



UNAP

Escuela de Postgrado

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CIENCIAS PENALES**

PROYECTO DE TESIS

**DE LA PENA Y SU INFLUENCIA EN LA PREVENCIÓN DE
LOS DELITOS DE PECULADO EN EL DISTRITO JUDICIAL
DE LORETO, DURANTE EL PERÍODO 2010-2013**

PRESENTADO POR:

ABOG. JULIO CESAR MARTIN FERNANDEZ MEDRANO

ASESOR:

Abog. SEGUNDO ROBERTO VASQUEZ BRAVO, Mgr.

**PARA OPTAR DEL GRADO ACADÉMICO DE
MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CIENCIAS PENALES**

IQUITOS – PERÚ

JUNIO DE 2014

ANTEPROYECTO DE TESIS

**DE LA PENA Y SU INFLUENCIA EN LA PREVENCIÓN DE LOS DELITOS
DE PECULADO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, DURANTE EL
PERÍODO 2010-2013**

MIEMBRO DEL JURADO

.....

.....

.....

.....
SEGUNDO ROBERTO VASQUEZ BRAVO
ASESOR

DEDICATORIA

- A mi esposa Blanca Deidre Aronéz Váscones, por su amor, comprensión y apoyo incondicional que siempre me ha demostrado.

RECONOCIMIENTO

- Mi especial reconocimiento a las autoridades de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, quienes me brindaron esta oportunidad de promover mi desarrollo profesional.

ÍNDICE

	Pag.
Jurados.....	01
Dedicatoria	02
Reconocimiento	03
Índice de contenido	04
Resumen	09
Asbtract.....	10

Título I

Planteamiento del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática	13
1.2. Definición del problema.	14
1.2.1. Problema principal	14
1.2.2. Problemas secundarios	14
1.3. Delimitación de la investigación	14
1.4. Justificación, importancia y objetivos de la investigación	15
1.4.1. Justificación e importancia de la investigación	15
1.4.2. Objetivos generales y específicos	16
1.5. Hipótesis y variables	17
1.5.1. Hipótesis principal	17
1.5.2. Hipótesis secundarias	17
1.5.3. Variables e indicadores	17
1.5.4. Operacionalización de variables e indicadores	19

Título II

Marco teórico de la investigación

Capítulo 1

De la supremacía constitucional

- 2.1.1. La protección de la persona humana y su dignidad como el fundamento del carácter vinculante de la Constitución del Estado20
- 2.1.2. El considerar al principio del debido proceso como una de las principales garantías de la administración de justicia y los derechos fundamentales. 29

Capítulo 2

Teoría de la pena

- 2.2.1. La pena. Cuestiones generales34
- 2.2.2. Fundamentos, esencia y fines de la pena35
- 2.2.3. Fundamentos de la pena35
- 2.2.4. Esencia de la pena36
- 2.2.5. Fines de la pena38
 - a. Teoría absoluta o retribucionista39
 - b. Teoría relativa o preventiva43
 - c. Teoría mixta o de la unión55
 - d. Toma de postura62

2.2.6. El sistema de penas en el derecho penal peruano	65
a. La pena privativa de libertad	71
b. Las penas restrictivas de libertad	78
c. Expatriación	79
d. Expulsión	81
e. Las penas limitativas de derecho	81
f. Prestación de servicios a la comunidad	86
g. Limitación de días libres	88
h. Inhabilitación	90
i. La pena de multa	94

Capítulo 3

Del delito de Peculado

2.3.1. Antecedentes del delito de peculado	97
2.3.2. El patrimonio público	98
2.3.3. La función y el servicio público	100
2.3.4. La administración pública	103
2.3.5. El funcionario público	105
a. En el Derecho Administrativo	105
b. En el Código Penal vigente	106
c. En la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	108
d. En las ejecutorias y Acuerdo Plenario de la Corte Suprema	110

e. En la jurisprudencia constitucional	121
2.3.6. El delito de peculado y otros delitos	125
2.3.7. Elementos del delito de peculado doloso	139
a. Elementos objetivos: normativos, sujetos activo y pasivo ...	142
b. Modalidades	145
c. Bien jurídico protegido	148
d. Participación y autoría	151
e. Grado de desarrollo del delito	163
f. Elemento subjetivo	166
g. De la pena	168
2.3.8. Del delito de peculado culposo	170
2.3.9. El delito de peculado en la legislación extranjera	174

Título III

Metodología de la investigación

3.1. Tipo de investigación	184
3.2. Método de la investigación	184
3.3. Universo de la investigación y muestra	185
3.4. Técnicas de recolección	185
3.5. Procesamiento y análisis de datos	186

Título IV

Presentación, análisis e interpretación de resultados

4.1. Presentación de resultados	188
4.2. Análisis de resultados	188
4.3. Contrastación de hipótesis	206
Conclusiones	207
Recomendaciones	208
Referencia bibliográfica	209

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad, a partir de un trabajo de campo y la experiencia en el ejercicio de la profesión, demostrar en qué medida la pena fijada para el delito de Peculado tiene alguna influencia para la prevención o disminución de estos delitos.

Para ello, hemos estructurado el presente trabajo del siguiente modo:

- El primer título está referido al planteamiento del problema, sus antecedentes y formulación, los objetivos, justificación, importancia y limitaciones de la investigación.
- El segundo título contiene el marco teórico de esta investigación; así, consideramos la supremacía constitucional y el debido proceso, teoría de la pena y propiamente el estudio del tipo penal de Peculado.
- El tercer título comprende la metodología empleada en la investigación: el tipo y diseño de la investigación, técnicas e instrumentos, población, muestra, diseño estadístico, etc.
- El cuarto título es propiamente la contrastación de la hipótesis, así como el análisis de los resultados obtenidos.
- Finalmente, se encuentran las conclusiones y recomendaciones a la que hemos arribado.

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

Es innegable que los delitos en agravio del patrimonio del Estado tienen un importante impacto en los medios de comunicación y en la sociedad, la frecuencia e incidencia de estos ilícitos penales es muy alta, ello a pesar que las penas son elevadas, por lo que todo indica que –respecto a la función preventiva que se esperaba- no ha tenido efecto alguno, por lo que consideramos importante investigar a fin de plantear las posibles soluciones a esta problemática.

En la presente investigación partimos de una explicación de la teoría de la pena, a fin de ingresar propiamente al análisis de nuestro tema en concreto, para lo cual nos apoyaremos en datos estadísticos que reflejen el aumento o disminución de este delito, así como la jurisprudencia y doctrina relacionada con esta investigación.

Este trabajo, como vemos, busca explicar cuál es el impacto o influencia que ha tenido la pena en la prevención de estos ilícitos, muy especialmente el de peculado. Cabe preguntarse entonces ¿realmente resultan ser efectivas las penas que se aplican a los agentes activos por la comisión de este delito o más bien se necesitan de otras medidas que tal vez pudieran complementarla?

No obstante lo expresado en líneas arriba, los resultados de la investigación sometida a la evaluación pertinente no tienen como único objetivo encontrarse

inmersa dentro de los presupuestos exigidos para su realización, sino que busca su orientación a la contribución práctica en la consolidación de un importante elemento conductor de la facultad punitiva del Estado en la búsqueda de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.

Dejo los resultados de esta Tesis a consideración de los miembros del honorable tribunal calificador para su correspondiente evaluación, no sin antes manifestar mi sincero agradecimiento a mi asesor de tesis y a los docentes de la Escuela de Posgrado que durante los años de formación posuniversitaria nos han sabido orientar en el ámbito académico, humanístico y jurídico.

El autor

Título I

Planteamiento del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

A través de las últimas noticias podemos darnos cuenta del gran impacto que tiene en los medios de comunicación y en la sociedad los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, y es que se consideran que se afecta el patrimonio de todos.

Dentro de la gama de estos delitos, es de destacar los delitos de peculado en todas sus modalidades, y son los que afectan directamente el patrimonio del Estado. Se habla, de este modo, de que habría hasta 19 gobiernos regionales con serios problemas de corrupción.

Muchos incluso están planteando la reforma o incluso la eliminación de las regiones, en la medida de que se considera que la falta de control y la abundancia de recursos son elementos que están favoreciendo la corrupción, y que la pena establecida para los delitos contra el patrimonio estatal no están siendo disuasivos.

Este trabajo, entonces, busca explicar cuál es el impacto o influencia que ha tenido la pena en la prevención de estos ilícitos, que incluso algunos lo consideran muy elevados. Cabe preguntarse entonces ¿realmente resultan

ser efectivas o más bien se necesitan de otras medidas que tal vez pudieran complementarla? Es así que nacen las interrogantes de nuestro problema.

1.2. Definición del problema

1.2.1. Problema principal

¿La pena ha tenido alguna influencia en la prevención de los delitos de Peculado?

1.2.2. Problemas secundarios

- a. ¿Qué problemas jurídicos, económicos y hasta sociales genera el incremento de los delitos de Peculado?
- b. ¿Es importante para la sociedad y el Estado diseñar y ejecutar planes para enfrentar la incidencia de los delitos de Peculado?

1.3. Delimitación de la investigación

La presente investigación se circunscribe al distrito judicial de Loreto y comprende el período de 2010 al 2013.

1.4. Justificación, importancia y objetivos de la investigación

1.4.1. Justificación e importancia de la investigación

La presente investigación resulta importante y se justifica porque del análisis que se realice se contribuirá a una mejor comprensión de este delito y a la forma de enfrentar su prevención y represión. Así, consideramos:

Es útil, porque con su resultado propondremos sugerencias que van a contribuir a resolver un problema jurídico, referido a si la fijación de una pena elevada tiene una influencia efectiva en la prevención de los delitos de Peculado.

Actual, porque los delitos de Peculado tienen una importante incidencia dentro de los ilícitos penales y representan una carga importante en la administración de justicia.

Generalizable, porque consideramos que el tema planteado engloba una serie de figuras e instituciones jurídicas, como los fines de la pena, la prevención del delito, y los diferentes tipos penales de Peculado.

Verificable, porque los métodos de investigación científica a utilizar permitirán a cualquier investigador del derecho poder llegar a las mismas conclusiones.

De Derecho, porque el problema planteado pertenece exclusivamente a la ciencia del derecho, y más concretamente a la ciencia del derecho penal, por ser su regulación exclusivamente normativa, sin excluir las repercusiones sociales que genere las sugerencias que se planteen en la presente investigación.

1.4.2. Objetivos generales y específicos

Objetivo general

Demostrar que la pena no ha tenido mayor influencia en la prevención (disminución) de los delitos de Peculado en el distrito judicial de Loreto, durante el período 2010-2013.

Objetivos específicos

- a. Identificar y explicar las causas por las cuales la pena no tiene mayor influencia en la prevención de los delitos de Peculado en el distrito judicial de Loreto.
- b. Explicar en qué medida la incidencia de los delitos de Peculado contribuye a la carga procesal que repercute en el retardo en la administración de justicia.
- c. Identificar si existe correlación entre la pena de los delitos de Peculado y su efectiva aplicación a través de las sentencias condenatorias.

- d. Demostrar y explicar que la prevención y represión de los delitos de Peculado requiere de un tratamiento integral.

1.5. Hipótesis y variables

1.5.1. Hipótesis principal

La pena en los delitos de Peculado no ha tenido influencia alguna para la prevención de este delito en el distrito judicial de Loreto, en los años 2010-2013.

1.5.2. Hipótesis secundarias

1. La prevención y represión de los delitos de Peculado requiere de una estrategia integral, que comprende el trabajo conjunto de varias disciplinas profesionales.
2. Los delitos de Peculado constituyen una agresión a la sociedad en su conjunto, por lo que tiene gran impacto en los medios de comunicación.

1.5.3. Variables e indicadores

A. Variables independientes

- La pena en los delitos de Peculado
- Prevención y represión requiere de estrategia integral
- Peculado constituye agresión a la sociedad

- **Indicadores y Sub-Indicadores**

- a. **A nivel doctrinario y jurisprudencial**

- En la dogmática jurídica
- En las sentencias de los órganos jurisdiccionales distritales
- En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
- En el Tribunal Constitucional

- b. **A nivel Normativo**

- Constitución del Estado
- Código Penal
- Tratados y convenios internacionales

- B. Variables dependientes**

- Nula influencia en la prevención de los delitos de Peculado
- Se requiere trabajo conjunto de varias disciplinas profesionales
- Gran impacto en los medios de comunicación

Indicadores y Sub-Indicadores

- a. **A Nivel Doctrinario**

- En la dogmática jurídica
- En los órganos jurisdiccionales distritales

- En la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
- En el Tribunal Constitucional

b. A nivel Normativo

- Constitución Política
- Código Penal
- Tratados y convenios internacionales

1.5.4. Operacionalización de variables e indicadores

- La pena tiene gran influencia para la prevención de los delitos de Peculado
- La pena tiene poca influencia en la prevención de los delitos de Peculado
- La pena no tiene ninguna influencia en la prevención de los delitos de Peculado

Título II

Marco teórico de la investigación

Capítulo 1

De la supremacía constitucional

2.1.1 La protección de la persona humana y su dignidad como el fundamento del carácter vinculante de la Constitución del Estado.

Concordamos con el profesor Castillo Córdova cuando afirma: “Si, como se ha argumentado, la Constitución peruana es norma jurídica fundamental, la consecuencia necesaria es que todo su contenido es normativo y vinculante. Esto, aplicado de las disposiciones de la Constitución que reconocen los derechos de la persona, significa que los derechos constitucionales vinculan tanto al poder político como a los particulares. Es decir, que los derechos constitucionales son categorías jurídicas plenamente vigentes y que deben ser respetadas por sus destinatarios.”¹

Y es que actualmente es pacífico sostener que la Constitución es una verdadera ley suprema que -a través de sus normas- vincula a todas las personas e instituciones de un Estado. En otras palabras: ninguna ley, persona natural o entidad pública o privada puede sentirse superior o intocable ni ajena a sus disposiciones. Ello se basa en la supremacía que nos merece la persona humana,

¹ Cfr. Castillo Córdova, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Universidad de Piura, ARA Editores, 1ª. Edición, Lima octubre de 2004, p. 43.

en el respeto a su dignidad² y de su libertad que le va a permitir realizar y alcanzar su proyecto de vida.³

De Asís Roig,⁴ sostiene que el papel de los derechos fundamentales en una sociedad moderna es claro. Estos derechos constituyen la base de todo sistema político que postule como fin fundamental el desarrollo de la dignidad humana y, por otro lado constituyen las exigencias, necesidades y pretensiones vitales de los hombres. El conocimiento de su significado, de su importancia, de la posibilidad de su ejercicio, es fundamental no solo para toda persona sino también para el porvenir de la humanidad. Podemos así afirmar, con Eusebio Fernández, que la defensa de los derechos humanos fundamentales se presenta como un auténtico reto moral de nuestro tiempo, la piedra de toque de la justicia del Derecho y de la

² Cfr. Fabián Novack y Sandra Namihás. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura-GTZ. 1ª. Edición, Lima, noviembre 2004, p.16, sostienen: ...“cuando nos preguntamos dónde radica el fundamento de los derechos humanos (esto es, el por qué) debemos responder que en la dignidad humana, ya que no es posible hablar de ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, integridad, honor (...) el reconocimiento de los derechos humanos es la única manera de garantizarle al individuo una vida digna y, por tanto, su condición de ser humano.” De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos*. ARA Editores. 1ª. Edición. Lima 2005, pp. 71-72, haciendo referencia al tribunal español, sostiene: “Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la dignidad humana considerándola como un valor espiritual y moral inherente a todas las personas, que se constituye en un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar... (STC 27/82, 53/85, 57/94).

³ Cfr. Fernández Sessarego, Carlos Enrique. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Ica. 1ª. Edición. Lima 2003, pp. 14-15, sostiene que: ...“el derecho, a través del aparato normativo, se halla al servicio del hombre coexistencial, para asegurarle el libre desenvolvimiento de su libertad creando situaciones propicias de justicia y seguridad, de todo lo que dinamizará la paz. El hombre, que es un ser libre, requiere, pese a los enormes condicionamientos a que está sometido en su vida, a realizarse según el llamado de su vocación personal, única e intransferible. Para ello exige, necesita poseer los medios adecuados, culturales, económicos, de salud, etc. El derecho, a través de las normas, debe coadyuvar a obtener todo de ello. El derecho es así, debe ser así, liberador. La principal función del derecho es asegurar, mediante la justicia y la seguridad, el que cada hombre, y con él la comunidad toda, se realice y no se fruste.”

⁴ Cfr. De Asís Roig, Rafael. *Escritos sobre Derechos Humanos...* p.54

legitimidad del Poder y el procedimiento garantizador de la dignidad humana contra todo tipo de alienación y manipulación.

Bastante ilustrativa y pedagógica es la sentencia dada por el Tribunal STC - Exp. N.º 00030-2005-AI/TC – Congresistas de la República, en la que expuso:

“A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.

Es por ello que el artículo 45º de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2º del CPConst.) no son funciones que competan de modo privativo al Congreso de la República, sino que las comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos.

43. De ahí que el artículo 38º prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200º, inciso 4; 201º; 202º, inciso 1; 203º, y 204º hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiriendo a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculan a todos los poderes públicos y adquieren calidad de cosa juzgada (artículos 81º y 82º del C.P.Const.).

44. De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a "la mayoría", se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.

45. Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas."

