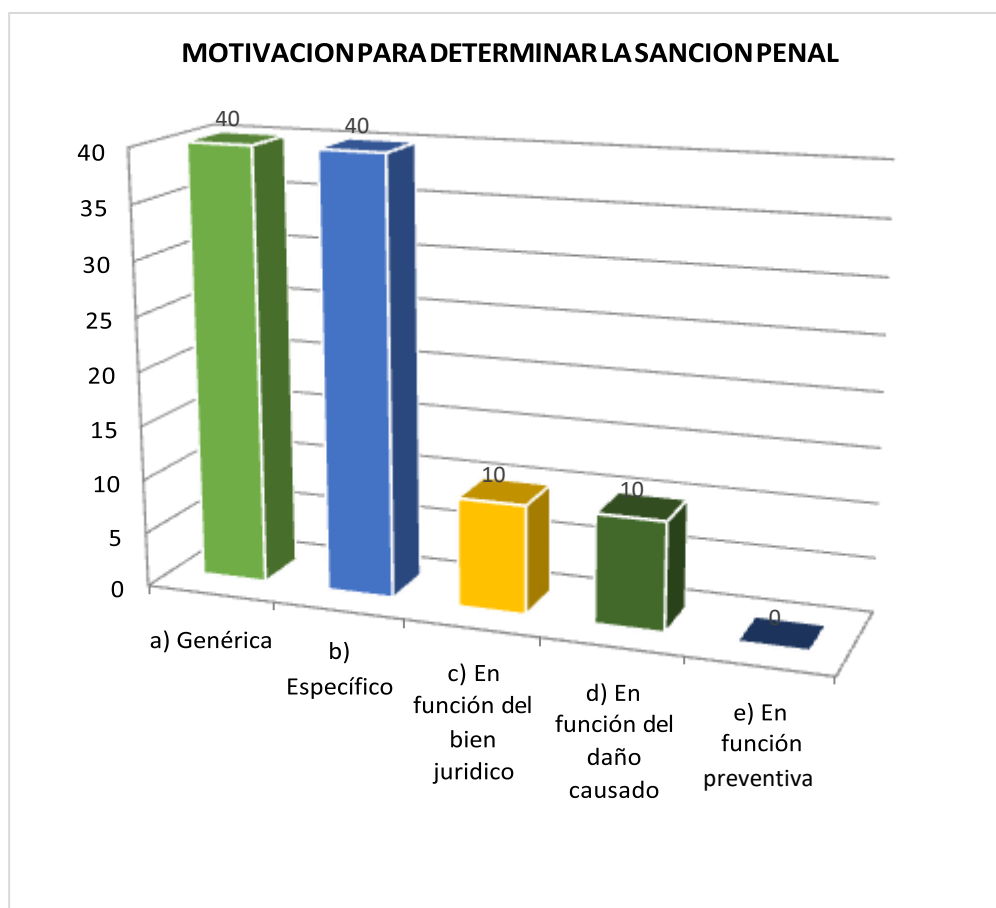
determinar; siendo y en menos frecuente el delito de cohecho. Le corresponde al Estado diseñar una política criminal para hacer frente a los delitos contra la administración pública. Las penas a imponer deben guardar relación con la gravedad de la lesión y los bienes jurídicos en juego. Las penas inadecuadas (suspendidas o muy bajas) no cumplen la función preventiva siendo las normas más punitivas.

Tabla N° 03 Motivación para determinar la sanción penal

Aspecto	Frecuencia	N°	%
a) Genérica	8	8	40
b) Específico	8	8	40
c) En función del bien jurídico	2	2	10
d) En función del daño causado	2	2	10
e) En función preventiva	0	0	0
Total		20	100

Fuente: Datos obtenidos de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Año 2014-2017.

Gráfico N° 03 porcentual de la Motivación para determinar la sanción penal



Interpretación

De la lectura de la tabla elaborada y signada con el número tres, se advierte que en la misma la motivación en ocho casos es genérica, es decir si bien es cierto se alude a principios doctrinarios que desvirtúan el Principio de presunción de inocencia, e incluso a conceptos, normas constitucionales y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, poco a casi nada se toma en cuenta el bien jurídico vulnerado y que expresa el daño causado por el agente, de tal forma que la sanción penal a imponer resulta de una graduación mecánica de una quantum que va desde un mínimo hasta un máximo. En suma podemos observar que las dos primeras motivaciones corresponden al 80% de la totalidad de la muestra Genérica y Específica respectivamente.

La primera se refiere más a principios doctrinarios, no tomando en cuenta el bien jurídico vulnerado, imponiendo una pena que resulta de aplicar reglas de aritméticas comunes.

Por otra parte, encontramos que hasta en ocho casos sí se hace alusión de forma específica al bien jurídico tutelado, esto es, que contrario a lo señalado en el párrafo anterior, hay una alusión mínima al daño ocasionado, aunque no se advierte de manera clara la relación entre pena impuesta – perjuicio originado precisamente por el delito.

En dos casos del total de sentencias estudiadas, se advierte que se hace alusión al bien jurídico vulnerado y a la necesidad de sancionar una conducta penal precisamente por haber dañado de manera directa una de las virtudes de la administración pública, alterado su desarrollo y afectado el cumplimiento de una función a favor de los ciudadanos.

En ningún caso de los estudiados, se ha expresado de forma alguna que se pretende prevenir la posible comisión de otros sucesos delictivos por parte de los servidores o funcionarios públicos, es decir, no se desarrolla ni siquiera literalmente la manera en la que la norma va impedir que posteriores conductas sean precisamente ilícitas, y con esto evitar que aumente el índice de criminalidad con respecto a los delitos contra la administración pública.