Es pues, que en la búsqueda de tomar precauciones contra los excesos de poder, es que la Constitución se convierte en una norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para todas las autoridades, quedando sometida así la política al Derecho, en la forma del Estado de Derecho.⁵

Se debe tener en cuenta que todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas desde y conforme con la Constitución. La vinculación al poder político queda expresamente manifestada cuando el constituyente peruano ha manifestado que el poder político emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45 CP). Mientras que la vinculación a los particulares se concluye del artículo 38 cuando se establece que todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución. Que la Constitución es norma fundamental significa que es la norma primera o la norma madre de todo el ordenamiento jurídico. Todo el conjunto de normas que configuran este ordenamiento tiene por base a la Constitución y serán válidas en la medida que no la contradigan, ya sea en el fondo como en la forma.⁶

En consecuencia, “La Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados. Al respecto, este Tribunal ha

⁵ Cfr. Landa, César; en su *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, 1ª. Edición, Lima mayo 2004, p. 18.

⁶ Cfr. Castillo Córdova, *Comentarios al Código Procesal Constitucional...* p. 42.

declarado que la Constitución “(...) no es solo “una” norma, sino, en realidad, un “ordenamiento”, que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado ‘Constitución Política de la República del Perú’ y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa (...)”. (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N.º 26285 (Exp. N.º 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

Ahora bien, ¿de dónde nace o cuál es el fundamento de ese carácter vinculante que se le reconoce a la Constitución? El artículo 1 de la Constitución Política ha establecido que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, este concepto configura en la realidad una protección tanto *subjetiva* como *objetiva* de los derechos fundamentales ante cualquier arbitrariedad de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona.

El concepto de derechos fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana, sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, siendo instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto

una moralidad básica como una juridicidad básica.⁷

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo, conforme a lo normado en el artículo 1 de la Constitución.

Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Estado, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1) y de enumerar buena parte de ellos en su artículo 2, prevé en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter *social* y *económico* reconocidos en el Capítulo II y los *políticos* contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De esta manera, podemos señalar que es la propia Constitución la que incorpora

⁷ Cfr. Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37.

en el orden constitucional, no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. Consecuentemente, el catálogo de los derechos fundamentales incorporados en la Constitución, se complementa con aquel constituido por los derechos innominados, cuyo reconocimiento corre por cuenta de los jueces y, en especial, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, por el Tribunal Constitucional.

Así lo ha hecho, por ejemplo, entre otros casos, cuando ha definido los alcances del derecho a la verdad (STC 2488-2002-HC/TC, caso Genaro Villegas Namuche), del derecho al agua potable (STC 6546-2006-PA/TC, caso César Augusto Zúñiga López), del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (STC 0007-2006-PI/TC, caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari), del derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos (STC 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde), del derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas (STC 02432-2007-PHC/TC, caso Rolando Apaza Chuqitarco), entre otros.⁸

Los derechos fundamentales presentan modernamente una doble dimensión subjetiva y objetiva. En su concepción inicial, los derechos fundamentales eran simples límites al ejercicio del poder público, es decir, garantías negativas para tutelar los intereses individuales. Hoy día se han convertido, además, en un

⁸ Cfr. STC Exp. No.03052-2009-AA/TC – Caso Yolanda Lara Garay.

conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva del Estado y sus instituciones. Por tanto, los derechos fundamentales responden hoy día a un conjunto de valores y principios de vocación universal, que informan todo el contenido del ordenamiento infraconstitucional. En su dimensión subjetiva, es evidente que los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, al mismo tiempo que enmarcan sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. De esta forma, tales derechos tienden a proteger la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder público, sino también frente a los demás miembros de la comunidad.⁹

Concordamos con Fabián Novack y Sandra Namihás¹⁰ quienes sostienen ...“cuando nos preguntamos dónde radica el fundamento de los derechos humanos (esto es, el por qué) debemos responder que en la dignidad humana, ya que no es posible hablar de ser humano sin dignidad, como tampoco es posible hablar de una vida digna sin libertad, igualdad, integridad, honor (...) el reconocimiento de los derechos humanos es la única manera de garantizarle al individuo una vida digna y, por tanto, su condición de ser humano.”

⁹ Cfr. Hernández Valle, Rubén. *Derechos fundamentales y Jurisdicción constitucional*, Jurista Editores, 1ª. Edición, Lima marzo 2006, p. 29.

¹⁰ Cfr. Fabián Novack y Sandra Namihás. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos...* p.16.

2.1.2 El considerar al principio del debido proceso como una de las principales garantías de la administración de justicia y los derechos fundamentales.

Es de recordar que el artículo 139 inciso 5 de la Constitución del Estado establece, como una de las garantías de la administración de justicia, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Igualmente, el proceso judicial es una herramienta del derecho para hacer efectivos los derechos establecidos en las normas materiales, cuya finalidad abstracta es lograr la paz social con justicia y la finalidad concreta es resolver los conflictos de intereses y eliminar las incertidumbres jurídicas, ambas con relevancia jurídica, conforme se señala en el título preliminar del Código Procesal Civil.

Es de tener en cuenta que el proceso no tiene sustento por sí solo, sino en el cumplimiento de sus fines y en la realización de los derechos sustantivos.¹¹ El proceso requiere de las normas sustantivas, las que se aplican en los procesos con sentencias declarativas, constitutivas cuando hay violación de la norma material, y en los casos que no hay violación también la actividad jurisdiccional se remite al dato normativo para efectuar el juzgamiento.

¹¹ Cfr. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, Vol. I, p. 37.

Enrique Vescovi¹² al referirse a las funciones y fines del proceso, concluye que parece, lo más aceptable es entender que la función del proceso es jurídica, aunque se origina en un problema social, Lo que no puede ser de otro modo, puesto que el derecho tiene por fin regular la convivencia humana (social), y que la actividad procesal se dirige a imponer el derecho objetivo. La finalidad última es, por consiguiente, la realización del derecho (sería admisible afirmar que la actuación de la ley), para, en definitiva, asegurar la paz social y la justicia.

Todo proceso judicial viene a constituir una herramienta, un instrumento para el cumplimiento de un fin, sea concreto o abstracto, es así que el proceso no justifica su existencia sino en el cumplimiento de su propósito, de su objetivo final, el que tiene directa vinculación con la existencia de un sistema de derecho estructurado en principios, normas, leyes de carácter material o sustantivo.

De este modo, el debido proceso, del que actualmente no hay duda sobre su carácter de derecho fundamental¹³ implica el conocimiento previo del conjunto de

¹² Cfr. Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Ed. Temis, Santa fe de Bogotá, 1999, p. 91.

¹³ Sobre el tema, Bernal Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima, julio de 1999, p. 641, afirma que el debido proceso...“en la actualidad no sólo es considerado como un derecho constitucional sino como derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho. (...) Es por ello que la garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. (...) Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes.” Por su parte, Landa, César, en su *Teoría del Derecho Procesal Constitucional...* pp.196-197, nos explica que: ...“la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional valorativa a ser respetada por todos. En consecuencia, el debido proceso encierra en

reglas con los cuales se va a juzgar a una persona y que, sólo así, concluirá en una sentencia –absolutoria o condenatoria- válidamente emitida. De ello se infiere lo que en doctrina se reconoce como los dos aspectos que comprende: procesal y sustantivo. El primero se refiere al respeto de las normas preestablecidas, y el segundo encierra una connotación ética, el ideal de justicia, que consolida su validez al emitir una sentencia sin afectación de los derechos fundamentales.

Así, Juan Francisco Linares¹⁴ precisa que: a) En su faz procesal constituye un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando -en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos)- regula jurídicamente la conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos. b) En su faz sustantiva. Constituye el debido proceso también, y además, un estándar o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía genérica de la libertad individual.

sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”...

¹⁴ Citado por Francisco Eguiguren Praeli, en su *Estudios constitucionales*, ARA Editores, 1ª. Edición, Lima 2002, p. 213.

Esta doble expresión del debido proceso reconocido en la doctrina, también fue recogida por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, conforme puede verse –por todas- en la recaída en el Exp. No. 3282-2004-HC/TC – Caso César Almeida Tasayco, en la que se lee:

“[...] El debido proceso¹⁵ tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; mientras que en su faz sustantiva se relaciona con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.”

Ampliando más sobre el tema, referido a cuándo podemos estar frente a un proceso irregular, el Tribunal Constitucional, en el Exp. No. 3283-2003-AA/TC – Caso Taj Mahal Discoteque, sostiene que:

“El procedimiento será calificado como regular cuando la autoridad judicial competente para el caso concreto –por razones de turno, materia, función, cuantía y territorio– resuelva, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados

¹⁵ Cfr. Landa, César, en su *Teoría del Derecho Procesal Constitucional...* pág. 195, respecto al debido proceso y que hace suyo lo expuesto por el profesor Néstor Pedro Sagües, sostiene que éste tiene su origen en el due process of law anglosajón y que se descompone en a) debido proceso sustantivo, que es el que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, así como a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; b) el debido proceso adjetivo, que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales, alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimientos para llegar a una solución judicial mediante una sentencia.

por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos. La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso.”

“En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139.º de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor. A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, se vulnera el principio de predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, [...]

Capítulo 2

Teoría de la pena

2.2.1. La pena. Cuestiones generales

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable".¹⁶ El orden jurídico prevé además las denominadas "medidas de seguridad" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad.

Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "ius puniendi" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

¹⁶ La polémica sobre la pena es complejísima, tanto desde el punto de vista fáctico, fenomenológico y valorativo. Al respecto, véase: Mir Puig. *Derecho Penal Parte General*, 5ta. Edición (reimpresión), Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2005, pp. 51 y ss. Bustos Ramírez, Manuel. *Manual de Derecho Penal Parte General*, 4ta. Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1994, pp. 23 y ss. Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, 5ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1997, pp. 22 y ss. Zugaldía Espinar, J. María. *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia – España, 1993, pp. 59 y ss.

2.2.2. Fundamentos, esencia y fines de la pena

La pena se justifica en cuanto instrumento insustituible del control social. Sin embargo, la doctrina penal cuando analiza el problema de la pena y su legitimación suele distinguir: fundamento o justificación, esencia o naturaleza y fines o funciones de la pena, con una terminología no siempre homogénea que se acepta a efectos expositivos.

2.2.3. Fundamentos de la pena

Es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real.¹⁷ Frente a ello, Jescheck indica que la pena tiene una triple fundamentación: política, sociopsicológico y ético – individual. Desde un punto de vista político – estatal se justifica la pena porque sin ella el orden jurídico dejaría de ser un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo. Desde un punto de vista sociopsicológico, porque satisface las ansias de justicia de la comunidad; si el Estado renunciase a la pena, obligando al perjudicado y a la comunidad a aceptar las conductas criminales como si no hubieran tenido lugar, se produciría inevitablemente un retorno a la pena privada y a la autodefensa, propias de etapas históricas ya superadas.

¹⁷ Cfr. García – Pablos de Molina, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*, 4ta. Edición, Editorial Areces, Madrid – España, 2006, p. 121.

Desde un punto de vista ético – individual, la pena se justifica en consideración al propio delinciente, ya que permite a éste, como un ser moral liberarse de su sentimiento de culpa.¹⁸

2.2.4. Esencia de la pena

Conceptualmente la pena es privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional al que ha cometido un delito. Por ende, la pena es un mal de naturaleza retributivo; de aquí se desprende la necesidad de una relación de proporción entre la gravedad del hecho cometido y la gravedad del castigo.

A menudo en nuestro medio se escucha la frase: “más vale prevenir que lamentar” (con la misma frecuencia que es ignorada) ya sea para referirnos a temas relacionados con situaciones que a lo largo de nuestra vida no tocan vivir, como pueden ser las coyunturas de orden económico, financiero, académico, político y situaciones que tiene que ver con la salud. Dicho esto, es paradójico que a pesar de su importancia pocos conozcan lo que significa realmente prevenir, máxime si con ello pueden avizorarse estados que pueden causar daños irreversibles, y la relevancia per se que adquiere en nuestro ordenamiento jurídico y en general en el Derecho, más aún, si *“...es la expresión de los principios de justicia que regulan las relaciones de las personas en sociedad y determinan las facultades y*

¹⁸ Cfr. Jescheck, Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Traducción de Rodríguez Manzanares, Editorial Comares, Granada – España, 1993, p. 44.

*obligaciones que les corresponden, considerando las circunstancias histórico-sociales...*¹⁹

Y esto es lo que aparentemente busca argumentar NOLL al precisar que la pena es un mal necesario, pero no necesariamente un mal. Debe infligir, a veces, un mal por razones de prevención general o especial, sin que ello resulte su supuesto carácter represivo.

Sin embargo, *partiendo de la distinción entre concepto o fundamento y fines de la pena no es contradictorio afirmar que la pena parte de la esencia retributiva, aunque esta cumple con otros fines ajenos a la mera retribución (ejemplo la prevención)*. Por tanto, sería incorrecto dejarnos intimidar con la frase *retribución* para afirmar que la pena tiene una naturaleza retributiva, dado que, responde a la idea de que el delito es el presupuesto para la imposición de una pena.

Desde un punto de vista material, la pena es un mal porque consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos del culpable y porque sólo de esta manera puede tener su necesaria eficacia intimidatoria; por lo que, emplear en este apartado el término *prevención*, y así reemplazar la palabra mal, es equivocar los planos de análisis de la pena; esto es, una cosa es su esencia (retributiva) y otros sus fines.

¹⁹ Cfr. Pacheco Máximo. *Teoría del Derecho*, 4ta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia 1990, p. 73.

2.2.5. Fines de la pena

Bacigalupo acota que la primera cuestión que debe abordar el estudio del Derecho penal es la concerniente a la *función* de las normas que lo integran. Se trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado, un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas? En este sentido, *función del derecho penal y teorías de la pena* tienen una estrecha relación: *toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal.*²⁰

Esta afirmación, que iniciaría cualquier comentario, análisis o estudio de la pena, sólo se circunscribe a analizar un aspecto de la teoría de la sanción penal, el concerniente a los fines de la pena; esto es, del significado del acto de castigar tanto para el propio condenado como para la sociedad que castiga. Ya no se estudia la legitimación y esencia de la pena, sino para qué se va a imponer la pena.

Así, tenemos que comentar la concepción que se impone una pena por la realización de la justicia, así como, la concepción que entiende que si se somete a una persona a los efectos negativos de la pena, es por razones de utilidad social. Justicia y utilidad son principios o axiomas que tratan de fundamentar la pena. Por

²⁰ Cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique. *Principios de Derecho Penal - Parte General*, 4ta. Edición, Editorial Akal, Madrid – España, 1997, p. 107.

tanto, las *teorías* de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, sino ¿para qué?

a. Teoría absoluta o retribucionista

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

Para la retribución, el sentido de la pena estriba en que *"la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal... la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia"*.²¹ Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario para el desarrollo posterior del capitalismo.²²

²¹ Cfr. Roxin, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid – España, 1976, p. 12.

²² Cfr. Bustos Ramírez, Juan. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, pp.115-119. Bustos considera al Estado absoluto como un estadio cuyo fin no es otro que la imposición del capitalismo, así la pena "no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista". No se comparte esta posición por dos razones fundamentales: la primera radica en el hecho que el Estado absoluto - como etapa histórica- no pretendió en ningún momento servirse intencionalmente como medio para la llegada del capitalismo, la segunda se funda en que el capitalismo se debe al proyecto moderno (resultado de la confluencia de la reforma protestante, la revolución francesa y la ilustración, que originaron a su vez los tres grandes núcleos organizativos de la modernidad: democracia, capitalismo e industrialismo). Sobre esto último, véase: Brunner, José Joaquín. *América Latina en la encrucijada de la modernidad*. En: Revista Foro, N°. 20, Lima – Perú, 1993, pp. 95-112.

La concepción liberal del Estado trae consigo, como respuesta al sentido de la pena, la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, *"la imposición de un mal por el mal cometido"*.²³ La pena surge, entonces, como una necesidad moral derivada de un "imperativo categórico" como lo es la justicia para Kant, o bien para Hegel como una necesidad lógica: negación del delito y afirmación del derecho.

a. Teoría de Kant.

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

Por eso, la ley penal se presenta como un "imperativo categorico", una exigencia de la Justicia. Ella debe ser arribá de las concideracionés utilitaria como protección de la sociedad or otras. La pena es un fin, y no un medio para

²³ Cfr. Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal* Editorial Bosch, Barcelona – España, 1975, p. 34.

conseguir un bien, ni en la situación en que el se consigue para sociedad porque el hombre no puede ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.

La teoría de la justa retribución fue desarrollada por Kant, para quien la pena "debe ser" aun cuando el estado y la sociedad ya no existan. Esta concepción recibe su característica de "absoluta" debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia. El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Talión. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse.

De lo indicado por Kant, es la idea de proporcionalidad entre el delito y la pena la más válida. En efecto, según Kant, una pena que no tuviese en cuenta el daño causado por el delito no sería justa. La conciencia colectiva y la del infractor deben sentir como propia la igualdad que ha de existir entre el daño causado por el delito

y la pena merecida.²⁴ Sin embargo, al final de este punto, se indicará las críticas que se le adscribe a la concepción retributiva, incluida la de Kant y los demás representantes.

b. Teoría de Hegel.

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

La pena es la restauración ideal del orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular. Es más, a juicio de Hegel, solo así se trata al delincuente como a un ser racional y libre, sólo así se le honra, dándole no ya algo justo en sí, sino su derecho. La justicia de la pena concreta, sin embargo, no vendrá dada para Hegel por la rigurosa *ley del talión* kantiana, sino por un principio valorativo más flexible, que tenga en cuenta las características de la lesión concreta y las circunstancias de la sociedad civil.

²⁴ Cfr. Cuello Contreras, Joaquín. *El Derecho Penal español. Curso de Iniciación. Parte General*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996, p. 73.

c. Teoría de Binding.

Desde un planteamiento distinto, la postura de Binding conducirá también a una fundamentación absoluta de la pena, pues ella no perseguirá otra cosa que mostrar al delincuente su impotencia ante la ley y someterla a la *fuerza absoluta o victoriosa del Derecho*.²⁵

d. Teoría de la Expiación.

La teoría de la expiación es una variante de las teorías de la justicia. Por expiación se entiende una actividad anímica del penado, de carácter moral, para *purificarse* interiormente a través del arrepentimiento experimentado con ocasión del castigo, los reparos contra esta teoría son aún más serios.

b. Teoría relativa o preventiva

Las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo general de la pena (negativa o positiva). Si, por el contrario, el fin

²⁵ Cfr. Kaufmann, Armin. *Teoría de las normas*, Traducción de Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1977, pp. 246-247.

consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una teoría preventivo especial o individual de la pena (negativa o positiva).

a. Teoría de la prevención general negativa.

Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su

imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza.

Según Feuerbach, la ejecución de la pena tiene lugar "para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza". Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

En una versión moderna de esta teoría (propio de la década de los sesenta en Alemania), entendió que, de la misma forma que el Derecho penal había de proteger eficazmente bienes jurídicos necesarios para la convivencia, la pena debía cumplir una función puramente social, esto es, que verdaderamente sirviera para evitar que se realizaran comportamientos lesivos de los bienes jurídicos tal como a partir de ahora entendían, alejándose de toda concepción de la pena que surgiera la idea de castigo o expiación.

No obstante, lo que esta teoría no ha logrado nunca ha sido fundamentar la pena en una teoría general de la sociedad dentro de la cual el Derecho penal sea un instrumento más entre otros. De hecho, es por eso por lo que el Derecho penal ha sido tan vulnerable a la crítica de las ciencias sociales. Y es que si el Derecho penal se conforma con justificar la pena en el axioma, no comprobable por los demás, de que siempre habrá alguien que si se deje motivar por la amenaza de la

sanción, difícilmente será rebatible, aunque sea al precio de excluir toda consideración sobre otros mecanismos de control distintos a la pena que quizá proporcionarían que fuesen más, y por mejores cauces, los motivados a no dañar la convivencia que los motivados por la pena.

De esta forma, la pena así entendida instrumentaliza al hombre, lo convierte en medio al servicio de otros fines, en objeto de fines preventivos, porque no se le castiga por lo que ha hecho, sino para que los demás no delinca. Asimismo, esta teoría hace resaltar la ausencia de límites propios y la imposibilidad de trazar criterios que precisen los presupuestos de la intervención penal si se parte de este sólo concepto.

b. Teoría de la prevención general positiva.

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como prevailecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la

fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.²⁶ Al respecto, Jakobs señala que: “*Tarea del Derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador de las relaciones sociales*”.²⁷ Kaufmann, precisa que a esta teoría le corresponde tres cometidos: una función informativa, advirtiendo al ciudadano de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar; y la tarea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el Derecho.²⁸

Para esta teoría, destinatario de la pena no es el infractor potencial, ni el delincuente, sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, cuya confianza en el sistema hay que fortalecer. La protección de bienes jurídicos pasa a un segundo plano, a lo sumo como objetivo mediato.

La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones. Con esta formulación del problema se obvian, sin duda, las objeciones que, por lo general, han invalidado otras teorías

²⁶ Cfr. Pérez Manzano, M. *Culpabilidad y Prevención*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España, 1986, Pág. 215.

²⁷ Cfr. Jakobs, Gunther. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Editorial Pons, Madrid – España, 1995, Pág. 09.

²⁸ Cfr. Kaufmann, Armin. *Política Criminal y Reforma Penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, p. 127.

de la pena, en la medida en que éstas hacían referencia a ciertas consecuencias que requerían una verificación empírica.

Sin embargo, esta teoría ha sido objeto de críticas, porque se considera que niega la ideología de la resocialización (la cual analizaremos más adelante) sin acompañar su crítica de la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y que sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente.

En efecto, a esta teoría se le imputa el de ser un modelo tecnocrático, legitimador y acrítico. El centro de gravedad de la pena pasa de la subjetividad del individuo y del mundo axiológico, de los valores, al sistema y a las expectativas institucionales, eludiendo cualquier reflexión crítica ajena a la funcionalidad del castigo para el sistema.²⁹ Se le ha criticado también que esta teoría desvincula la pena con la función protectora de bienes jurídicos, cuando define al delito no como lesión de éstos, sino como expresión simbólica de falta de lealtad al Derecho que cuestiona la confianza institucional en el sistema.

c. Teoría de la prevención especial positiva.

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la

²⁹ Cfr. Baratta, Anselmo. *Integración – Prevención, una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica*. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 24, Madrid – España, 1984, p. 534 y ss.

escuela de la defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Según este punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización . Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; "sólo la pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito".

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

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

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

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

Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocular, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- Corrigiendo al corregible: resocialización.
- Intimidando al intimidable.
- Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, este punto de vista también es vulnerable. El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del ius puniendi. No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la

aplicación y ejecución de penas. No posibilitan una delimitación del ius puniendi en cuanto a su contenido. Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados –enemigos políticos- o los asociales –mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea:

- Delincuentes primarios y ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.

- Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición.
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir.
- Delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.
- Delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado. No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia. La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la

investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

b. Teoría de la prevención especial negativa

El término *inocuización* del delincuente viene de la teoría de Von Liszt³⁰ indicada en el anterior acápite. Su innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo hace que no se encuentren apenas referencias al mismo. Ello, con independencia de la existencia, en mayor o menor medida, de instituciones como, por ejemplo, la *custodia de seguridad* alemana, orientadas básicamente, aunque no exclusivamente a la inocuización de delincuentes habituales.

La premisa mayor de la teoría de la inocuización es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes, respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo. De modo que la inocuización de los mismos (esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible) conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste.

³⁰ Cfr. Silva Sánchez, Jesús María. *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos*. En: Estudios de Derecho Penal, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, p. 233.

Los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuaría, de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos, sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto.

Sin embargo, la búsqueda de criterios valorativos de distribución razonable de la carga de la inseguridad habría de ser el criterio de la reforma penal. Una reforma que descartaría cualquier concepto radical de la inoquización, como distribución desequilibrada de cargas en perjuicio del penado. Pues una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad. En suma, cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir siempre todo el riesgo de un delito futuro cometido por el sujeto imputable.

c. Teoría mixta o de la unión

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, éstas "teorías de la unión" son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el "ius puniendi" estatal, "con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan".

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución. Y las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

a. La culpabilidad como fundamento de la pena.

La dirección conservadora, que encuentra (en Alemania) encaje en el Proyecto Oficial de 1962, ve en la retribución el *fundamento* de la pena. La pena tiene sentido en cuanto retribución de la culpabilidad del autor y reafirmación del orden jurídico, sin perjuicio de que *además* pueda cumplir determinados fines de política criminal, como el de prevención de futuros delitos, mediante la intimidación individual, la general y (de forma más duradera) mediante la recuperación del delincuente.

La función que se asigna al Derecho penal tiene su fundamento en la proporcionalidad de la pena con el delito. No se busca la realización de la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad.

b. La culpabilidad como límite de la pena

La dirección progresista, en la doctrina alemana, se refleja en el Proyecto Alternativo de 1966, que fundamenta la pena en la necesaria defensa de la sociedad, en la protección de bienes jurídicos, operando la retribución y la culpabilidad como mero *límite* de las metas de prevención. La pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres, y no un proceso metafísico para realizar la justicia sobre la tierra.

Dicho más brevemente para la dirección conservadora, la culpabilidad es *fundamento* de la pena, mientras para la progresista es mero *límite*. Para la primera, la función del Derecho penal es retribución – preventiva; para los segundos, esencialmente preventiva, protectora de bienes jurídicos.³¹

c. Teoría diferenciadora de Schmidhauser

Para el autor, las teorías monistas y las de la unión no contemplan con la necesaria sobriedad y objetividad el *fenómeno* de la pena estatal en el presente,

³¹ Cfr. Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2002, p. 73.

óptica de la que hay que partir, sino que ponen el acento exclusivamente en aspecto parciales del mismo, absolutizándolos.

A juicio del autor, la pena sirve al fin de la lucha contra el delito y, con arreglo a la experiencia, es obvio que se trata de un medio adecuado para tal fin el de hacer posible la convivencia manteniendo la comisión de crímenes dentro de unos límites tolerables para aquella. Dicho de otro modo, se castiga por razones de *prevención general* y ésta es la función que desempeña la pena como fenómeno social.

Schmidhauser ve, también, un particular sentido a la pena según las personas o instituciones que intervienen en su administración: el legislador, los órganos encargados de la persecución del delito, el juez penal, los funcionarios que tienen a su cargo la ejecución de la pena, el propio penado y la sociedad. Al legislador le preocuparía la *justicia*, pero más aún que la idea o valor de justicia, le preocuparía el bien de la sociedad. Para los órganos encargados de la persecución del delito, la pena tiene otro sentido: el de esclarecer los hechos y poner a sus autores a disposición de los tribunales, guiados por el principio de igualdad, sin perjuicio de contribuir al mantenimiento de la paz jurídica. Para el Juez penal se trata de hacer justicia a través de una correcta valoración de los hechos, jugando un papel, también, importante las exigencias de prevención especial, y no las de prevención general. Los funcionarios encargados de la ejecución, por su parte, ven en la pena hoy el modo de conducir al penado por el

camino más adecuado a fin de que pueda serle provechosa su estancia en la prisión y de facilitar su posterior incorporación a la sociedad como miembro útil.

Resumiendo, para Schmidhauser, en el momento de la conminación legal abstracta predomina la idea de prevención general; en el judicial, la de justicia; en el de ejecución de la pena, la tutela del delincuente y la prevención especial.³²

d. Teoría dialéctica de Roxin.

Como ya se ha visto, ninguna de las teorías tradicionales resiste la crítica, debido a esto se ha intentado resolver el interrogante del sentido y límites de la pena acudiendo a una teoría ecléctica denominada teoría mixta o unificadora. Dicha teoría parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales. Estas teorías mixta o unificadoras, resultan en un eclecticismo "que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie", ya que la mera adición o yuxtaposición de teorías no responde a la inquietud propuesta, sino por el contrario multiplican a tres los efectos sometidos a crítica.

Claus Roxin intenta responder la pregunta anotada al inicio del trabajo con su teoría unificadora dialéctica, sin caer en eclecticismos paradójicos. De esta manera, escribe lo siguiente: *"El derecho penal se enfrenta al individuo de tres*

³² Cfr. Mir Puig, Santiago. *Introducción...*, Ob. Cit., p. 76. García Pablos de Molina. Ob. Cit., p.173.

*maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado".*³³

Por su parte, Muñoz Conde nos describe la teoría en sus tres fases, la primera radica *"en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial",*³⁴ y los peligros propios de cada teoría sólo podrán ser superados con la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del *ius puniendi* descritos por el Derecho Penal. Analícese, entonces, dichas instancias:

- i. Las conminaciones de pena: El Estado debe asegurar a los residentes de su territorio las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, lo que se logrará con la protección de los bienes jurídicos y el aseguramiento del cumplimiento de las prestaciones públicas primarias. De esta forma encontramos dos consecuencias importantes: el derecho penal es de naturaleza subsidiaria, "los recursos

³³ Cfr. Roxin, Claus. Ob. Cit., pp. 17-19.

³⁴ Cfr. Muñoz Conde, Francisco. *Introducción...*, Ob. Cit., p. 35.

penales, por ser los más drásticos, tienen que ser los últimos"; y la segunda radica en que el legislador no puede castigar conductas no lesivas ni perjudiciales de bienes jurídicos, sin importar de que dichos actos sean moralmente reprochables.

- ii. Imposición y medición de la pena: *"Lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a Derecho del medio"*. La pena, al momento de imponerse o graduarse, no debe considerarse como la efectividad de la amenaza legal, con lo que se excluye la finalidad de la prevención general en este estadio. El castigo debe ser conforme a Derecho, es decir, al momento de imponerse la pena lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma con la conocida frase de Hegel: *"La pena es la negación de la negación del derecho"*. En pocas palabras la pena se justifica en su imposición por la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la colectividad, lo que no es más que lo ya dicho por la teoría de la retribución: la imposición de un mal por el mal cometido.

- iii. La ejecución de la pena sólo puede estar justificada *"si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del*

delincuente a la comunidad. Así, pues, sólo está indicada una ejecución resocializadora".³⁵

d. Toma de postura

Como se reconoce, el principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable".³⁶ Nuestro ordenamiento jurídico prevé además las denominadas "medidas de seguridad" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad.

Igualmente, y tal como lo explicábamos en líneas anteriores, es de mencionar que desde la antigüedad se discute acerca del fin de la pena, fundamentalmente desde tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión. Así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de

³⁵ Cfr. Roxin, Claus. Ob. Cit., p. 31.

³⁶ La polémica sobre la pena es complejísima, tanto desde el punto de vista fáctico, fenomenológico y valorativo. Al respecto, véase: Mir Puig. *Derecho Penal Parte General*, 5ta. Edición (reimpresión), Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2005, pp. 51 y ss. Bustos Ramírez, Manuel. *Manual de Derecho Penal Parte General*, 4ta. Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1994, pp. 23 y ss. Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, 5ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1997, pp. 22 y ss. Zugaldía Espinar, J. María. *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia – España, 1993, pp. 59 y ss.

diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "ius puniendi" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

Consideramos, entonces, que la pena se justifica en cuanto instrumento insustituible del control social. Es indiscutible, pues, que la justificación de la pena reside en su necesidad. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real.³⁷ Frente a ello, Jescheck indica que la pena tiene una triple fundamentación: política, sociopsicológico y ético – individual. Desde un punto de vista político – estatal se justifica la pena porque sin ella el orden jurídico dejaría de ser un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo. Desde un punto de vista sociopsicológico, porque satisface las ansias de justicia de la comunidad; si el Estado renunciase a la pena, obligando al perjudicado y a la comunidad a aceptar las conductas criminales como si no hubieran tenido lugar, se produciría inevitablemente un retorno a la pena privada y a la autodefensa, propias de etapas históricas ya superadas. Desde un punto de vista ético – individual, la pena se justifica en consideración al propio delincuente, ya que permite a éste, como un ser moral liberarse de su sentimiento de culpa.³⁸

³⁷ Cfr. García – Pablos De Molina, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*, 4ta. Edición, Editorial Areces, Madrid – España, 2006, p. 121.

³⁸ Cfr. Jescheck, Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Traducción de Rodríguez Manzanares, Editorial Comares, Granada – España, 1993, p. 44.

Por otro lado, descartada una pena establecida o determinada sólo por criterios de prevención general, prescindiendo de la culpabilidad y de la prevención especial, nada se opone a que sean razones de prevención general las que, excepcionalmente, prevalezcan frente a la prevención especial, dentro de lo merecido por la culpabilidad. Aunque en tales casos se antepondría la prevención general a la prevención especial, el hecho de que no se sobrepase de la prevención general armonizable con lo proporcional a la gravedad del delito (lo único que se hace es recortar excepcionalmente algún aspecto de la prevención especial), no cabe afirmar que se produzca una extralimitación de la prevención general, si bien, en este aspecto, se reconoce, en cierta medida, parte de la tesis de los defensores de la prevención general negativa, para quienes el límite de la prevención especial es la prevención general que puede oponerse a que la culpabilidad sea límite mínimo que se puede dejar de aplicar.

Así pues, consideramos que nada se opone a que el legislador introduzca cada vez más elementos que supongan un tratamiento individualizador de la pena que sirva a una auténtica resocialización, porque la pena (al igual que los bienes jurídicos a proteger penalmente) está al servicio del individuo (no al revés) y porque la defensa de la sociedad con que a veces se ha argumentado para justificar las instituciones penales, no es necesaria cuando es esa misma sociedad la que, a través de un proceso de individualización, acude a otros cauces más racionales de solución de sus conflictos.

2.2.6. El sistema de penas en el derecho penal peruano

La pena en un sentido amplio, es la sanción que el Estado impone a aquellos que atentan contra el ordenamiento jurídico. Toda norma jurídica se compone de dos elementos: norma (presupuesto primario) y sanción (presupuesto secundario). El presupuesto primario se refiere a la prohibición, orden, mandato, referido a la conducta. La sanción viene a ser el nexo constitutivo a la inobservancia de la norma.

Las penas y medidas de seguridad constituyen el punto de contacto de todas las normas penales. Una disposición no tiene carácter penal porque regule la lesión de mandatos o prohibiciones - rasgo atribuible igualmente a las normas civiles o administrativas - sino porque dicha lesión se encuentra sancionada con una de dichas consecuencias jurídicas. Sin embargo, la diversificación de las estrategias de la política criminal ha conducido a la introducción de otras formas de reacción en el marco del derecho penal. La ampliación de los instrumentos de la reacción penal se puede caracterizar del siguiente modo:

- La función eminentemente represiva que se le asignaba a la pena se le han agregado otras funciones de corte utilitario, lo que ha dado lugar a una notable evolución cualitativa de la misma, en particular de la pena privativa de libertad, así como a la introducción de otras penas (ampliación del sistema de penas);

- Las consecuencias jurídicas no sólo recaen en el comportamiento (individual) de la persona natural, sino también en los comportamientos delictuosos cometidos a través o por personas jurídicas. Esto implica la adopción de instituciones que refuercen la influencia del derecho penal sobre las personas jurídicas (sanciones a las personas jurídicas);

- Dentro del contexto de la trilogía conformada por el autor de la infracción, el Estado y la víctima, se considera igualmente importante la compensación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. En la medida en que la compensación es inherente a la transgresión jurídica (2), la reparación debe constituir una respuesta propia del derecho penal y no paralela o complementaria a éste (reparación como modalidad sancionadora);

- La necesidad de acentuar el carácter preventivo del derecho penal supone que al lado de la atenuación de la peligrosidad subjetiva del agente, fundamento de la imposición de las medidas de seguridad, se considere asimismo relevante la disminución de la peligrosidad objetiva de los instrumentos que sirven para la comisión del delito o son el producto del mismo (perfeccionamiento del comiso o de otras consecuencias accesorias);

- Finalmente, el aumento de la importancia de las estrategias de prevención del control penal determina que la sanción penal sea concebida no sólo como una consecuencia desfavorable al delincuente, sino también como un mecanismo de incitación a la observancia de la norma o de atenuación de los efectos negativos de su inobservancia (introducción de las llamadas sanciones " prémiales ").