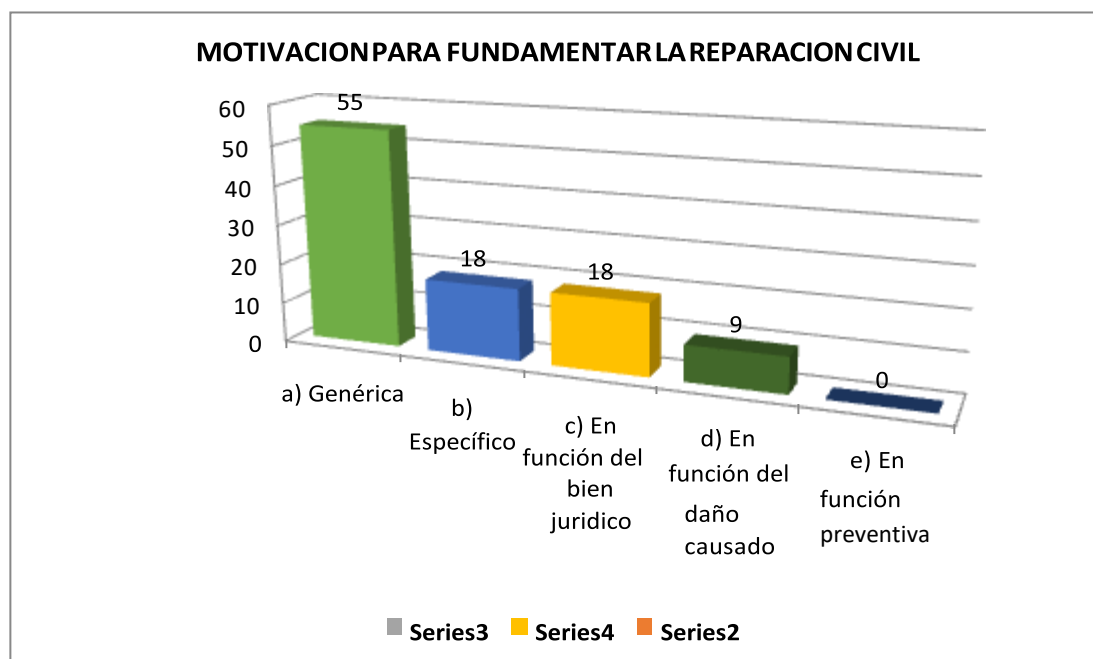
Podemos convenir que sí hay motivación con respecto a la imposición de una sanción penal, sin embargo la misma no alcanza a ser todavía una motivación que desarrolle la afectación al bien jurídico afectado con la realización del delito, y que imponga una pena al sentenciado precisamente como producto de la lesividad de su comportamiento, y esto afecta de alguna manera el mensaje que se pretende transmitir en cuanto a que el derecho penal puede resultar un instrumento eficaz a través del cual se explique la gravedad de la acción penal cometida por el sujeto, pero por otra la obligación del condenado a resarcir el daño producido con su comportamiento.

Tabla N° 04 Motivación para fundamentar la reparación civil

Aspecto	Frecuencia	N°	%
a) Genérica		12	55
b) Específico		4	18
c) En función del bien jurídico		4	18
d) En función del daño causado		2	9
e) En función preventiva		0	0
Total		22	100

Fuente: Datos obtenidos de la Corte Superior de Justicia de
Lambayeque - Año 2014-2017

Grafico N° 04 porcentual Motivación para fundamentar la reparación civil



Interpretación

Con respecto a esta tabla, con relación ahora a la reparación civil, ocurre lo mismo que en el caso de la pena, es decir, no se motiva debidamente la sanción civil que se impone al determinar la concurrencia de un delito de naturaleza administrativa, esto es, que afecta de manera directa la finalidad de existir por parte de la administración pública.

Por una parte, si bien es cierto que se impone un monto de reparación civil y se precisa la obligación de resarcir el daño, lo cierto es que en doce casos estudiados la fundamentación deviene en ser en genérica, en cuanto a que se alude a doctrina, jurisprudencia, sin desarrollar debidamente cómo es que el monto fijado se corresponde con el daño ocasionado y la afectación del servicio que el Estado debe prestar precisamente como parte del desarrollo de una actividad.

En sólo cuatro casos, la reparación civil se fundamenta en cuestiones relacionadas con el delito materia de juzgamiento, y si bien es cierto la alusión termina siendo bastante genérica, por lo menos se alude a la obligación del

sentenciado de reparar el daño causado y se describe tímidamente la vulneración al bien jurídico que se ha ocasionado.

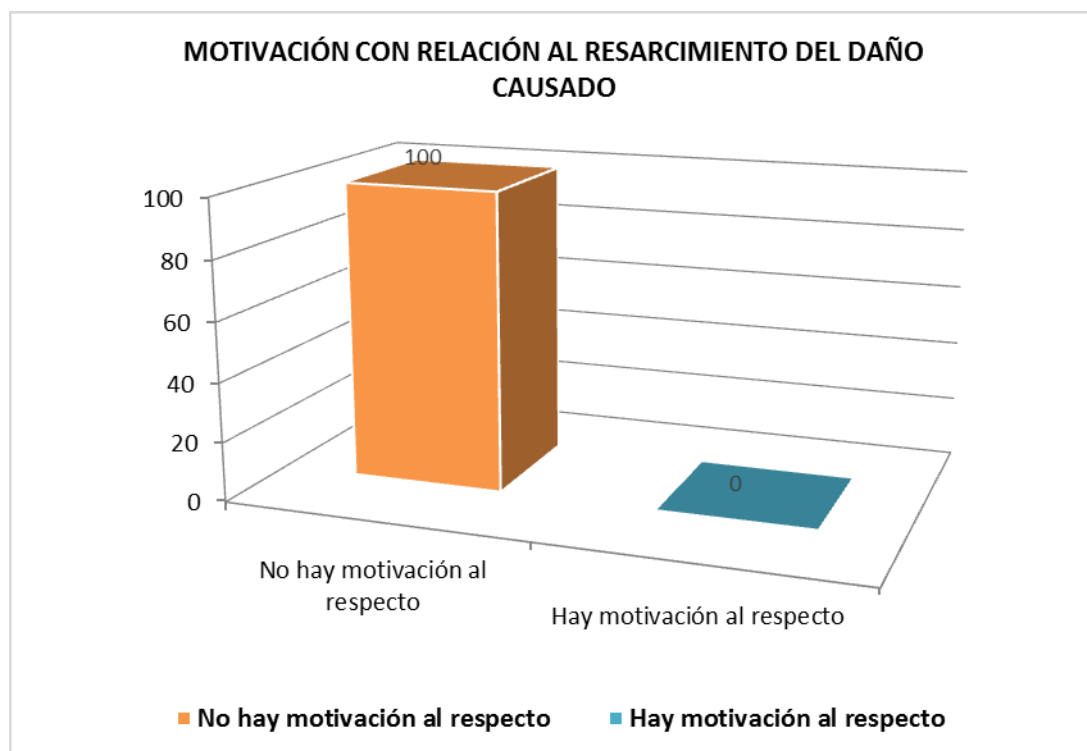
En dos casos el tema se aborda de manera directa, aunque por ejemplo no se insiste en la gravedad del daño ocasionado ni mucho menos en la vulneración del bien jurídico y como consecuencia de ello la necesidad incluso de corresponder con una indemnización. Si bien es cierto que el tema se orienta por el sentido de la sanción penal, en el caso de la reparación civil la misma se torna a veces complicada, pues no se determina el tema de cómo va a ser cobrada pero tampoco se precisa de qué manera se ha obtenido dicho quantum dinerario, quedando todo en el terreno de la buena intención de parte del Juez de Juzgamiento.

Tabla N° 05 Motivación con relación al resarcimiento del daño causado

Aspecto Frecuencia	N°	%
No hay motivación al respecto	20	100
Hay motivación al respecto	0	0
Total	20	100

Fuente: Datos obtenidos de la Corte Superior de
Justicia de Lambayeque - Año 2014-2017

Grafico N° 05 Porcentual Motivación con relación al resarcimiento del daño causado.



Interpretación

En este caso, la ausencia de motivación ya de forma específica sobre el daño que el comportamiento del sentenciado ha originado es manifiesta, a pesar de lo contradictorio de la frase utilizada. La gravedad del daño ocasionado de manera precisa no resulta explicada en alguno de las

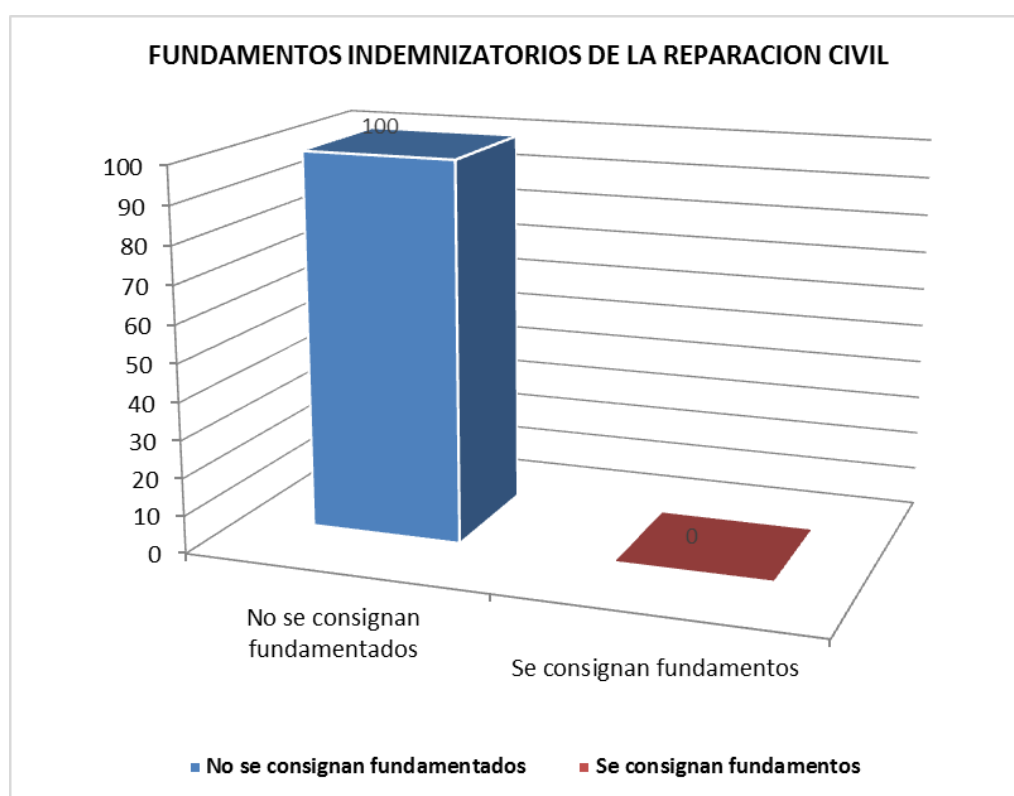
sentencias estudiadas. La gravedad es tan sólo referida, pero por ejemplo no se hace alusión al efecto patrimonial originado con el comportamiento del sentenciado, pero tampoco al daño que se hace a la administración pública producto de la proyección de un servicio ineficaz e inviable. Consideramos que si se quiere hacer del derecho penal uno que pueda a través de su accionar prevenir conductas que pueden ser consideradas como lamentables, por ser las más repudiables por la sociedad, lo mínimo que podríamos encontrar en una respuesta que explique la gravedad de la sanción, y que la ciudadanía entienda que toda afectación que se haga al Estado, tarde o temprano termina siendo perjudicial.