El desarrollo diferenciado y multiforme de las estrategias de la reacción social frente al comportamiento delictuoso, ha llevado a asumir un concepto amplio de lo que se entiende por sanción penal y la teoría que la estudia. Esta se encarga del estudio de las instituciones y categorías vinculadas a la reacción del sistema penal frente a la comisión de una infracción penal.³⁹ Dentro de esta noción se comprenden, por tanto, instituciones tan disímiles como la pena, la medida de seguridad, la reparación civil y las denominadas consecuencias accesorias al delito. Esta fue también la concepción adoptada por el legislador cuando estructuró la sistemática de las consecuencias jurídicas del delito. Sin incluirlas dentro de un rótulo común, el legislador de 1991 las ordenó sucesivamente en la parte general del Código vigente, llegando a representar casi el 70 % de sus disposiciones.

La importancia de las sanciones penales no sólo es cuantitativa. Cualitativamente, su estudio permite observar con mayor claridad las opciones de política criminal

³⁹ Cfr. Eser, Albin. *Una justicia penal a la medida del ser humano*. En: Revista de derecho penal y criminología, N° 1, Madrid – España, 1998, p. 144.

seguidas por el Estado. A través de su análisis sistemático se puede dar cuenta de las (dis)funciones, incoherencias, posibilidades de desarrollo y límites de las estrategias de control y prevención de la criminalidad. Habiendo transcurrido más de un lustro desde la entrada en vigencia del Código de penal es de preguntarse, en consecuencia, cuáles son en la actualidad las características y los problemas fundamentales del sistema de sanciones (en particular de las penas)

Cuando decimos que las penas están organizadas en un sistema estamos asumiendo la idea de que se trata de una unidad global, cuyos elementos constitutivos están siempre relacionados entre sí y en contacto con una realidad determinada. Constituye en principio una unidad pues sus elementos responden a una misma finalidad en el control penal: la disminución de la criminalidad. A su vez esta finalidad es realizable a través de diferentes formas de intervención penal (penas en particular). En la medida en que estas modalidades de intervención penal cumplen tareas que repercuten en el funcionamiento del sistema en general, se encuentran vinculadas entre ellas a efecto de llegar a resultados coherentes. Los resultados perseguidos mediante la imposición y aplicación de un sistema de penas no es otro que la modificación positiva del comportamiento de los individuos a los que se aplica (influencia social de las penas). Los criterios de configuración de un sistema son además completados por otros que teóricamente lo hagan funcional. A continuación haremos un esbozo de los principales criterios que pueden dar tal calidad a las penas.

Un primer criterio a observar en la programación e implementación de un sistema de penas es el respeto de la dignidad humana (art. 1, Const.). La persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al momento que prevén, imponen o ejecutan penas. El carácter universal de este principio determina que sus alcances sean aplicables a toda persona cualesquiera que sea su condición física, síquica o jurídica. Por tanto, incluso los delincuentes más abyectos o peligrosos son titulares de este derecho.

La capacidad de todo individuo para autodeterminarse y definir sus proyectos de vida es, ciertamente, susceptible de restricción mediante la pena. Es aceptable que, en casos extremos, el Estado prive de libertad a un individuo que ha cometido un delito (prevención especial negativa). Pero esta limitación no debe ser absoluta ni indeterminada. El Estado no está autorizado a eliminar físicamente a una persona (proscripción de la pena de muerte) ni a privarla de manera perpetua de libertad o de otro derecho.

En el Perú, hasta mediados de abril de 1991 el viejo Código penal de 1924, contenía la clásica división de la sanción penal: penas de internamiento, penitenciaria, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación, cuya aplicación no solamente dependía de la mayor o menor gravedad del hecho punible, sino, además debería tenerse en cuenta los antecedentes penales del sujeto activo, pudiendo darse el caso del reincidente, a quien deberían sancionar con una pena no menor al máximo de la correspondería al delito tipo, debiendo el

juzgador tener en cuenta los dos extremos que se puntualizan en cada delito, para su real determinación. El instituto de la reincidencia ha desaparecido de nuestro actual Código Penal, permitiendo que las penas al momento de aplicarse, sancionen únicamente el hecho delictivo, olvidándose del historial penal del procesado.

Según el artículo 28° del Código Penal, las penas aplicables son:

1. Pena privativa de libertad.
 - 1.1 Temporal.
 - 1.2 Cadena perpetua.
2. Penas restrictivas de libertad.
 - 2.1 Expatriación.
 - 2.2 Expulsión.
3. Penas limitativas de derechos.
 - 3.1 Prestación de servicios a la comunidad.
 - 3.2 Limitación de días libres.
 - 3.3 Inhabilitación.
4. Pena de multa

Se puede apreciar que la actual legislación penal sustantiva ha eliminado las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión al unificarlas en la pena privativa de libertad a que refiere el artículo 29° del Código Penal. Tampoco contempla las penas accesorias de inhabilitación e interdicción civil durante la

condena y posterior de ella. A continuación, comentaremos cada una de estas penas.

a. La pena privativa de libertad

Que nuestro sistema de penas precisaba una profunda remodelación, es algo que nadie discute, cambio necesario tanto respecto de las propias penas existentes cuanto del modelo seguido por las reglas de determinación de la pena para hallar la concreta sanción aplicable.⁴⁰

Desde los orígenes de nuestra Codificación penal, la pena privativa de libertad ha

⁴⁰ Igual situación se dio en España, con relación a su Código Penal de 1995. en ese contexto, la doctrina española ha analizado la denominada "parte artística del Código", ahora derogado, caracterizada por su carácter extremadamente cerrado, había sido calificada por la doctrina como sistema de "muy compleja construcción" (Cfr. Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid - España, 1996, p. 101), de configuración "en extremo legalista" (Cfr. Octavio de Toledo / Ubieto, E. *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid - España, 1981, p. 328) achacándosele el defecto de pecar "de una cierta rigidez" (Cerezo Mir. Ob. Cit., p. 169). La minuciosa regulación establecida en este ámbito no impedía, sin embargo, habida cuenta de la general amplitud de los marcos penales, conjugada con referencias, en ciertos artículos, poco precisas a la hora de definir la conducta punible, que el principio de legalidad apareciese seriamente comprometido (En el CP de 1995 existe, también, algún precepto que resulta cuestionable desde la perspectiva de seguridad jurídica, como es el caso del art. 351, que prevé la pena de prisión de diez a veinte años para "los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas", precepto que permite imponer la pena inferior en grado en atención a "la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho"; esto es, se establece una pena que oscila entre los cinco y los veinte años de prisión, sin que al juzgador se le proporcionen pautas bastantes y precisas para moverse dentro de tan amplia penalidad). Tal detallada regulación propiciaba, en determinados supuestos, por lo demás, dada la presencia en el texto punitivo de las obsoletas "Escalas graduales", resultados absolutamente paradójicos, como el de tener que imponer, v. gr., la pena de caución de conducta o de multa de cien mil a un millón de pesetas al sujeto en principio, pongamos por caso, condenado a la pena de reprensión pública si el mismo, por tener a su favor, por ej., una eximente incompleta resultaba beneficiado con la rebaja en un grado o dos de la pena que al tipo realizado correspondía. De estas indeseables consecuencias se hacía eco, entre otros, Manzanares Samaniego, José. *La caución, en las penas patrimoniales en el Código Penal Español*, Editorial Bosch, Barcelona - España, 1983, pp. 316 y ss. Casabó Ruiz, J. *Comentarios al Código Penal*, Tomo II (por J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo, A. del Toro Marzal y J.R. Casabó Ruiz), Editorial Reus, Barcelona - España, 1972, pp. 185 y ss.

venido ocupando, como se sabe, un lugar fundamental en nuestros textos punitivos, algo predicable, igualmente, de los del resto de los países, siendo la propia evolución en el cumplimiento de tal clase de pena –de la que son hitos fundamentales los grandes sistemas penitenciarios, en especial el denominado "progresivo"– la que la llevaría a convertirse con carácter general en el eje de la legislación punitiva de los diversos Estados. Sin embargo, las esperanzas que en la misma se depositaron – como resalta ya tópicamente la doctrina– pronto comenzaron a quebrarse y desde hace tiempo se asiste a una continuada y profunda crisis de la reacción carcelaria, crisis a la que no es, desde luego, ajena ni la existencia de unas penas excesivamente duraderas, que –se ha dicho– causan más problemas de los que resuelven, ni la presencia en los textos punitivos de las criticadas penas cortas.

La pena privativa de libertad es formalmente, luego de la pena de muerte, la sanción más severa con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de seguir siendo la pena que más identifica al derecho penal actual, su importancia como instrumento de política criminal ha disminuido sensiblemente. Esta tendencia se pone de manifiesto fundamentalmente a nivel de las estrategias destinadas a controlar la pequeña y mediana criminalidad. Respecto a estas formas de criminalidad, se busca privilegiar el uso de alternativas a la privación de libertad. En este sentido, el legislador de 1991 señala "la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad".

La pena privativa de libertad consiste en la privación de la libertad ambulatoria, que

se impone al condenado.⁴¹ Por la pena privativa de libertad el sujeto activo del delito es recluido e internado físicamente en un local especial, que para estos efectos edifica el Estado por tiempo determinado y durante el cual debe someterse a un tratamiento específico para su posterior readaptación y reincorporación al seno de la comunidad. La finalidad expresada y que se ha pretendido a través de la ejecución de la pena ha sido resocializar al penado; tiene una raigambre preventiva especial al establecer que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, el mismo que se repite en el artículo II del Código de Ejecución Penal.

El criterio de *reeducación* a través de la pena privativa de libertad, actualmente se encuentra cuestionada, por lo que se afirma que debe abandonarse la ilusión del poder *reeducar* en el interior del Sistema Penal, más aún en las instituciones tales como la cárcel.

La incuestionable actualidad de la pena privativa de libertad y su compleja problemática, su predominio, son características del Derecho penal moderno, dado que, su aplicación representa la fuente esencial de nuestra justicia penal.

Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen

⁴¹ Cfr. Flores Muñoz, Milko R. *La pena privativa de libertad en el Código Penal peruano*, Ediciones Debate Jurídico, Lima – Perú, 1994, p. 126.

penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad.

La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140º de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se

deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

De las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

La denominada "cadena perpetua", en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

Sin embargo, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

En segundo lugar, que detrás de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida

comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para

aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

b. Las penas restrictivas de libertad

Las penas restrictivas de libertad lesionan al contrario de lo que sucede con los privativos, pues no quitan por completo la libertad y el movimiento, sino que solo la recortan, bien a través de la prohibición de residir en algún determinado enclave geográfico, bien con la obligación de morar en algún lugar concreto, sin trasponer los límites que se establece en la sentencia, en Roma esta clase de pena era conocida como el *destierro voluntario*, cuya finalidad fue las de sustraerse a la ejecución de la pena.

Nuestro Código Penal, siguiendo el principio fundamental de esta clase de pena, lo incluye en el art. 30° del C.P., estableciendo la expatriación para los nacionales y la expulsión para los extranjeros, previo cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sin embargo, y según se viene expresando, podemos notar que se aplicarían este tipo de pena dos sanciones para el mismo delito, las que se cumplen violando el principio constitucional de *non bis in idem*, pues así lo estipula el art. 30° del C.P. al ordenar que ambas: las penas restrictivas de la libertad, se aplican después de aplicada la pena privativa de libertad. Motivo por el cual existen criterios de derecho humanitario e internacional como por la naturaleza y aplicación, las penas restrictivas de libertad deben ser eliminadas de nuestro ordenamiento jurídico penal.

c. Expatriación

La expatriación de nacionales está prevista en determinados delitos (dolosos) contra la seguridad nacional y del (inconstitucional) traición a la patria (arts. 325, 326, 329, 330, 331, 332 C.P.).

Su inclusión, por arte de birlibirloque, en el Código vigente va a contracorriente de la tendencia político criminal de proscribirla del catálogo de sanciones penales. Desechada en los sucesivos proyectos de Código penal, a excepción del Proyecto de 1986 que preveía la expatriación (art. 34), apareció misteriosamente en el Proyecto de enero de 1991. El apuro del legislador por introducirla en el sistema de penas se pone en evidencia en la forma cómo rectificó la exposición de motivos del Proyecto de 1990. Al referirse a las clases de pena previstas por el Código, el legislador del 91 señaló: " El Proyecto prevé un elenco de penas marcadamente simple. Las sanciones son de tres clases: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa (art. 28)". Es decir, agregó a la anterior versión la nueva pena, pero siguió hablando de la existencia de tres clases de pena.

Sin embargo, la pena de expatriación de nacionales constituye una innovación infeliz del legislador. Su dudosa constitucionalidad y su clara incompatibilidad con el derecho internacional ha sido relevada unánimemente por los autores nacionales. Al margen de su incompatibilidad con la Convención Americana de

Derechos Humanos que prescribe que nadie puede ser expulsado del territorio del cual es nacional, ni ser privado de ingresar en el mismo, cabría también evaluar constitucionalmente su legitimidad. Como su nombre lo indica, las penas restrictivas de la libertad implican una restricción sustantiva a la libertad de residencia en todas sus manifestaciones: la posibilidad de establecerse en el territorio nacional, de transitar y de entrar en todo tiempo (art. 2, inc. 11 Const.). Como todo derecho fundamental, la libertad de residencia está sujeta a restricciones. En este sentido, la Constitución establece como limitaciones de su ejercicio razones de sanidad, mandato judicial o la aplicación de la ley de extranjería (D Leg 703). La concretización de estas restricciones está sin embargo sujeta al examen de tres condiciones: un interés público predominante, una base legal suficiente, y la observancia de la proporcionalidad de la medida. Estas condiciones difícilmente se cumplen en la manera como han sido reguladas estas penas: el interés público de expulsar a un extranjero que ha cometido un delito puede ciertamente existir y prevalecer sobre el interés del condenado de permanecer en el territorio nacional, pero difícilmente puede sostenerse que una expulsión indeterminada satisfaga las exigencias del principio de legalidad, ni mucho menos del principio de proporcionalidad.

No puede existir interés público preferente en expatriar a un nacional luego de que éste haya purgado 15 o 20 años de privación de libertad. Tampoco puede sostenerse que la expatriación sea una pena adecuada al fin de prevención especial negativa. Pues si de lo que se trata es de evitar que el nacional vuelva a coludirse con un Estado extranjero, no se percibe de qué manera se atenúa o

desaparece dicho riesgo expulsándolo del territorio nacional. No existe, finalmente, una justificación moral para que el Estado se deshaga de sus nacionales que han cometido un delito en su territorio. El principio de personalidad, que hace posible la extradición activa de los nacionales, contradice precisamente la razón de ser de esta pena.

d. Expulsión

El artículo 30 del Código Penal, sostiene que éste es aplicable en el caso de extranjeros –típico caso de política criminal- pero, al igual que para la expatriación, ésta se cumple después de cumplida la pena privativa de la libertad.

e. Las penas limitativas de derecho

Dentro de las penas limitativas de derechos se encuentran consideradas, por un lado, las nuevas penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres y, por otro lado, la pena de inhabilitación (art. 31 C.P.). El legislador de 1991 ha otorgado la denominación “penas limitativas de derechos” a un grupo de consecuencias jurídico – criminales que, sin estar directamente orientadas a incidir en los derechos del condenado a la libertad de desplazamiento o al patrimonio, restringen o privan el ejercicio de derechos de diversa índole: políticos,

profesionales, familiares, etc.⁴² Más allá no es posible señalar elementos comunes que puedan servir como criterio aglutinador.

El primer problema que ha de enfrentarse en la revisión de estas penas es el de su denominación. El título adoptado para denominarlas no resulta muy funcional para dar cuenta de su contenido.⁴³ Al regularlas como una categoría independiente de las penas privativas y restrictivas de libertad, el legislador asume que existe una diferencia cualitativa entre los bienes jurídicos afectados con estas penas. Sin embargo, no existe una frontera claramente delimitada entre la afectación de la libertad y la de los derechos. La primera es concebida como un sinónimo parcial del término derecho. La libertad constituye una facultad natural que tiene toda persona de obrar de una manera o de otra o de abstenerse de obrar. Los derechos, en su acepción subjetiva, no vienen a ser sino los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico para ejercerla. En consecuencia, la privación o la restricción de la libertad, mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

Independientemente de este problema formal, lo cierto es que la introducción de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, así

⁴² Cfr. Ávalos Rodríguez, Carlos. *Prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres en el derecho penal peruano*. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 03, Lima – Perú, 2002, p. 47.