Tabla N° 06 Fundamentos indemnizatorios de la reparación civil

Aspecto Frecuencia	N°	%
No hay motivación al respecto	20	100
Hay motivación al respecto	0	0
Total	20	100

Fuente: Datos obtenidos de la Corte Superior de
Justicia de Lambayeque - Año 2014-2017

**Grafico N° 06 Porcentual Fundamentos indemnizatorios de la
reparación civil.**



Interpretación

Para ser precisos, este cuadro se refiere de manera específica a los fundamentos que permiten precisar las razones por las que se opta por la reparación civil. En realidad, las sentencias presentan fundamentos de carácter doctrinario y hasta jurisprudencial de la forma cómo es que se presenta el delito, para luego concluir con fijar el monto de la reparación civil, sin insistir en las razones específicas de las razones que permiten arribar a fijar la cifra que se consigna como monto de la reparación civil.

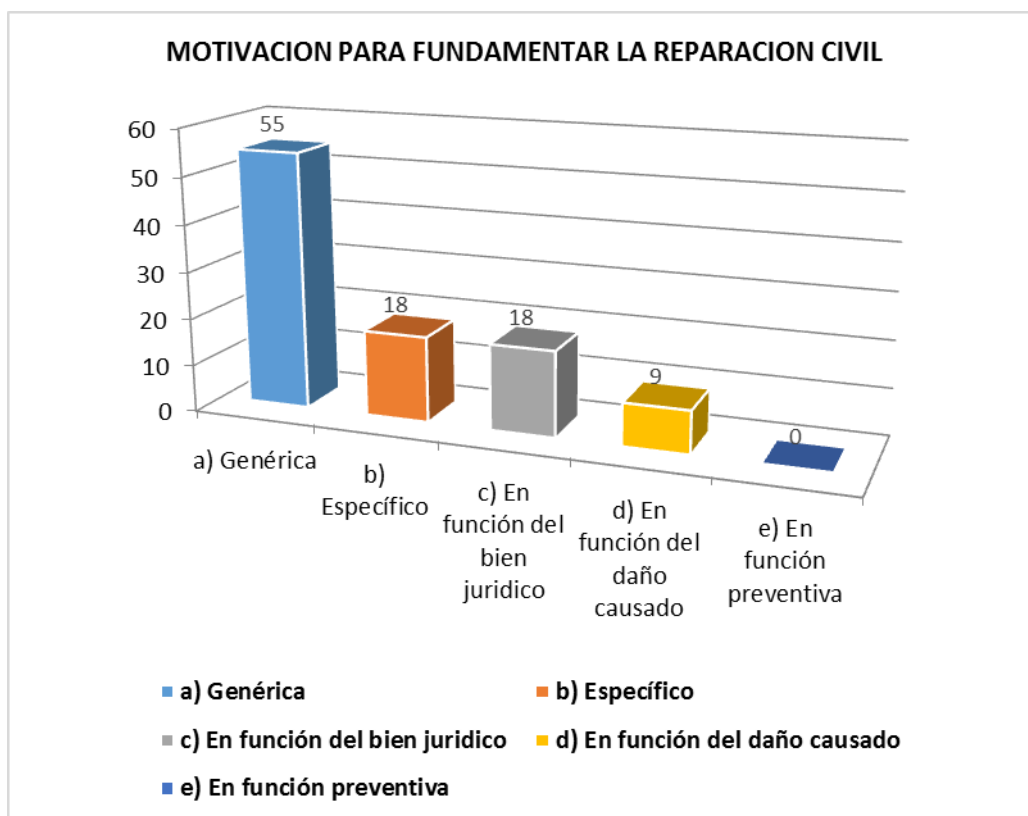
Entonces, queda claro que se entiende por motivación la alusión directa y expresa a fundamentos genéricos que aluden de alguna forma las bases doctrinarias de la reparación civil con el que se trata de justificar la fijación de un monto dinerario, sin explicar siquiera la determinación de dicha cantidad.

Tabla 07 Motivación para fundamentar la reparación civil

Aspecto	Frecuencia	N°	%
a) Genérica		12	55
b) Específico		4	18
c) En función del bien jurídico		4	18
d) En función del daño causado		2	9
e) En función preventiva		0	0
Total		22	100

Fuente: Datos obtenidos de la Corte Superior de Justicia de
Lambayeque - Año 2014-2017

Grafico N° 07 Porcentual Motivación para fundamentar la reparación civil



Interpretación

Al igual que en la Tabla anterior también resulta expresivo que no se fija razones que permitan discriminar los montos de resarcimiento del daño con el monto de indemnización, es decir, no se discrimina entre el perjuicio ocasionado y el monto referido al incumplimiento de la función pública que como consecuencia del delito se ha originado con el comportamiento del agente.

No debe dejarse de lado que implícitamente hay dos afectaciones que se realizan con la comisión de un hecho delictivo contra la administración pública: la lesión al bien jurídico tutelado que directamente se relaciona con el hecho delictivo, y con el perjuicio que se ocasiona con la paralización del servicio público que se debe brindar para atender las necesidades de la población.

3.2. Contrastación de la hipótesis

Una vez analizada la información presentada, nos permitió establecer debidamente lo siguiente:

- Los bienes jurídicos que son tutelados en los delitos contra la administración públicas son diversos, y responden a cada situación en específico: patrimonio, la buena fe en la actuación funcional, la lealtad, el respeto por las normas y el orden, pero sobre todo la ruptura de confianza que se manifiesta en el trabajador público, que es quien actúa representando al Estado.
- En la determinación de la pena, dentro de los márgenes de ley, siempre se ha considerado el daño ocasionado, es decir, que la sentencia a imponer sea una respuesta racional del Estado frente a un hecho delictual contra la administración pública.
- De igual forma, en la determinación de la reparación civil, la misma debe ser proporcional considerando dos aspectos: la reparación del daño, pero a la vez la indemnización sobre el mismo.
- Con relación al primer aspecto, debemos considerar que la reparación del daño debe establecer el resarcimiento total del perjuicio real o concreto causado al Estado o al servicio público dejado de prestar, para ello en la actividad probatoria corresponderá mediante una pericia elemental determinar cuál es el perjuicio ocasionado.
- Con relación al segundo aspecto, debemos considerar que debe existir pronunciamiento sobre la indemnización que implica precisamente la afectación directa al servicio prestado, pues no debemos dejar de lado algo sencillo como es la prestación del servicio a la comunidad.
- Entonces se ha imperioso que en los delitos contra la administración pública, la pena debe expresar el daño causado al

bien jurídico tutelado, y la reparación civil debe expresar el resarcimiento del daño, pero también la indemnización por el servicio dejado de brindar.

- Con esto, consideramos entonces que la hipótesis que nos planteamos al inicio del marco teórico, queda demostrado en el presente caso:

Si se lesionan los bienes jurídicos tutelados en los delitos contra la administración pública entonces en la determinación de la pena y la reparación civil en las sentencias condenatorias emitidas debe exponerse el resarcimiento del daño causado, a partir de los casos de los Juzgados Penales de Chiclayo, años 2014 – 2015, Esto es a partir de la determinación de la lesión del bien jurídico, los daños ocasionados y lo dejado de percibir, si el bien produjera su valor económico respectivo.

3.3. Propuesta teórica

3.3.1. Base Constitucional. - Modernamente la pena es la primera respuesta que da el estado contra el delito, pues, privar al sujeto activo de su libertad viene a ser la pena más severa que impone el Estado a los ciudadanos que delinquen. La pena exprese la reprobación pública del hecho y consigue la afirmación del derecho, logrando a su vez la protección de bienes jurídicos fundamentales para conseguir la convivencia libre de la sociedad²¹⁵.

La pena calza entonces en el marco de un derecho penal del estado Constitucional de derecho, por cuanto se reconoce que la pena es una medida efectiva y esencialmente retributiva, en cuanto se impone como respuesta a la conducta desviada del sujeto, pero no por cualquier conducta desviada del sujeto, sino por aquéllas que son las más graves e intolerables para la sociedad, que por sí son consideradas como delitos, siendo este en consecuencia el presupuesto de la pena²¹⁶.

De ello se colige ya una primera limitación para la utilización de la pena, en el sentido de que, en cuanto medida aflictiva, sólo será posible su aplicación

²¹⁵ CAPEZ, Fernando, Curso de Derecho Penal, Parte General, Volumen 1, 5ª edición, Sao Paulo – Brasil, 2011, pp. 384 y 385

²¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMÁZABAL MALAREE Hernán, Nuevo sistema de derecho penal, Trotta, Madrid, 2004, pp 21.

ante hechos esencialmente graves, y que previamente hayan sido reputados como delitos, de lo contrario carecería ya desde este primer momento de legitimación.

Reconocer el carácter retributivo de la pena no implica que su justificación, función y finalidad residan en la retribución, pues se trata de cuestiones distintas, y precisamente teniendo en cuenta estos diferentes planos es que se puede seguir delimitando el sentido de la pena en el Estado Constitucional del Derecho.²¹⁷

La pena entonces constituye la principal forma de reacción frente al delito. Ha sido y es el elemento más demandado y utilizado en la sociedad, hoy llamada sociedad de riesgos, sin embargo la pena sólo puede impuesta ante las conductas más graves e intolerables que afecten los bienes esenciales para el mantenimiento de la sociedad, y que no han podido ser controlados por medios de coerción social, siendo necesaria la intervención del Derecho penal en general y de la pena, en especial.

Entonces, la pena encuentra su justificación en la necesidad de su actuación en determinados casos, cuando todos los demás instrumentos de control social con los que cuenta el Estado han sido ineficaces. De esta manera se legitima la actuación del Derecho Penal y de la pena por su necesidad, como mecanismo de última razón para mantener los valores fundamentales de la sociedad, los que sirven de pilares para su mantenimiento. Así pues, en un Estado Constitucional de Derecho el ius puniendi debe ser el último recurso a acudir por parte del Estado.

Dado que la pena busca proteger bienes esenciales de la sociedad, debe quedar de manifiesto su función preventiva, su finalidad de protección reforzada de determinados bienes a los que el ordenamiento jurídico ya dispensa tutela a nivel de otras ramas. Dicha protección reforzada se basa en la idea de mantener en última instancia el bien común de los miembros de una sociedad.