⁴³ Peña Cabrera ha criticado el empleo de tal denominación, basándose para ello en que con excepción de la inhabilitación, las otras sanciones son penas alternativas a la prisión y sería conveniente denominárseles así. (Cfr. Peña Cabrera, Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1997, p. 615). Asimismo, para Villavicencio, las sanciones de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres no tienen nada que ver con la restricción o limitación de derechos (Cfr. Villavicencio Terreros, Luis Felipe. *Código Penal comentado*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, p. 163).

como la ampliación de los alcances de la inhabilitación, responden a la necesidad de encontrar alternativas a la pena privativa de libertad. En este sentido, el legislador señala que " los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva". A esta ventaja de orden financiero, se agregan otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del condenado en el sistema social (disminución de riesgos de pérdida de la socialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales), disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención de acuerdo con la situación), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los delincuentes llamados residuales (racionalización de objetivos).

Sin embargo, a efecto de no caer en un falso optimismo sobre la viabilidad práctica de las nuevas penas debe evaluarse con prudencia el argumento financiero de la exposición de motivos. Esta percepción puede resultar unilateral, simplista y, por ende, contraproducente en el mediano y largo plazo si es que no se examinan debidamente cuestiones tales como la de su costo real, la programación de su ejecución y sus efectos globales sobre el sistema penal.

En todo caso, y a fin de llevar a su exacta dimensión la importancia del criterio económico, tendrían que evaluarse factores tales como: número de sustituciones o conversiones de la pena privativa de libertad, duración de las penas sustituidas, tipo de establecimiento en el que tiene lugar la detención, número de procesos a

que da lugar la revocación de la conversión, costos marginales de la detención, costos de gestión de las penas limitativas y de mantenimiento y ampliación de los establecimientos penitenciarios.

La regulación de las penas limitativas de derechos presenta algunos defectos de técnica legislativa que dificultan notablemente la aplicación de las nuevas penas. Así, en el art. 32, se establece que "las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como substitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a tres años". Al diferenciarse entre penas autónomas y substitutivas, se amplía aparentemente su función.

De esta manera, el legislador se aleja del criterio asumido en el Código penal brasileño, que sirviera de fuente en este ámbito. El legislador brasileño trata ambas características como aspectos de la misma cuestión: las penas son autónomas porque son aplicadas independientemente, pero al mismo tiempo son substitutivas de la pena privativa de libertad. Si nuestro legislador quería ir más allá de su homólogo brasileño, previendo específicamente estas penas en la parte especial, hubiera optado por evitar toda confusión terminológica prescindiendo de introducir clasificaciones dogmáticas en la ley y tratando estas modalidades de aplicación como disposiciones independientes.

Un segundo problema es el relativo a la función de estas penas dentro del sistema de sanciones. En este sentido, es de preguntarse si la función substitutiva prevista en el art. 33 es cualitativamente diferente de la función prevista en el art. 52 que regula el sistema de conversiones. En efecto, cabe pensar, prima facie, que estas penas pueden, por un lado, sustituir las penas privativas de libertad, de acuerdo con el art. 32 y, por otro lado, convertirlas de acuerdo al artículo 52.

En realidad, se trata de dos caras de la misma moneda. En el art. 33 sólo se fija el principio general de sustitución, en tanto que en el artículo 52 se precisan los criterios de conversión (llámese sustitución). La razón de esta dificultad interpretativa puede rastrearse desde los inicios del proceso de reforma penal. En el Proyecto 1984 (art. 66) se preveía ya la posibilidad de convertir la pena de prestación de trabajo en favor del Estado. Luego, en los proyectos de 1985 y 1986, se establecía únicamente las condiciones de conversión.

Recién en el Proyecto de 1989 se previó que las penas limitativas de derechos podían sustituir a la pena privativa de libertad cuando sea inferior a los tres años (art. 36), pero manteniéndose el sistema de conversiones dentro de este límite. Ulteriormente, en el Proyecto de 1990, se estableció la versión definitiva (vigente en el Código penal de 1991). De la misma manera que en las penas restrictivas de libertad, en el Proyecto de enero de 1991 se introdujo una modificación de última hora: se mantuvo el tenor propuesto en el Proyecto anterior, pero se redujo únicamente, en la parte de las conversiones, el límite de tres años a un año.

Se llega así a la situación paradójica que, por un lado, estas penas puedan sustituir aparentemente penas privativas de libertad superiores a un año, sin mayores requisitos que el límite de la pena (establecida por el juzgador) y, por otro lado, se puedan convertir penas privativas de libertad con límites cuantitativa y cualitativamente más estrictos (penas no mayores de un año y de carácter conminado). Se trata finalmente, como señala Prado, de un lamentable error que debe ser corregido. Pero, a diferencia de lo que él parece dejar entrever, la fijación en un año del límite de conversiones del art. 52 no es en realidad un error de redacción, sino de política criminal al restringirse al máximo la aplicabilidad de estas penas como penas substitutivas.

Sin embargo, en lo que respecta a la doctrina, el tratamiento del que han sido objeto las penas limitativas de derechos forma parte del escaso interés que los autores nacionales le confieren a las consecuencias jurídicas del delito.⁴⁴

f. Prestación de servicios a la comunidad

El legislador nacional no ha sido ajeno a la importancia que en la actualidad le reconocen el Derecho comparado y la política criminal al trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal, incorporándola en el texto punitivo de 1991 con la denominación de *prestación de servicios a la comunidad*.

⁴⁴ Cfr. Figueroa Navarro, Aldo. *La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del Derecho Penal*. En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1998, p. 289.

En la doctrina penal existe gran inseguridad respecto de cuál es el derecho que resulta afectado por la sanción de prestación de servicios a la comunidad. No es posible identificar una posición que resulte claramente dominante. Incluso, existe un grupo de autores que prefieren no tocar el tema,⁴⁵ y algún autor que anota de manera expresa que no logra determinar cuál es el derecho cuyo ejercicio se está limitado.⁴⁶ Al respecto, estimamos que esta pena limita el derecho al disfrute del tiempo libre (art. 2, inc. 22 Const.), así como, el derecho a no prestar trabajo sin el libre consentimiento (art. 23 Const.), aunque se debe admitir la difícil elaboración de argumentos que legitimen la limitación de tales derechos constitucionales.⁴⁷

Esta pena importa la prestación de trabajos gratuitos por parte del condenado en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas. Según la Ley N° 27030 (“Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres”), el órgano jurisdiccional competente remite copia certificada de la sentencia consentida o ejecutoriada al INPE, indicando el domicilio del sentenciado; el sentenciado debe firmar un Acta de Compromiso con el INPE para el cumplimiento de la pena impuesta. Conocida la sentencia en un plazo máximo de diez días se dará cumplimiento a lo dispuesto por el Juez y de acuerdo a lo establecido en el Acta de Compromiso. En el caso que el sentenciado no asista injustificadamente a

⁴⁵ Cfr. Bramont Arias / Bramont Arias Torres. *Código Penal anotado*, 3ra. Edición, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2000, pp. 236-237. Navarro Altaus, Martín. *El sistema de penas en el Código Penal Peruano de 1991*. En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1999, p.90-94. Peña Cabrera. Ob. Cit., pp. 615-616. Villavicencio Terreros. Ob. Cit., pp. 166-167.

⁴⁶ Cfr. Renart García, Felipe. *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad desde una perspectiva comparada*. En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1999, p. 184.

⁴⁷ Para Cid Moliné se requiere del consentimiento por parte del condenado (Cfr. Cid Moliné, José. *Penas alternativas a la prisión*. Editorial Bosch, Barcelona – España, 1997, p. 106).

más de tres jornadas consecutivas, o a más de cuatro jornadas no consecutivas, se le revoca esta pena por la de pena privativa de libertad.

El trabajo en beneficio de la comunidad deberá cumplirse durante los días sábados y domingos, más el Director de penas limitativas de derechos podrá autorizar al condenado para que cumpla con prestar los servicios durante los días útiles de la semana.⁴⁸ Sin embargo, entre los obstáculos que se pueden encontrar, lo complejo de la organización administrativa de su cumplimiento, ocupa un lugar trascendental. Tan es así que, incluso, en países calificados sin discusión de desarrollados se ha denunciado que su poca utilización tiene su origen en carencias organizativas.

g. Limitación de días libres

Esta pena es una sanción que carece de antecedentes en el ordenamiento jurídico – penal nacional.⁴⁹ Su introducción en el Código Penal es fruto de la influencia de la reforma penal brasileña de 1983-1984, y no en la figura española del arresto de fin de semana, la cual es una modalidad de la pena privativa de libertad y se realiza en los días que marcan la culminación de la semana; en cambio, la limitación de días libres es una modalidad de la pena limitativas de derecho, y que

⁴⁸ En su imposición como pena originaria, esta pena podrá extenderse de un mínimo de 10 hasta un máximo de 156 jornadas de servicios semanales, estando compuesto cada jornada semanal por diez horas de prestación de servicios. Las mismas razones que impiden que la jornada laboral ordinaria pueda exceder las ocho horas de trabajo, hacen que no se pueda obligar al sentenciado a cumplir jornadas diarias mayores de ocho horas. (Cfr. Mapelli Caferena, Borja / Terradillos Basoco, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*; 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996, p. 178).

⁴⁹ Cfr. Prado Saldarriaga, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2000, p.72.

se puede cumplir, excepcionalmente, en días diferentes a los de fin de semana (inclusive en los días feriados se puede ejecutar esta sanción).

La sanción limita el derecho que tienen las personas a disfrutar de su tiempo libre (art. 2, inc. 22, Const.); pues, de acuerdo con el art. 35 del C.P., el condenado tendrá que cumplir su pena ingresando en establecimientos organizados con fines educativos durante un total de horas semanales (no menos de diez ni más de dieciséis por cada semana) que deben ser repartidas entre los días sábados, domingos y feriados, precisamente los días que en principio se encuentran reservados para ser utilizados en actividades diferentes a las que le proporcionan los medios para subsistir o las propias de su educación.

Nuestro legislador ha configurado la duración de la pena de limitación de días libres en función de dos criterios. En primer término, en razón al número de fines de semana que se habrán de imponer en calidad de pena concreta. En segundo término, en razón al número de horas en total que se tendrá que cumplir cada semana. La determinación de los horarios de ejecución semanal, la indicación del lugar en que se habrá de cumplir la sanción, la evaluación y precisión del tipo de orientaciones a impartirle al condenado, del mismo modo que la supervisión y control de la ejecución de la pena le corresponden a la Dirección de Penas Limitativas de Derechos de las Direcciones Regionales del INPE, cuyos funcionarios deberán sujetar su actuación a lo dispuesto en la Ley N° 27030 y el D.S. N° 005-2000-JUS (Reglamento de la Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres).

h. Inhabilitación

El Código de 1991 presenta algunas modificaciones relevantes en el ámbito de la pena de inhabilitación. Por ejemplo, se suprime ciertos supuestos de inhabilitación previstos en el Código derogado como el de la pérdida de la pensión, montepío, y otros ingresos. De esta manera se deja a la legislación administrativa la regulación de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito en conexión con estas ventajas de orden pecuniario. Así mismo, es de considerar que el comiso puede funcionar mejor, en el ámbito penal, para regular este tipo de situaciones de obtención ilícita de ganancias.

Dentro de la concepción tendiente a limitar las penas perpetuas y, por tanto, desproporcionadas, el legislador de 1991 sólo consideró penas de inhabilitación temporales. La inhabilitación perpetua y absoluta equivale a la muerte civil del condenado.

Pero frente a la supresión de los supuestos mencionados, se agregó al Código de 1991 otras modalidades de inhabilitación. Acorde con la creación o el aumento de las fuentes de peligro en la vida social, el legislador introdujo, en el art. 36, la suspensión o cancelación del porte o uso de armas de fuego o de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículos. Del mismo modo, dejando de lado el tratamiento de la interdicción civil en el ámbito penal, le dio el carácter de pena a

la declaración de incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

Es difícil, sin embargo, encontrar un denominador común a los ocho casos de inhabilitación del Código vigente. Desde la perspectiva de los fines de la pena resulta complejo conciliar cada modalidad de la inhabilitación con los diversos objetivos previstos en el Código. No puede, por ejemplo, sostenerse que mediante la ejecución de las modalidades de inhabilitación se persiguen objetivos de prevención especial positiva. Su aplicación no tiene más efecto que la limitación, suspensión o privación de un derecho y no la resocialización, en sentido amplio, del inhabilitado.

Tampoco existe una finalidad retributiva en la aplicación de la inhabilitación como pena accesoria. Pues su duración está sujeta a la de la pena principal. La constatación de una de las circunstancias del art. 39, justificantes de la imposición de una pena de inhabilitación a título accesorio (por ejemplo, abuso de autoridad, de profesión, oficio, o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, patria potestad), constituye un requisito adicional al momento de individualizar la pena, pero que está determinada por los límites mínimo y máximo de la pena principal.

Habría que preguntarse entonces si la existencia de penas accesorias, como en el presente caso, son aún válidas en la política criminal moderna y si son compatibles con la aceptación de una pena con diversas funciones. No pueden

cumplir una función preventiva general si están refundidas en la aplicación de la pena principal y, por ende, son poco notables. Tampoco cabe aplicarlas con posterioridad al cumplimiento de la pena principal pues de lo contrario serían penas acumuladas.

Lo cierto es que en la imposición de las penas de inhabilitación la finalidad básica es la protección de la sociedad, reduciendo o suprimiendo los riesgos derivados del goce o ejercicio del derecho afectado. Esta función protectora de la pena se pone en evidencia, por ejemplo, en la suspensión o cancelación de la autorización de portar o hacer uso de armas de fuego o de conducir vehículos. La inhabilitación se inscribe pues dentro de la concepción de la denominada prevención de acuerdo con la situación (reducción o supresión de las ocasiones de comisión de nuevos ilícitos penales).

Una rápida revisión de las modalidades particulares de inhabilitación previstas en el art. 36 del Código penal nos permite hacer las siguientes consideraciones: La privación de función, cargo o comisión (inc. 1), retomada ad integrum del Código derogado sólo tiene por destinatario el funcionario o servidor público o una persona que sin ostentar tal calidad se desempeña en un puesto público. La pérdida de la función, cargo o comisión implica la privación tanto del goce como del ejercicio de éstos. A diferencia de otras legislaciones, como la española, en el Código vigente no se considera como un supuesto distinto y autónomo la suspensión de empleo o cargo público (art. 43 CPE). Este último es considerado, en la legislación española, como un supuesto diferenciado de la inhabilitación

especial. Siendo una inhabilitación específica, el juzgador debe señalar clara y expresamente la función, el cargo, o la comisión que es objeto de la inhabilitación.

Con relación a la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia (inc. 4), sólo debemos relevar el tratamiento uniforme de esta incapacidad durante la reforma: el juzgador debe precisar el tipo de profesión, comercio, arte o industria, objeto de la inhabilitación. Ha de establecerse un nexo de determinación entre la violación del deber de profesión, comercio, arte o industria y la consecuencia jurídico penal. De otro modo, la sanción será desproporcionada, criminógena (condena al hambre) e impropia en su finalidad de aseguramiento.

Es indudable la pertinencia y la conveniencia político criminal de la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo (inc. 7). Lo mismo podemos señalar de su aplicación, como pena accesoria, en el caso de los delitos culposos de tránsito (art. 40). Sin embargo, debemos formular tres observaciones. Primero, el legislador ha creado una categoría de delitos que ha decidido llamar "delitos de tránsito." ¿En aras del respeto al principio de legalidad no hubiera sido más propio adoptar un criterio taxativo designando los tipos legales que caen bajo esta noción? Segundo, como en el inciso anterior, el legislador prohíbe lo menos pero permite lo más: sanciona con una pena adicional las conductas culposas, pero deja de lado las conductas dolosas que tengan como instrumento delictivo un vehículo. Piénsese por ejemplo en un delito de omisión de

prestar auxilios necesarios (art. 127 CP), de huida después de haber herido o incapacitado a una persona (art. 126 CP), o simplemente el hurto de uso de un vehículo (art. 187 CP). La fórmula adoptada en el Anteproyecto de la parte general del Código penal suizo es, en todo caso, más adecuada. Tercero, el legislador se queda corto previendo únicamente la suspensión o cancelación de las autorizaciones ya concedidas. Le hubiera dado un mayor alcance preventivo a esta modalidad de inhabilitación si contemplaba también la incapacidad para obtener la autorización.

i. La pena de multa

En la Memoria explicativa de nuestro actual Código se indicaba que se tomaba como punto de partida el llamado "modelo escandinavo", utilizado en la medida de lo posible como sustitutivo de las penas privativas de libertad de corta duración. Con arreglo a dicho modelo, la pena de multa señalada para los correspondientes delitos no consistirá en una "suma" dineraria con un mínimo y un máximo fijos, sino en "días-multa" (meses o años-multa, en su caso), a los que se refiere como multiplicador una determinada suma. De esta manera, se establece un cierto paralelismo con las penas privativas de libertad, puesto que la individualización de la nueva pena de multa ante el caso concreto se realizará en dos fases. En un primer momento los tribunales fijarán, dentro de los límites señalados por la ley para el respectivo delito, la extensión en que imponen la multa, de acuerdo con las reglas generales de aplicación de las penas, como si se tratase de una pena privativa de libertad. En un segundo momento, y una vez fijada la extensión, los tribunales

determinarán la cuantía dineraria de cada día-multa, entre el mínimo y máximo legalmente señalado al efecto, atendiendo exclusivamente a la situación económica del autor, de tal suerte que la multiplicación del número de días por el importe fijado para cada día representará la cuantía de la pena pecuniaria en el caso concreto.⁵⁰

Vaya por delante la importancia que cabe otorgar a este aspecto en la configuración del moderno sistema de los días-multa. Tanto es así que en la doctrina alemana ha podido llegar a afirmarse que en el seno de este sistema el modo en que pueden pagarse las cuotas constituye una tercera fase que se viene a añadir a las dos fases consabidas.

Hay que entender que, al propio tiempo, el legislador está facultando al órgano judicial para fijar en la sentencia, a su prudente arbitrio, las condiciones de pago que considere más adecuadas a las circunstancias que rodeen al condenado. Así las cosas, parece que no deberá existir inconveniente alguno para que, v. gr., el tribunal autorice al condenado a satisfacer la suma impuesta en plazos, con la periodicidad y la manera que estime conveniente, incluyendo, por supuesto, la posibilidad de que el reo acumule dicho pago cuando venga establecido en días o efectúe pagos alternos o cuotas desiguales a la vista de las concretas circunstancias que concurren en el penado.

⁵⁰ Cfr. Roldán Barbero, H. *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1983, pp. 75 y ss.

Algunas de las ventajas mencionadas pueden quedar relativizadas debido a una utilización inadecuada de esta clase de pena, como la que en algunos casos ha llevado a cabo el legislador peruano de 1991. En efecto, en el C.P es frecuente comprobar cómo la pena pecuniaria de los días-multa se impone de forma conjunta con la pena privativa de libertad. Frente a ello cabe objetar que se trata de una decisión que presenta notables inconvenientes, entre los que descuella el sencillo argumento de que el cumplimiento de la pena de prisión puede imposibilitar ya la adecuada ejecución de la pena pecuniaria. En los supuestos en que no quepa hablar de criminalidad grave (en casos de gravedad debería bastar con pena privativa de libertad) parece que la regla general debería ser la previsión de la pena de días-multa con carácter *alternativo* a la pena privativa de libertad, como ocurre en otros Códigos v. gr. el alemán.

Capítulo 3

Del delito de Peculado

2.3.1. Antecedentes del delito de peculado

En doctrina se recuerda que el peculado tiene su origen en la *Lex Julia*, la misma que llevaba por título *Peculatus et de sacrilegios et de residuis*, pues se consideraba que los residuos de las sumas o bienes públicos que quedaban en poder de quien había ejercido una función pública debían restituirse al momento de rendir cuentas.⁵¹ Como vemos, en su origen, el peculado no fue un delito de función pública, es decir, un delito cualificado por la condición de su autor, sino un delito cualificado por la condición “sacra” del dinero público.^{52 53}

Por su parte, Portocarrero⁵⁴ sostiene que la palabra *peculado* etimológicamente proviene de *peculare*, que significa robar el peculio ajeno. La raíz común de peculio y de pecunia (dinero) es pecus, ganado, sinónimo de riqueza en pueblos

⁵¹ Frisancho Aparicio, Manuel y Raúl Peña Cabrera. *Delitos contra la administración pública*. Ed. Fecal. Lima 2002, págs. 291-292.

⁵² Frisancho, op. cit., pág. 293.

⁵³ Asua Batarrita, Adela, en su *Delitos contra la administración pública*, señala que ...“el delito de malversación, como tipificación específica de una conducta apropiatoria de ciertos bienes públicos por parte de los funcionarios públicos, hunde sus raíces en una dilatada tradición jurídica, desde el derecho penal romano hasta la etapa codificadora española. Aunque ha conocido en este largo tránsito diferentes formas, desde el inicial *peculatos romano* (hurto de ganado sagrado destinado al sacrificio) hasta los diversos tipos recogidos en los Códigos Penales españoles, la esencia se puede entender subsistente.” Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4ª. Edición. Ed. Grijley. Lima 2007, p. 465, nos dice: “Tanto la legislación ateniense como la romana castigaron con severísimas penas, que llegaban hasta la muerte, el hurto de los dineros del Estado.” Más adelante agrega: “El Digesto, ya en las postremerías del Imperio, reconoció tres clases de peculado, por sustracción, retención y uso.”

⁵⁴ Portocarrero Hidalgo, Juan; en su *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Jurídicas Portocarrero, Lima, marzo de 1996, pág. 162.

-como en el romano- que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo.

La *Lex Julia*, señalaba que se encontraba sujeto al peculado el que hubiera quitado o interceptado dinero sagrado, religioso (o público), pero también el que hubiera retenido dinero público recibido para algún uso, y no lo hubiera empleado. Posteriormente el *Código* extendió esta criminalidad a los jueces que durante su administración sustrajeran caudales públicos, fijándose la pena capital, como también para aquéllos que les prestaran ayuda o a sabiendas recibieran de ellos las cantidades sustraídas.

En su avance histórico, esta modalidad delictiva fue extendiéndose por toda Europa conociéndose como peculado o malversación de fondos. Desde las Siete Partidas hasta llegar a los códigos penales de Francia de 1810, Alemania de 1870 e Italia de 1889, los que sistematizaron estos delitos.

2.3.2. El patrimonio público.

El concepto de lo que se conocía como patrimonio público ha venido también evolucionando. Así, de las nociones iniciales que eran bastantes cerradas, que comprendían sólo patrimonio del tesoro público, hasta los que comprenden bienes de propiedad privada, siempre que estén en la esfera de la disponibilidad jurídica de la administración pública.

Efectivamente, la noción moderna de patrimonio público engloba tanto bienes de propiedad pública como de propiedad privada, siempre y cuando estos últimos hayan ingresado, reingresado, circulen o se hallen temporalmente bajo poder de la administración pública en condición de disponibilidad jurídica. Disponibilidad jurídica que, en un sentido amplio significa tanto posibilidad real de asignación de los caudales o efectos a los fines institucionales o de servicio, o bien tan sólo deberes de custodia y vigilancia; no es entonces el criterio material de disposición el que llena de contenido significativo dicha frase⁵⁵.

Este es en la actualidad el criterio predominante en la doctrina y jurisprudencia italiana, francesa, española y latinoamericana. Es una concepción amplia y funcional de lo que debe entenderse por patrimonio público. Esta concepción incluso abarca más allá del simple aspecto económico para englobar genéricamente también a los documentos, distintivos y símbolos estatales o privados bajo disponibilidad jurídica estatal, lo que permite delimitar con mejor precisión el objeto de la tutela penal en los delitos de peculado, donde lo funcional se concibe no tanto por su cuantificación material, sino por su subordinación a determinados fines de carácter económico social que vienen impuestos jurídicamente y que constituyen cometidos (acciones bajo responsabilidad) del Estado y en general de las administraciones públicas⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. Rojas, op. cit., p.473.

⁵⁶ Ídem, p.474.

Las cada vez más complejas relaciones que se dan entre el Estado y sus administrados son lo que van creando nuevas formas de entender este patrimonio público y, de hecho, es de seguro que seguirá evolucionando en sus conceptualizaciones. Recordemos que los asesores, siempre que tenga disponibilidad de hecho sobre los bienes que se le confían, también serán pasibles de cometer este delito, como lo veremos más adelante en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional.

2.3.3. La función y el servicio público

Debemos tener en cuenta que el Estado, a fin de cumplir sus responsabilidades frente a sus administrados, realiza una serie de actos a través de sus más diversos órganos (ministerios, municipalidades, gobiernos regionales, universidades públicas, órganos de línea, instituciones u organismos públicos, magistrados de todo nivel, etc.); es este conjunto de actos que realiza el que lo podemos reconocer como función pública, que es una atribución y competencia exclusiva del Estado, que no puede ser reemplazada por privados. La función pública la debemos entender, entonces, como las atribuciones indelegables del Estado a fin de satisfacer las necesidades de sus administrados.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, en su artículo I señala como 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.

Se sostiene, de otro lado, que la función pública comprende, en primer lugar, la función pública propiamente, que es la que se realiza en virtud de un encargo, de una delegación del Estado en la persona de un funcionario que tiene repercusión externa a la órbita administrativa, ya que expresa la voluntad del Estado frente a los administrados y sobre ellos, aunque esos administrados sean a su vez funcionarios o empleados (como en el caso del derecho administrativo disciplinario). En segundo lugar, queda comprendido también el servicio público, aun aquel que no concurre a la formación de la función pública, siempre que se desenvuelva exclusivamente en la administración⁵⁷. Esta función pública puede ser de autoridad o de gestión.

Mientras que la función tiene una naturaleza más abstracta, en cuanto a una razón de ser del Estado, el servicio público tiene una connotación más concreta. Para nosotros significaría la materialización de la relación Estado-administrado, en otras palabras, es la acción que se brinda a una persona frente a una petición que realiza ésta en concreto. Los servicios públicos, en consecuencia, no se dirigen a la vida del Estado, sino a la satisfacción concreta y práctica de las vicisitudes diarias continuas y variables que presentan las necesidades de sus habitantes;

⁵⁷ Cfr. Carlos Creus, en su *Delitos contra la administración pública*. Ed. Astrea. Buenos Aires – Argentina 1981, pp.4-5.

necesidades que pueden ser de diversa intensidad o clase, que pueden asimismo variar, surgir nuevas o desaparecer⁵⁸.

Así, será función pública el dar leyes, el procesar penalmente o emitir sentencias, el promover el bienestar de la colectividad, el dar seguridad jurídica, el orden público, la seguridad nacional, la representación diplomática, etc. En cambio serán servicios públicos las prestaciones de salud, la educación-instrucción impartidas en escuelas y colegios, transporte, cultura, construcción de carreteras, habilitaciones de redes de luz, agua, teléfonos, la seguridad ciudadana, la provisión de guarderías, etc. El servicio público es la actividad concreta específica, individualizable, destinada a cubrir necesidades básicas requeridas por la población, pudiendo ser de naturaleza económica, comercial, estrictamente administrativa, cultural, etc.⁵⁹

También debemos tener en cuenta que hay profesionales que ejercen independientemente sus actividades, las mismas que tiene una naturaleza de servicios de necesidad pública, sin que por ello signifiquen que sean funcionarios públicos; tales como los médicos, ingenieros, profesores de instituciones particulares, abogados, entre otros. Sin embargo, ingresarán en tal función si realizan las mismas actividades, pero para el Estado⁶⁰.

Entre las principales características de la función pública podemos mencionar:

⁵⁸ Cfr. Forini, citado por Rojas, op, cit., p.36.

⁵⁹ Cfr. Rojas Fidel, op. cit., p.36.

⁶⁰ Ver más, en Rojas, Fidel, op. cit., p.37.

- a. Es la actividad que realiza los diversos órganos del Estado (incluso los autónomos y/o de derecho privado) a favor de sus administrados.
- b. Esta actividad se realiza a través de una persona natural, funcionario público, a quien se delega determinadas funciones y atribuciones.
- c. Estas funciones y la formalidad de delegar del Estado se encuentran reguladas normativamente, por lo que sus niveles de responsabilidades y atribuciones están debidamente delimitadas, así como los derechos que corresponden a los funcionarios públicos.
- d. La función pública es indelegable, salvo facultad expresa. Es decir, se asigna en función de la persona natural, en atención a sus cualidades personales y/o profesionales, y ésta, per se, no tiene la facultad de delegar en otra tal responsabilidad.
- e. La función pública son continuas o permanentes. Están fijadas en función de políticas de Estado y no en relación a determinadas persona o individualidades.

2.3.4. La administración pública

Hechas estas precisiones, podemos sostener, entonces, que ese conjunto de actividades que el Estado realiza tiene dos fines: a) son para su propio funcionamiento o sostenimiento, b) así como para satisfacer las necesidades de sus administrados. Es ésta la administración pública que se da en sus diferentes

manifestaciones y niveles, con jerarquías, competencias y especialidades claramente diferenciados, creando una burocracia especializada, no sólo desde las áreas del poder ejecutivo, sino que –insistimos- se da a través de toda la esfera estatal que la debemos considerar como un conjunto orgánico y dinámico⁶¹.

Desde una perspectiva teleológica, la administración pública cobra legitimidad social en la medida que se identifique con sus cometidos y destino: el servicio a la sociedad y a los ciudadanos, bajo estándares de igualdad, eficacia, sometimiento al ordenamiento jurídico y reafirmación del derecho de los seres humanos a convivir e interactuar en condiciones de racionalidad y dignidad, así como de recibir por parte del Estado, bajo el cual se acoge, gratificaciones que potencien su condición existencial y eleven su calidad de vida⁶².

Es en tal sentido que la protección y respeto que el Estado y la sociedad brinda a la persona humana y su dignidad, contenido en el artículo primero de la Constitución, es entendible y vinculante (exigible), por lo que no debe ser una quimera o una simple aspiración irrealizable.

⁶¹ Creus, op. cit., p.4, sostiene que la protección que brinda el derecho penal a la administración pública ...“se extiende, pues, tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas, como sobre las otras funciones del Estado.”

⁶² Cfr. Rojas, op. cit., p.6.

2.3.5. El funcionario público

a. En el Derecho Administrativo.

En el campo administrativo, se define al funcionario público como quien actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la administración con los administrados, expresando ante estos la voluntad de aquél.

El Reglamento de la ley de la carrera administrativa lo define del siguiente modo: “Para efectos de la ley, entiéndase por Servidor Público al ciudadano en ejercicio que presta servicios en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeta a retribución remunerativa permanente en periodos regulares”⁶³

De dicha norma, se puede apreciar sus elementos:

- a. Los servicios son brindados en la administración pública. Consideramos que se encuentran comprendidas también en este campo, incluso las empresas públicas.
- b. Debe haber un nombramiento o contrato expreso.⁶⁴
- c. Dicho nombramiento o contrato debe estar suscrito por autoridad competente y ser otorgada con la formalidad requerida. Así, por ejemplo,

⁶³ Ídem, pág. 34.

⁶⁴ Olaizola Fuentes, Inés. *Concepto de funcionario público a efectos penales*. En *Delitos contra la administración pública*, Adela Asua, op. cit., pág. 79 sostiene: “Es preciso tener en cuenta que un sujeto para ser funcionario a efectos penales necesita en todo caso poseer un título que le habilite para ello, no bastando el mero ejercicio de la función pública, que será requisito necesario, pero no suficiente.”

se requiere de Resolución Ministerial para el nombramiento de Directores de Área.

- d. El funcionario está sujeto a un horario y una remuneración periódica y permanente.

b. En el Código Penal vigente

Desde ya nos adelantamos para señalar que el concepto de funcionario público para el Derecho Penal es diferente, autónomo, de una extensión mayor pero más restringida que el Derecho Administrativo, esto es así en virtud de que al legislador penal no le interesa tanto la “calificación jurídica” que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad, sino en el hecho de que un sujeto interviene en la administración, dependiendo de él la corrección del servicio público. Esto es lo que le daría la especialidad y lo que les haría dignos de un tratamiento distinto, por cuanto sólo si se ejercita la función pública se será funcionario a efectos penales.⁶⁵

Así, el artículo 425 del CP considera como funcionario o servidor público a:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. Es una norma de remisión al campo administrativo. Reiteramos que consideramos que deben ser incluidos en esta categoría, aquéllos que se encuentran laborando en empresas públicas sujetas al régimen de derecho privado,

⁶⁵ Olaizola, op. cit., pág. 77 y siguientes.

toda vez que sus fines y patrimonio involucrado pertenecen al Estado e interesan a todos.⁶⁶

2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. Esto en la medida que, como sabemos, tienen la facultad de disposición legal sobre el patrimonio público, es el caso, por ejemplo, de los alcaldes (elegidos democráticamente) directores de línea (que son de confianza); más no así de los asesores que, a pesar de ser de confianza, no tienen la atribución normativa para efectuar actos ejecutivos sobre los caudales o efectos públicos, salvo que de hecho lo hagan así, como lo estableció el Tribunal Constitucional.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Evidentemente, es indiferente para ser considerado funcionario público para efectos penales cuál sea la naturaleza del contrato laboral que lo vincule con el Estado.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. Esto en la medida que su función es de auxilio a la correcta administración de justicia, y su designación se debe a una resolución emanada de órgano jurisdiccional.

⁶⁶ Al respecto, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado a favor de considerar a todo el personal de las mismas como funcionarios públicos a efectos penales. Ver más en Olaizola, op. cit., pág. 81 y ss.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución⁶⁷ y la ley.

**c. En la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción y
en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**

A tenor de lo dispuesto por el artículo 55⁶⁸ de la Constitución vigente, los tratados internacionales del cual el Perú es parte, se integra al derecho nacional. Es así, entonces, que la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción que fue suscrita el 29 de marzo de 1996 en Caracas – Venezuela, aprobada por el Congreso el 05 de marzo de 1997 y ratificada por el Ejecutivo por Decreto Supremo No.012-97-RE del 24 de marzo de 1997 tiene plena vigencia en nuestro país.

Este instrumento internacional dispone en su artículo I lo siguiente: “Definiciones: Funcionario público, ‘oficial gubernamental’, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados,

⁶⁷ Cabe mencionar que el artículo 40 de la Constitución del Estado, señala que: “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (evidentemente, reiteramos que esto tiene aplicación en el ámbito administrativo, mas no para efectos penales). Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresa del Estado o de sociedades de economía mixta (igualmente, reiteramos que consideramos sólo es para el ámbito administrativo, pues tampoco es aplicable para efectos penales).

⁶⁸ Específicamente este artículo señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado en todos sus niveles jerárquicos.”

Esta última definición que es extensa y la consideramos más completa, como recordamos, fue la que se utilizó para denunciar por peculado en el caso Kouri, a propósito de que en el ya famoso “vladivideo” apareciera recibiendo dinero del ex asesor presidencial para que se pasara a las filas del oficialismo. Cabe señalar que este personaje era un congresista electo pero aún no había juramentado, por lo tanto, tenía la condición de funcionario público a tenor de lo señalado en la Convención que –reiteramos- forma parte de nuestro derecho interno. Esto a pesar de que muchos juristas sostenían que no tenía la condición de funcionario público sino hasta que hubiera juramentado como congresista, al parecer se habían olvidado de esta Convención. Ante las deficiencias mostradas por nuestro sistema, este tratado ayuda a cubrir los vacíos para la persecución y sanción de estos delitos.