²¹⁷ VILLEGAS PAIVA, Elky, La graduación de la pena por debajo del mínimo legal. Gaceta Penal y procesal penal, Lima – Perú. Febrero de 2016, p.p. 48 s.s.

Por esto, se puede sostener que el Estado Constitucional de Derecho debe cumplir dos funciones: una preventiva y otra limitadora del poder punitivo del Estado. La primera sirve de amparo a la sociedad de los abusos del individuo, mientras que la segunda sirve de límite al poder estatal que ejerce contra el individuo. Funciones constituidas como producto de una relación dialéctica entre el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal y el de eliminar la violencia social extrapenal²¹⁸

Esto por cuanto en un Estado Constitucional de Derecho, la persona humana resulta ser la privilegiada en todo ámbito de protección, incluso desde el ámbito penal, en el que a pesar de haber cometido el delito más repudiable, el ámbito de actuar del Estado siempre será el establecido por la norma, que al final es el real límite en la persecución de un delito.

3.2.2. Base Penal

En los últimos años en el país, los delitos contra la administración pública han marcado un aumento considerable en cuanto a su análisis dentro de los diversos juzgados penales. En efecto, no sólo en los ámbitos judiciales, sino también en el Congreso de la República, en los medios de información, y en otros ámbitos, hay un rechazo mayoritario a todas estas formas de comportamiento que terminan siendo, a pesar de los esfuerzos, cada vez más frecuentes.

Pareciera que ni la tendencia a incrementar las penas, a incorporar nuevas conductas delictivas, hacen que las normas penales se conviertan en un elemento disuasivo de estos comportamientos. Todo lo contrario, las denuncias, las investigaciones, el papel de la Contraloría, el trabajo policial y del Ministerio Público ha hecho posible que por lo menos en municipalidades, gobiernos regionales, y casi todos los ámbitos de la función pública, los actos de corrupción se hayan incrementado, sin que al parecer el derecho penal como elemento disuasivo terminen funcionando definitivamente.

²¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María. Aproximaciones al Derecho Penal contemporáneo. Bosch, Barcelona – España, 1992, p.267.

Por ejemplo en el caso de colusión:

Artículo 384°.- Colusión simple y agravada 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 concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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

Se advierte que, para el caso de la colusión simple, la pena va de tres a seis años, y en el caso de la colusión agravada la pena va desde seis a quince años, por lo que si bien es cierto no son de las más altas penas establecidas en el Código Penal, lo cierto es que sí pueden resultar como elemento disuasivos. Corresponderá en la determinación de la pena establecer si por el sistema de tercios, el quantum se orienta hacia el tercio superior, inferior o medio.

Igual ha de suceder, por ejemplo, en el caso del delito de Peculado, en el que se prevé penas también considerables:

Peculado doloso y culposo Artículo 387°.-

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor

de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

Como se podrá apreciar la pena para el caso del delito de peculado doloso resulta también ser alta, pues la máxima alcanza un total de doce años.

Sin embargo, en ninguno de los casos referidos, se ha especificado determinar la pena según el daño ocasionado, según el monto apropiado, y esto si es serio, por cuanto no resulta ser lo mismo apropiarse de mil soles, como de cien mil soles, de tal forma que consideramos que desde este aspecto la norma penal debe ser modificada para que en el caso de apropiaciones que no superen diez unidades tributarias, el juez considere la determinación de la pena considerando el monto total apropiado.

Por otra parte, tampoco queda claro que la reparación civil sea realmente representada en las sentencias condenatorias estudiadas, y consideramos que esto debe ser también regulado de alguna forma para que se obligue a los operadores jurídicos evaluar de la mejor forma el daño ocasionado, pero también la reparación civil, de tal manera que al final del proceso penal realmente el Estado y la sociedad en sí, pueda verse representada en la resolución final que se emita por parte del Poder Judicial.

No debemos dejar de lado, que muchos sentenciados por delitos contra la administración pública una vez concluido su reclusión en algún establecimiento penal, egresan del mismo sin haber cancelado el pago de la reparación civil ni mucho menos resarcido el daño, de tal forma que al egresar del centro de reclusión salen a disfrutar del dinero mal ha habido, lo que en

buena cuenta termina por traer por los suelos el conocido proverbio: el crimen no paga, para convertirse en un adagio que indica todo lo contrario.

3.2.3. Propuesta Lege Ferenda

Consideramos que las penas no deben ser aumentadas, ya que de por sí son altas. Sin embargo, consideramos que no se puede aceptar que alguien quien se apropia de quince mil soles debe tener la misma pena que otra persona que por ejemplo ha defraudado al Estado con ciento veinte mil soles. Si no califica como agravante, es cierto también que el derecho debe hacer algo para corregir este aspecto, y graduar el quantum a imponer según el daño ocasionado al bien jurídico, más aún si es que ni siquiera se ha tenido en cuenta la afectación real y directa al bien jurídico tutelado, así:

Artículo 45°-A.- Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El Juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - a. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
 - b. Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
 - c. Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

a. Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;

b. Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y

c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito

Como se podrá apreciar, bajo ningún aspecto se comprende las conductas que abarcan el daño causado en los delitos contra la administración pública, de tal forma que de acuerdo a la magnitud del daño proponemos la siguiente modificación:

Artículo 45°-A.- Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el Juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El Juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

(...)