De otro lado, en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida, México de 2003) la definición que se hace del funcionario público es mucho más amplia, así se señala que por funcionario público se entenderá:

- i. a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo.

- ii. Toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.
- iii. Toda otra persona definida como funcionario público en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente convención, podrá entenderse por funcionario público toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

d. En las ejecutorias y Acuerdo Plenario de la Corte Suprema

Como vemos, hacer una definición de funcionario público no resulta nada pacífica, pues consideramos que por la propia evolución de la organización del Estado y las implicancias económicas del mismo, hacen difícil dar una definición exacta; tal como observamos y se desprenden –a manera de ejemplo- de las siguientes jurisprudencias:

* **R.N. N° 1813 - 2003 – Caso Vladimiro Montesinos Torres y otros⁶⁹.**

Peculado. Criterios para establecer la responsabilidad penal del procesado, naturaleza pública de los bienes administrados y su relación funcional con el intraneus. Administración de hecho de los fondos del Estado, por orden expresa de autoridad competente.

“Respecto a la responsabilidad penal de Vladimiro Montesinos, se tiene que de la revisión de autos se ha llegado a establecer, que mediante Resolución Suprema número doscientos setentinueve - noventiséis -PCM, Montesinos Torres fue designado el dos de agosto de mil novecientos noventiséis, en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, siendo sus funciones, la de prestar asesoramiento sobre los asuntos que se sometieran a su consideración, en materia de su competencia, así como proponer sugerencias o recomendaciones del caso dependiendo del Jefe del SIN, con lo cual se hallaba inmerso en la esfera de la Administración Pública, manifestando el citado procesado en su declaración instructiva que por orden del Ex - Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas Reserva Uno y Reserva Dos, que eran desagregados de la partida del Régimen de Ejecución Especial, destinada en el Presupuesto para gastos de inteligencia y contrainteligencia, versión que es ratificada por los testigos Ex - Jefes del

⁶⁹ Cfr. Castillo Alva, José Luis. *Ejecutorias de la Corte Suprema – Selección de jurisprudencias*. Ed. Gaceta Jurídica. En etapa de edición.

SIN y titulares del pliego Julio Rolando Salazar Monroe Guido Rozas Bonuccell y el Jefe de la Dirección Técnica de Administración del SIN José Abel Villalobos Candela, quienes indican que una vez que se cobraba el cheque correspondiente al Régimen de Ejecución Especial, el dinero se entregaba a Vladimiro Montesinos Torres, ocurriendo lo mismo con el dinero remitido por los Institutos Armados y los Ministerios de Defensa y del Interior, todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado, por orden expresa de autoridad competente; en éste orden de ideas resulta procedente señalar lo que dice el jurista Fidel Rojas Vargas, en su libro "Delitos contra la Administración Pública", Segunda Edición, enero dos mil uno, página doscientos ochentitrés "Es usual preguntarse sobre si la facultad de posesión de los efectos y caudales por razón del cargo se legitima exclusivamente en la norma o reglamento o admite acaso otra fuente, por ejemplo, un mandato u orden legítima. (...) Al respecto se debe señalar que la existencia de una disposición legal o de una orden legítima de autoridad competente igualmente legitima la facultad de posesión, al agregar al cargo una función complementaria que antes no existía"; de tal modo que el procesado Montesinos Torres al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor; abona en

este sentido lo argumentado por la Corte Suprema en su resolución de fecha catorce de mayo del dos mil dos, emitida en la excepción de naturaleza de acción promovida por Bedoya de Vivanco, en dicha Ejecutoria Suprema se concluye que el procesado Vladimiro Montesinos tenía el manejo de los caudales provenientes del Tesoro Público que se le entregaban con lo cual se cumple el elemento de vinculación funcional exigida por el tipo penal de peculado; por otro lado, con respecto a la naturaleza pública de los fondos en referencia, se debe tener presente lo que dice la doctrina al respecto, Fidel Rojas oportunamente citado, señala que el tipo penal no exige necesariamente la literalidad estatal o pública de los bienes, más aun la posición de garante (ejercida a través de sus representantes), que asume el Estado, permite considerar susceptibles de peculado tanto a los bienes que se incorporan, sea cual sea la fuente productora (pública o particular) como a los que temporalmente se hallen bajo disponibilidad jurídica (bienes con destino público o aquellos sujetos a simple custodia estatal)", si Vladimiro Montesinos recepcionó dinero de particulares tal como alude Matilde Pinchi Pinchi y Víctor Alberto Venero Garrido estos pasaron a ser bienes del Estado, y por lo tanto de naturaleza pública"...

Peculado. Criterios para establecer la responsabilidad penal del extranei (complicidad primaria). Aplicación de la tesis de la unidad de imputación. Complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia.

“Con relación a la responsabilidad penal de Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, éste a lo largo de todo el proceso ha reconocido haber recibido dinero de su coprocesado Montesinos Torres en las oficinas del SIN, hecho que se corrobora con el vídeo del diecisiete de junio de mil novecientos noveintinueve, alegando en su favor que desconocía que el dinero provenía de fondos públicos, sin embargo, estando a lo precedentemente precisado y considerando la forma, causas y circunstancias en que se dieron los hechos, de haber recibido el dinero en una oficina estatal y de un empleado público y sin que el coprocesado presente ninguna prueba que demuestre lo contrario, no es cierto que desconociera que el dinero recibido provenía de los fondos públicos, más aun tratándose de un profesional y político de elevada capacidad intelectual; abonan en este sentido las actas de transcripción del vídeo rotulado "Reunión doctor Bedoya - Reátegui" del doce de junio de mil novecientos noveintinueve; vídeo "Doctor Bedoya - Reátegui" del diecisiete de junio del mil novecientos noveintinueve, y vídeo "Reunión doctor Luis Bedoya" del cinco de julio de mil novecientos noveintinueve; del acta de transcripción del audio rotulado "Doctor Montesinos - Bedoya - Gonzáles Reátegui" que capta el momento de la entrega del aporte; en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal careciendo de autonomía

y estructura delictiva propia, como sostiene Fidel Rojas Vargas se trataría de la tesis de la unidad de la imputación, siendo de la misma línea de pensamiento Manuel A. Abanto Vásquez, quien en su libro "Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano", Edición dos mil uno, página cincuenta, dice : "La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la de la "unidad del título de imputación". Autor del hecho solamente podrá ser el intraneus ... (que) haya realizado los hechos Los extraneis participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho", por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuadra dentro del llamado extranei y por ende pasible de sanción bajo la calidad de cómplice del delito de peculado"...

Peculado. Criterio para establecer la responsabilidad penal del procesado como cómplice secundario

"Respecto a la responsabilidad penal de José Tomás -González Reátegui, dicho procesado fue la persona que sirvió de intermediario para lograr el encuentro entre sus coprocesados Montesinos Torres y Bedoya de Vivanco, que culminó con el entendimiento entre ellos para lograr la satisfacción de intereses ilícitos recíprocos, su contribución es indistinta, no es indispensable, por lo que se encuadra dentro de la llamada complicidad secundaria, y de acuerdo con el artículo veinticinco del Código Penal, se le

puede disminuir prudencialmente la pena, como lo ha efectuado el Colegiado Superior, en el presente caso”...

- **Corte Superior de Lima**

- **Expediente No.99-93.**

Lima, 25 de marzo de 1994

(...) que en el caso de autos, la participación del procesado consiste en haber integrado el Comité de Administración del FOCOMI desde el mes de agosto de 1984 a setiembre de 1985, limitándose su función en aprobar o desaprobado los créditos solicitados que habían sido evaluados previamente por un comité evaluador o calificador, constituidos por funcionarios del Banco Minero y que, la aprobación de los préstamos era por unanimidad, según fluye de su declaración instructiva de fojas 490 del cuaderno principal “A”. Que los delitos denunciados se tipifican en las taxativas legales de los artículos 246 inciso quinto, 344, 346 y 348 del Código Penal de 1924, tipos delictivos reproducidos en los artículos 198 inciso octavo, 384 y 389 del vigente Código Penal de 1991, que los precitados delitos cuya comisión corresponde a los funcionarios públicos, que por otra parte el numeral de 4 25 inciso tercero del Código penal de 1991 considera como funcionario o servidores públicos “los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado”; Que, en la evolución jurídica del país ha cambiado en sus legislaciones, la novísima Constitución

Política precisa en su artículo 40, tercer párrafo: “No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado”; Que el procesado durante el tiempo que se desempeñaba como miembro del comité de administración del FOCOMI fue funcionario del Banco de la Nación, una empresa del Estado normado en ese entonces, por el Decreto Legislativo No.199; que asimismo el Fondo de Consolidación Minera – FOCOMI fue creado en el Banco Minero, igualmente empresa del Estado, con recursos provenientes del Banco de la Nación que le otorgara para el cumplimiento de sus objetivos; Que, en tal sentido, el artículo 40 de la Constitución de 1993 ha abrogado el artículo 425 inciso tercero del Código Penal de 1991 y , consecuentemente, como trabajador de una empresa del Estado no sería imputable por los delitos denunciados por no tener la categoría de funcionario o servidores públicos; Que, finalmente el delito tipo previsto en el inciso quinto del artículo 246 del Código Penal abrogado, no tiene equivalencia en el nuevo Código Penal vigente, cuya figura delictiva ha sido descriminalizada; que, consecuentemente, los hechos incriminados al procesado no constituyen delitos y son justiciables penalmente, en virtud del artículo 40 de la novísima Constitución Política del Estado, (...)

- **SALA PENAL**

Ejecutoria Suprema

Expediente No.1688-94 LIMA

Lima, 12 de agosto de 1994

(...) que, el ilícito de concusión y peculado previstos en los artículos 384, 387 y 389 del Código Penal vigente, respectivamente, constituyen delitos especiales que exigen una calificación específica al sujeto activo que es el ser funcionario o servidores públicos, siendo dicha exigencia un aspecto del tipo objetivo, que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer una conducta como típica que la Constitución vigente en su artículo 40, segundo párrafo establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, con lo cual se abroga el inciso tercero del artículo 425 del Código Penal de 1991, que establece como funcionario o servidor público a los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado, que en el caso de autos, en un extremo, se aprecia que el Fiscal Superior en su acusación escrita inculpa al procesado por los delitos de concusión y peculado, previstos en los artículos 384, 387 y 389 del Código Penal vigente respectivamente, por su desempeño como miembro del comité de administración del Fondo de Consolidación Minera (FOCOMI), cargo al que había sido designado siendo funcionario del Banco de la Nación, una empresa del Estado normada en

ese entonces por el Decreto Legislativo No.199, advirtiendo asimismo que no existía ningún funcionario o servidor que dependiese del FOCOMI; fondo creado por Decreto Supremo numeral 040-81-EM/A, que se basaba en la estructura administrativa del Banco Minero, igualmente empresas del Estado, según lo establecido en el artículo 2 del Decreto Supremo No.298-68-HC; que siendo esto así, en este extremo de la denuncia, se advierte que no se cumplen los presupuestos objetivos de los tipos penales asumidos como aplicables, ya que el procesado a partir de lo que establece la nueva Constitución Política no tiene la condición de funcionario o servidores públicos, no adecuándose los hechos que se le incrimina con la descripción típica de los delitos de concusión y peculado materia de instrucción; que por otra parte, sobre el otro extremo de la instrucción seguido contra el procesado por el delito de defraudación en perjuicio de la Administración Pública precisado en el artículo 246 inciso quinto del Código Penal derogado, es de precisar que dicho supuesto delictivo ha sido descriminalizado en el Código Penal vigente, y no siendo posible asimilar dicho supuesto con el previsto en el artículo 198 inciso octavo del Código Penal vigente por estar prohibido la aplicación de la ley penal por analogía, de conformidad con lo dispuesto en el inciso noveno del artículo 139 de la Constitución Política, la conducta del procesado, en este extremo, también resulta atípica, (...)

En el Acuerdo Plenario No.4-2005 adoptado con fecha 30 de setiembre de 2005, en forma unánime, teniendo como ponente al Vocal Supremo, doctor Robinson Gonzales Campos, el Pleno de la Corte Suprema, si bien es cierto que no define la calidad de funcionario público; sin embargo, respecto al actuar del sujeto activo de este delito, ha establecido lo siguiente:

“La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza 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:

- a. Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o 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.*
- b. La percepción, no es más que la acción de captar o decepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.*
La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

- c. *La Custodia, que importa la típica posesión⁷⁰ que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.”*

e. En la jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional, en una decisión aún bastante discutible, incluso a nivel de la doctrina como veremos más adelante, ha resuelto en el Exp. No. 2758-2004-HC/TC – Caso Luis Bedoya de Vivanco⁷¹ lo siguiente:

“Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.

Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del

⁷⁰ Que no implica, como lo veremos más adelante al tratar sobre el sujeto activo y como el propio Acuerdo Plenario también lo reconoce, que esta posesión sea física inmediata, sino que esté bajo su esfera legal de custodia.

⁷¹ Extraído de la web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe

recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad.”

Como vemos, para la mayoría del Tribunal Constitucional es suficiente que el actor del delito ejerza de hecho una función pública (lo que evidentemente sería una usurpación de funciones) para que se pueda configurar el delito de Peculado, lo cual nos parece aun bastante discutible. El voto en discordia nos dice:

“Opino –en discrepancia con mis colegas- que la usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público y que el artículo 387 del Código Penal exige textualmente que el funcionario administre bienes públicos “por razón de su cargo”.⁷² Interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso y literal de la ley penal y rozar analogías prohibidas por la Constitución.” En otras palabras, este razonamiento no hace más que resaltar la tesis

⁷² Lo que implica un nombramiento previo, que cumpla con las formalidades del caso (norma respectiva, publicación de ser el caso, entre otros) y sea expedido por un funcionario competente, que ostente la facultad para tales designaciones; por ejemplo, un Director de la Unidad de Gestión Educativa que nombre –mediante resolución directoral- a un Director de un centro educativo. Consideramos que aquí se equivocó la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional. (Ver más cuando hablamos sobre el sujeto activo de este delito).

del principio de legalidad penal⁷³ como guía para la persecución de los delitos, el procesamiento de sus autores y la ejecución de la pena.

De manera concordante con esta tesis, Fidel Rojas⁷⁴ sostiene que el particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de la calidad de autores de dicho delito. El funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado. Tampoco puede ser autor de peculado el detentor de hecho de caudales o efectos, así tenga el control de facto o el dominio funcional no legitimado de algún sector público o de toda la administración pública.

En esta línea de interpretación y argumentación, sostiene este autor, es de considerar errónea por forzada y analógica la posición asumida en recientes sentencias de salas penales superiores de Lima,

⁷³ Diego Manuel Luzón Peña, en su *Curso de Derecho Penal – Parte General I*, Ed. Universitas SA, Madrid – España 1996, pág. 81, señala: “Esta garantía, de carácter predominantemente formal, pero con repercusiones materiales (de técnica legislativa que se resumen en la triple exigencia de *lex praevia, scripta y stricta*) tiene un evidente fundamento político-constitucional (...) y se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano. Pero igualmente encaja en las exigencias del Estado democrático (...) Ahora bien, el principio de legalidad también se puede derivar indirectamente, del fundamento funcional de la necesidad del Derecho Penal para la prevención de los delitos,, que a su vez implica el denominado principio de eficacia o idoneidad, pues el principio de legalidad contribuye notablemente a la eficacia de la prevención general. (...) nada es más eficaz e idóneo que el que tanto el delito como la pena aparezcan clara y exactamente definidos en la ley escrita, para que todos sepan bien a qué atenerse.”

⁷⁴ Op. cit., p.480.

convalidadas por votos mayoritarios de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, de ver en el administrador de ipso un funcionario de hecho susceptible de ser informado por los alcances de tipicidad normativa recogida en el tipo penal de peculado. No es esa la forma de respetar el principio de legalidad y de construir un derecho penal coherente y racionalizador. La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado (funcionario o servidor público que por razón de su cargo administra caudales o efectos) con el patrimonio público, vincula inexorablemente la tipicidad del delito. Conforme a como ha sido redactado el tipo penal peruano de peculado no es posible derivar autoría a quien carece de dicha estricta y específica vinculación, salvo que se varíe sustancialmente el tipo de peculado.⁷⁵

En realidad, consideramos que el sustento de tal fallo en mayoría lo podemos encontrar en lo que se denomina la teoría de la autoría mediata. Así, Carlos Suárez Gonzales⁷⁶, siguiendo a Roxin, sostiene que en los delitos de infracción de deber basta que aquél a quien le incumbe el deber deje de realizar la acción a un alguien que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. La diferencia entre estos supuestos y los de la coautoría estriba en que la coautoría, quienes cooperan para alcanzar el

⁷⁵ Cfr. Rojas, op. cit., p.481.

⁷⁶ En su *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Ed. Grijley, Colección Autores Extranjeros, 1ª. Edición, Lima setiembre de 2001, pág. 155.

resultado se encuentran igualmente obligados, mientras que en la autoría mediata, el ejecutor es por principio un *extraneus*. Y, en esta medida, su responsabilidad sólo puede venir determinada, en su caso, a título de partícipe. Partícipe es aquél que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial que fundamenta la autoría. La participación es *intervención sin infracción de deber especial*. Más adelante, el mismo autor sostiene que la realización del hecho mediante infracción del deber constituye, como sostienen los partidarios de la diferenciación entre delitos de dominio del hecho y delitos de infracción del deber, el criterio fundamentador de la autoría mediata. Pero visto desde otra perspectiva, como el propio Roxin señala, ello supone equiparar normativamente, la omisión del especialmente obligado a evitar el hecho a la realización activa del tipo.