- 2. En todos los casos, cuando se trate de delitos contra la administración pública en los que se haya afectado los caudales del Estado, o afectado la función pública o el servicio a prestar, y siempre y cuando la lesión al bien jurídico no esté prevista como agravante, la pena a imponer será ubicada dentro del tercio superior.**

Pero no sólo la sanción a imponer consideramos, que en el caso de la reparación civil se debe especificar la obligación de determinar en cifras el bien jurídico afectado:

Contenido de la reparación civil

Artículo 93°.- La reparación comprende:

1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y
2. La indemnización de los daños y perjuicios.

En los casos de los delitos contra la administración pública, se deberá determinar el valor económico del caudal del estado afectado, como también el del servicio dejado de prestar, si fuera el caso.

CONCLUSIONES

1. Cuando se comete un ilícito penal contra la administración pública, si bien es cierto la atención en el veredicto que expresa la resolución judicial se concentra en la determinación de la pena, sin embargo se deja de lado el énfasis correspondiente en la precisión de la reparación civil, señalando un monto que muchas veces no se corresponde con la afectación del bien jurídico tutelado, ni tampoco con el daño ocasionado ni con la indemnización correspondiente.
2. Esto supone que en efecto, el quantum de la pena se determina de manera procedimental entre el máximo y el mínimo de la pena conminada, se precisan la atenuantes y agravantes, sin insistir demasiado en la gravedad del daño, pues muchas veces la afectación que se hace mediante la apropiación de caudales o el fraude en el comportamiento administrativo, no se ve reflejada como un fundamento para establecer la sanción penal a aplicar.
3. El Estado es el órgano creado por una comunidad nacional para normar conductas, pero también para sancionar comportamientos en los que se perjudican directamente el cumplimiento de funciones que se deben cumplir para procurar el bien común. Bajo esta perspectiva, penalmente se sancionan conductas que detienen la marcha y la prestación de servicios a los ciudadanos, detienen la inversión, la promoción del crecimiento, crean inseguridad, y hacen que las instituciones públicas no cumplan sus finalidades.
4. Por ello, cuando se protegen penalmente bienes jurídicos, se busca perseguir sancionar aquellos comportamientos que por ejemplo han lesionado caudales del Estado, la buena fe en el procedimiento administrativo, los fraudes del Estado, la lealtad en el actuar, etc.
5. En las sentencias estudiadas se advierte que en las mismas no se ha fundamentado debidamente la relación hecho ilícito – sanción penal, hecho ilícito – reparación civil, fundamentando una sentencia condenatoria sin atender que se debe atender el resarcimiento del daño ocasionado.

RECOMENDACIONES

1. Conforme a la propuesta de lege ferenda, brindada en la presente investigación, debe modificarse el artículo 253, inciso 3 del Código Penal y excluir el acápite relativo a la reiterancia delictiva.

2. Por ello se propone:

Artículo 253°.- Principios y finalidad

(...)

3. La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad.

4. No se tendrá en cuenta para determinar medida cautelar que afecte un derecho fundamental, cualquier antecedente delictivo anterior a los hechos investigados.

1. En defecto de lo anterior, debe llevarse a cabo un pleno jurisdiccional en donde se establezca la correcta interpretación de la normativa en donde se contempla la reiterancia delictiva para valorar la imposición de una medida cautelar, en este caso la prisión preventiva.

2. En última instancia, las instituciones legitimadas para interponer acción de inconstitucionalidad o los ciudadanos interesados de acuerdo a la Constitución Política de Perú deben incoar un proceso de tal naturaleza ante el Tribunal Constitucional, a efectos que se expulse del ordenamiento jurídico por vulnerar a la Carta Magna y al Bloque de Constitucionalidad, o en todo caso se emita una sentencia interpretativa a efectos que se logre una interpretación conforme a la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ASENCIO MELLADO, J. (2004). *Derecho Procesal Penal - Tercera Edición*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (1987). *La prisión provsional*. Madrid: Civitas.
- . ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos" p. 3. /En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf (visitada el 22 de mayo de 2017).
- BACIGALUPO, E. (2002). *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.
- BARONA VILAR, S. (2007). *Derecho Jurisdiccional III*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BARRITA LÓPEZ, F. (1990). *Prisión preventiva y ciencias penales*. México: Porrúa.
- BARATTA, Alessandro, Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica en Cuadernos de Política Criminal N° 24, Madrid, 1984, p. 542.
-
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio _ ARROYO ZAPATERO, Luis, Manual de Derecho Penal Parte General I Instrumentos y Principios Básicos del Derecho Penal, 1ª ed., PRAXIS S.A., Barcelona, 1994, p.10.
- BINDER , A. (2005). *Introducción al DErecho Procesal Penal - Segunda Edición*. Buenos Aires: AD HOC.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal Parte General, 3ª ed. Barcelona, 1989, p. 45.
- CACERES JULCA, R., & LUNA HERNANDEZ, L. (2007). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.
- CALDERON SUMARRIVA, A., & AGUILA GRADOS, G. (2010). *Balotario DEsarrollado para el Exámen CNM*. Lima : San Marcos.
- CONDORI MAMANI, R. (2015). *La prisión preventiva en el Proceso Penal - Primera Edición*. Lima : Adrus.

- CUBAS VILLANUEVA, V. (2005). *El nuevo proceso penal - Estudios fundamentales*. Lima: Palestra.
- CHIRINOS ÑASCO, J. (2016). *Medidas cautelares en el Código Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.
- CHIRINOS, Ñ. J. (2016). *Medidas Cautelares en el Código Procesal Penal - Primera Edición*. Lima: IDEMSA.
- DEL RÍO LABARTHE, G. (2016). *Prisión Preventiva y Medidas Alternativas - Código Procesal Penal del 2004 - Primera Edición*. Lima: Pacífico.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2009). *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- FLEMING, A., & LÓPEZ VIÑALS, P. (2008). *Garantías del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. (2004). *La prisión provisional*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- CHIRINOS ÑASCO, J. (2016). *Medidas cautelares en el Código Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.
- CHIRINOS, Ñ. J. (2016). *Medidas Cautelares en el Código Procesal Penal - Primera Edición*. Lima: IDEMSA.
- HERNÁNDEZ CANELO, R. (2013). *Historia del Derecho peruano*. Lima: Jurista Editores.
- HORVITZ LENNON, M., & LÓPEZ MASLE, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, ob. cit. "La doctrina de los bienes sirve de poco para decidir esta cuestión ("desde que punto de vista ha de establecerse que bienes, se asignen a quien se asignen, son dignos de protección y la necesitan"). La respuesta depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva, ..." p. 48.
- JIMENEZ Y GÓMEZ, M. d. (12 de Mayo de 2017). *Desaparición de la Prisión Preventiva*. Obtenido de Revista IUS: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926008> > ISSN 1870-2147.

- KAUFMANN, Armín, Teoría de las normas Fundamentos de la dogmática penal moderna, DEPALMA, Buenos Aires, 1977 (versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), p. 14.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J. (2016). *Prisión Preventiva, Límites Constitucionales*. Lima: Grijley.
- MAIER, J. (1996). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MIR PUIG, Santiago, Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites del IUS PUNIENDI. en *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1ª ed. Barcelona, ARIEL S.A., 1994. p. 137.
- MORENO CATENA, V. (1981). *En torno a la prisión provisional - Análisis de la Ley del 22 de abril de 1980*. Tirant Lo Blanch.
- MOCCIA, Sergio, De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales en Política criminal y nuevo Derecho Penal Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, J.M. BOSCH, 1997, p. 118.
- MORENO CATENA, V., & CORTEZ DOMINGUEZ, V. (2012). *Derecho Procesal Penal - Sexta Edición*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- NEYRA FLORES, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Lima: IDEMSA.
- NIEVA FENOLL, J. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer.
- NOGUERA RAMOS, I. (2017). *Prisión Preventiva*. Lima: EDiciones Jurídicas.
- ORÉ GUARDIA, A. (199). *Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo II*. Lima: Alternativa.
- ORE GUARDIA, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal. Tomo ii*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Todo sobre el Código Penal, T.I. Notas y Comentarios, Lima, IDEMSA, 1996, p. 30.
- PEÑA CABRERA FREYRA, A. (2014). *Derecho Procesal Penal Sistema ACusatorio - TEría del caso - Técnicas de litigación oral. Tomo II - Segunda Edición*. Lima: Rodhas.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2007). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Rodhas.

- PEREIRA CHUMBE, R. (2005). La prisión preventiva y sus límites temporales según el Tribunal Constitucional. *Actualidad Jurídica*, 145-155.
- PRIORI POSADA, G. (2007). *La tutela cautelar y el problema del tiempo y el proceso*. Lima: JUS Doctrina y Practica.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO ORTS, Miguel: *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima, 2004. p. 195.
- QUISPE FARFÁN, F. S. (2003). *El Derecho a la Presunción de Inocencia*. Lima: Palestra.
- RAMOS MENDEZ, F. (2015). *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. Recuperado el 20 de Mayo de 2017, de http://rya.es//articulos/Las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_esp_aol.pdf
- REYNA ALFARO, L. m. (2011). *El proceso Penal aplicado conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Grijley.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1987). *La Detención*. Madrid: Akal.
- ROJAS VARGAS, F. (2002). *Jurisprudencia penal y procesal penal 1999-200, Tomo I*. Lima : Adrus.
- ROSAS YATACO, J. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. [Lima: Jurista Editores.
- ROMANO, Mario "Merecimiento de pena", Necesidad de pena" y Teoría del delito en Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, JM BOSCH, 1995, p. 140.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2000). *Derecho Procesal Penal - Volumen I*. Lima : Grijley.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal Vol I*. Lima: Grijley.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho Procesal Penal - Lecciones*. Lim: INPECCP.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho Procesal Penal - Lecciones conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Lima: ENPECCP-CENALES.
- SANCHEZ VELARDE, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: IDEMSA.

- SANGUINE, O. (2003). *Prisión Preventiva y Derechos Fundamentales*.

Valencia: Tirant Lo Blanch.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Ob. cit. Citando a Hassemer indica: los principios de justicia (en los que centraríamos la idea de merecimiento de pena) y los de utilidad (que expresarían la necesidad de pena)...". Más adelante afirma: "Cabe pensar que en tal síntesis inciden consideraciones utilitaristas de necesidad de pena" p. 287.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, Fundamentos de Derecho Penal, 3ª ed., Valencia, TIRANT LO BLANCH, 1993. p. 45.

-

JURISPRUDENCIA

- SENTENCIA CIDH, Suárez Rosero Vs. Ecuador (Corte Internacional de Derechos Humanos).
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 0033-200-hc-tc (Tribunal Constitucional).
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1091-2002-HC-TC.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1091-2002-HC-TC.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL , 6201-2007-hc/tc (Tribunal Constitucional 10 de Marzo de 2008).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 98/1986 (Tribunal Constitucional 10 de Junio de 2014).
- VELEZ MARICONDE, A. (1982). *Exposición de motivos del Código Procesal Penal de Mendoza - Tomo II - Código Procesal Penal de Mendoza Anotado*. Mendoza: Abalos.

ANEXOS