2.3.6. El delito de peculado y otros delitos

Conforme se desprende del tipo penal, el delito de peculado generalmente va acompañado de otros delitos, así tenemos:⁷⁷

- a) Peculado y Falsedad genérica. Concorre cuando el agente falsifica o adultera documentos para posibilitar la apropiación de los caudales o

⁷⁷ Cfr. Jorge B. Hugo Alvarez. *Delito de Peculado*. Editorial Gaceta Juridica. 1a. Edición. Lima. Marzo de 2006. Pág.274

efectos que como funcionario o servidor público tuviera en administración, custodia o percepción.

- b) Peculado y Apropiación ilícita. Cuando el agente con relación funcional sobre los bienes del Estado en razón del cargo se apropia de los caudales o efectos con la participación de otros funcionarios sin dicha condición especial exigida por el tipo.
- c) Peculado y Receptación. Cuando el agente con relación funcional sobre los bienes en razón del cargo se apropia de los caudales o efectos para otro, instigado por este último, toda vez que busca beneficiarse con el hecho punible del funcionario o servidor público"

Por su parte, respecto al mismo tema, Fidel Rojas⁷⁸ nos da la siguiente apreciación: "Muy frecuentemente el peculado concurra con el delito de apropiación ilícita (art. 196) y hurto (art. 186). Igualmente se presenta concurso con el delito de exacciones ilegales (art. 383) cuando lo percibido para el Estado es apropiado por el sujeto público. También con el delito de falsificación o adulteración de documento (arts. 427-428)."

En consecuencia, y a propósito de lo que es público y conocido de los escandalosos casos de corrupción en que se vieron implicados altos funcionarios de la década pasada, no nos queda duda alguna que el peculado aparece

⁷⁸ Ídem, págs. 427 – 428.

acompañado de otros ilícitos penales, tales como: asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionarios, falsificación de documentos y apropiación ilícita.

Veamos un caso paradigmático:

- * **RN No. 2674-2004 – Caso Vladimiro Montesinos Torres, Huamán Ascurra, Agustín Mantilla, José Crousillat, hermanos Winter y otros⁷⁹. Asociación ilícita para delinquir y corrupción activa de funcionarios. Medios probatorios que acreditan la comisión del delito y responsabilidad penal de los procesados: video, confesión sincera.**

“Se acusa a Montesinos Torres, Roberto Huamán Ascurra y Luis Venero Garrido, por el delito de asociación Ilícita para delinquir y corrupción activa de funcionarios, derivados del hecho de haber conformado una organización permanente para cometer delitos, como se evidencia del "vídeo mil ciento noventidós: entrevista Polo Gamarra y amigo Lucho", En dicha filmación se observa que el congresista Ernesto Gamarra Olivares recibe tres mil dólares. Montesinos Torres al rendir su declaración instructiva y acogerse al beneficio de la confesión sincera, ha admitido su responsabilidad en tales hechos, precisando inclusive los motivos y su planificación (en el Servicio de Inteligencia Nacional): día, lugar, forma de entrega del dinero y la filmación a cargo de Huamán Ascurra.”

⁷⁹ Castillo Alva, op. cit., en edición, Lima 2007.

Asociación ilícita para delinquir. Medios probatorios que acreditan responsabilidad penal de los procesados. Videos.

...“contra Vladimiro Montesinos Torres, José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, por delito de asociación ilícita para delinquir. Se imputa al primero, concertarse con terceros, para lograr el sometimiento de América Televisión - Canal Cuatro, a los designios del gobierno del Presidente Fujimori. Los videos dan cuenta cómo los representantes del citado canal, sus coacusados Crousillat, aparecen recibiendo a cambio cuantiosas sumas de dinero. También se le imputa haber logrado montar una campaña periodística de desprestigio de personas que resultaban incómodas al régimen de Fujimori, como es el caso de César Hildebrandt, Mariela Balbi, Baruch Ivcher y Rodríguez Larraín, entre otros.”

Asociación ilícita para delinquir, corrupción activa de funcionarios y peculado. Medios probatorios que acreditan responsabilidad penal de los procesados. Reconocimiento del propio procesado y videos.

...“contra Vladimiro Montesinos Torres, Julio César Vera Abad y Daniel Borobio Guede, por el delito de asociación ilícita para delinquir, corrupción activa de funcionarios y peculado. Los cargos contra Montesinos Torres es por haber concertado con terceros, para someter a la empresa Andina de Radio Difusión - Canal Nueve, a los propósitos del Presidente Fujimori

Fujimori. a cambio de fuertes sumas de dinero provenientes del Estado. En el juicio oral su defensa solicitó la absolución, no obstante que su patrocinado tras acogerse al beneficio de la confesión sincera había reconocido como ciertos y verdaderos los hechos que aparecen en los vídeos incriminatorios.”

Asociación ilícita para delinquir y peculado. Medios probatorios que acreditan responsabilidad penal de los procesados. Videos y declaraciones acogiendo al procedimiento de colaboración eficaz.

...“contra Vladimiro Montesinos Torres y hermanos Mendel y Samuel Winter Zuzunaga, delito de asociación ilícita para delinquir y peculado, derivados de "la suscripción de un contrato ilícito de locación de servicios para someter la línea periodística del Canal Frecuencia Latina - Canal Dos, los objetivos ilícitos del Presidente Fujimori, a cambio de cuantiosas sumas de dinero." Los hechos están suficientemente acreditados, con la declaración del propio Montesinos aceptando su responsabilidad, y además precisado que los dineros que entregó provenían del tesoro público; versión que está corroborada con las declaraciones de sus coacusados Winter Zuzunaga en el procedimiento de colaboración eficaz al que se han acogido.

Criterios que justifican la condena por Asociación ilícita para delinquir –con agravante- del procesado.

...“que el Tribunal de mérito ha dado como suficientemente probado, el extremo de la acusación fiscal por el delito de asociación ilícita para delinquir mediante una motivación internamente congruente; esto es, remitiéndose a las características de tipicidad objetiva que exige el artículo trescientos diecisiete del código penal como son: organización con una estructura básica, con cohesión de grupo y en orden direccionado a perpetrar delitos comunes; la permanencia y concertación. Es más, la versión dada por el propio acusado hace corroborar la perpetración de tal ilícito penal, cuando admite explícitamente que: "el Presidente Alberto Fujimori me encargó misiones, como las de reclutar congresistas electos (transfuguismo político) para conseguir mayoría en el Congreso y la Mesa Directiva; autorizándome a usar métodos o procedimientos, sin límites, incluido hacer pagos con dineros del estado (casos Kouri Boumachar, Gamarra Olivares); a comprar la línea periodística de canales de televisión, dañar y difamar a los opositores políticos, etc.". Estos hechos materia de la acusación y del contradictorio, permiten formar convicción que, previo a la comisión de los delitos que se investigan, se había formado una organización permanente para delinquir, direccionada a apropiarse para sí y para terceros del patrimonio del Estado; que la estructura asociativa partió desde el interior de las más altas esferas del poder político en la que Montesinos Torres, desde el Servicio de Inteligencia Nacional, cumplió un rol protagónico para nuclearla y ampliarla hacia toda la administración pública y hacia el exterior, con la colaboración de sus cómplices e instigadores, **i.3)** porque la pena impuesta de quince años, tiene

básicamente como referente la agravación circunstanciada de la asociación ilícita para delinquir en la que ha incurrido el sentenciado. Este Supremo Tribunal entiende que, el deber de interpretar la ley corresponde a los magistrados, empero, cuando se tiene que condenar se debe respetar la correlación entre la acusación, la defensa y el fallo condenatorio); que, en el caso subexamen la igualdad de contenido ha sido respetada por el Tribunal al no ampliar o cambiar el supuesto de hecho presentado por el acusador, al precisar las figuras delictivas e imponer la pena correspondiente; que tal pronunciamiento se corresponde de esta manera con un acertado ajuste a la ley y a los hechos materia del juicio, pues, los debates orales y los considerandos del fallo, dan cuenta que se cumplió regularmente con los principios de congruencia y de imputación, puesto que la base del juicio oral estaba delimitada por los artículos trescientos ochentisiete, trescientos noventinueve y trescientos diecisiete del Código Penal; razón por la cual la denuncia de haberse hecho una distinta definición legal respecto al extremo del delito de asociación ilícita para delinquir, carece de todo amparo legal puesto que la circunstancia agravante de calificación imponía su cumplimiento. Tampoco es verdad, que la acusación fiscal hubiere tipificado dicho extremo delictivo en la primera parte del artículo trescientos diecisiete del código sustantivo, pues, el sólo hecho de haberse solicitado ocho años de pena para Montesinos Torres excluía encuadramiento en la forma simple de asociación ilícita cuya pena máxima es de seis años. En puridad, tal forma de calificación agravada formó parte del principio de imputación, respecto de la cual el citado acusado también ha ejercido su actividad

defensiva en forma adecuada y razonable. En conclusión, lo que se advierte es que, los jueces han cumplido con las normas sustantivas y procesales de rito, puesto que no podían dejar de aplicar la calificación legal del hecho circunstanciado por existir agravados especiales (segunda parte del artículo trescientos diecisiete del Código Penal.”

Peculado, corrupción de funcionarios y asociación ilícita para delinquir. Criterios para declarar infundada la tacha contra video. Admisión de coprocesado por acogimiento a confesión sincera.

...“se le imputa "haberse concertado con José Francisco Crousillat Carreño y Oscar Dufour Cattaneo para que el congresista recién electo Luis Alberto Kouri Bumachar renuncie a su partido y pase a pertenecer a la agrupación política "Perú dos mil" del presidente Alberto Fujimori Fujimori, objetivo que se concretizó el cinco de mayo del dos mil, en las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional – SIN, donde Montesinos Torres le entregó al citado Kouri Bumachar la suma de quince mil dólares americanos a cuenta, firmando éste además, un documento de compromiso político de adhesión a "Perú dos mil".

...“si bien el Congreso no remitió el vídeo original también es verdad que la copia antes citada constituye una reproducción exacta del original como se anota en su certificación oficial, razón por la que no existe traslado de carga probatoria que se aduce, máxime si lo solicitado no tenía como propósito

demostrar que dicha copia constituía un "vídeo editado" - más todavía, si el propio Montesinos lo ha corroborado al acogerse al beneficio de la confesión sincera. De otro lado es menester puntualizar que los criterios que el Colegiado ha tenido en cuenta para declarar infundada la tachadura y por válida la copia del vídeo, constituyen actos discrecionales, congruentes de análisis y valoración probatoria. Con relación a que el Colegiado expidió sentencia antes del plazo establecido por la norma procesal, es del caso señalar que tal disposición no constituye contravención al debido proceso, sino más bien actos jurisdiccionales consentidos, luego de suspenderse la audiencia para votar las cuestiones de hecho y el fallo; que no obstante lo anotado, tal disposición del Tribunal debe ser convalidada y subsanada de conformidad con lo previsto en el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales.”

Peculado y asociación ilícita para delinquir – agravada. Infundada excepción de prescripción. Plazo aún no vence. Referencia es la del delito más grave.

...“la defensa del acusado ausente José Enrique Crousillat López Torres - en el Informe oral de la vista de causa y escritos de su propósito ha deducido la Excepción de Prescripción de la acción penal, sosteniendo que su patrocinado a la fecha de los hechos por los que se le acusa (catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho), tenía más de sesenticinco años de edad; por ende, que dado el tiempo transcurrido desde entonces, reducido

a la mitad por razón de la edad, ha operado la prescripción de conformidad con los artículos ochenta y ochentiuno y primera parte del artículo trescientos diecisiete del Código Penal. Este Supremo Tribunal no comparte tal argumentación, pues, José Enrique Crousillat López Torres es acusado por los delitos de peculado y asociación ilícita para delinquir, en cuya virtud el plazo prescriptorio no ha operado dado que ambas figuras concursan para los efectos de la prescripción, resolviéndose con el referente del delito más grave, que en este caso es el delito de asociación ilícita agravada prevista y sancionada en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal - texto original aplicable a la fecha del evento - que fija una pena no menor de ocho años, sin límite máximo, conforme lo establece el párrafo cuarto del artículo ochenta Código Penal. Es más, del análisis del expediente aparece:

a) Que la defensa del reo contumaz José Enrique Crousillat López Torres, dedujo la misma excepción de prescripción, sosteniendo que los hechos ocurrieron el veintiséis de febrero de mil novecientos noventinueve, excepción que fue declarada improcedente en la sentencia materia de grado; y b) Que en esta instancia, al proponer la presente excepción de prescripción, no sólo se omite hacer toda referencia a lo ya resuelto por el Colegiado, sino que además aparece sustentando dicha prescripción con fecha distinta y anterior: catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Que examinados los autos, se llega a la incontrovertible conclusión que el plazo prescriptorio que se alega no ha operado; pues, las dos fechas que propone el propio excepcionante, están aún pendientes por determinarse, ya que según la visualización del vídeo "Dr. Crousillat - Gisella" data del

veintiséis de febrero de noventa y nueve y que los hechos se habrían prolongado en el tiempo, según la transcripción del vídeo mil seiscientos siete - mil seiscientos ocho "Reunión Crousillat, Sr. Wo - Bertini", ocurrido el diecinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve; y lo que es más relevante, es lo afirmado por su coacusado Montesinos Torres: "que el pago de un millón ochocientos cincuentisiete mil nuevos soles, a José Francisco Crousillat Carreño y a José Enrique Crousillat López Torres, ocurrió el catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, pero que procesados le solicitaron que en los meses de noviembre y diciembre de mil novecientos noventa y nueve, y enero, febrero y marzo del dos mil, dichos pagos se incrementaran a la suma de dos millones de dólares americanos, toda vez que se iniciaba la campaña electoral del año dos mil, por lo que se tuvo que hacer firmar un Contrato, a fin de hacer los pagos en adelante; que al no haberse ganado las elecciones en la primera vuelta, ambos procesados le exigieron que en los meses de marzo, junio y julio del año dos mil, se le siga pagando la misma suma de dos millones de dólares americanos, y que, luego de esa fecha, las cuotas se redujeron al acuerdo inicial. Y que, los Crousillat, además, le hicieran la oferta para conversar con Genaro Delgado Parker, a efecto de impedir la salida del programa periodístico de César Hildebrandt", versión que confirma que los hechos incriminados al accionante se prolongaron en el tiempo hasta el mes de julio del año dos mil, consecuentemente, a criterio de este Supremo Tribunal, no ha operado la prescripción."

Corrupción activa de funcionarios. Medios probatorios que acreditan responsabilidad penal de los procesados: testimoniales y de la propia declaración de procesado.

...“contra Vladimiro Montesinos Torres y James Stone Cohen (cómplice), por el delito de corrupción activa de funcionarios en agravio del Estado. A Montesinos Torres se le acusa haber logrado convencer al Alcalde de Huancavelica Federico Salas Guevara para que acepte el cargo de Primer Ministro del gobierno del Presidente Fujimori, negociando inclusive para que perciba una remuneración especial de treinta mil dólares americanos mensuales. La responsabilidad penal de Montesinos está suficientemente acreditada a través de su propia manifestación aceptando que lo hizo por "obediencia jerárquica al presidente Fujimori", versión que por lo demás, está corroborada con las declaraciones de Federico Salas Guevara, Villalobos Candela y Rozas Bounucelli.”

Corrupción activa de funcionarios. Suficiencia probatoria que acredita responsabilidad penal de los procesados: video y reconocimiento del propio acusado.

...“contra Vladimiro Montesinos Torres, por el delito de corrupción de funcionarios. Se le acusa haber entregado a Agustín Mantilla Campos la suma de treinta mil dólares americanos provenientes de los fondos del Estado, para que éste financie la campaña política del Partido Aprista

Peruano. Instructivamente, el acusado ha admitido su responsabilidad reconociendo y ratificándose que lo visto en el vídeo corresponde a lo que realmente ocurrió. Sobre este extremo tampoco existe agravios que absolver.”

Fraude en la administración de personas jurídicas. Medios probatorios que acreditan responsabilidad penal de los procesados. Contrato criminalizado corrobora conducta ilícita de los procesados.

“La defensa de los citados acusados solicita la nulidad parcial de la sentencia por considerar que se les ha condenado por hechos atípicos, toda vez que el dinero que recibieron de Vladimiro Montesinos Torres en ejecución de un contrato criminalizado de locación de servicios, no fue objeto de derecho patrimonial de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión Sociedad Anónima; pues, el citado contrato fue nulo por tener fin ilícito, razón por la cual los hermanos Winter Zuzunaga han sido condenados por complicidad de peculado doloso (apropiación de fondos públicos); consecuentemente al no haberse generado derechos ni obligaciones patrimoniales a la citada empresa, el que tiene derecho a que se le restituya el dinero, es el Estado por ser el único propietario; y que si esto es así, dicha compañía de radiodifusión no puede ser sujeto pasivo del delito de fraude en la administración de persona jurídica. Que dichos agravios devienen en improcedentes, toda vez que de acuerdo con la prueba acopiada en autos, se aprecia que la conducta de los sentenciados

es ilícita, habiéndose configurado los elementos subjetivos y objetivos que requiere el tipo penal de fraude en la administración de personas jurídicas para su existencia; por lo que, la argumentación de que se trata de las consecuencias de un contrato criminalizado, no les favorece, sino por el contrario, corrobora la conducta ilícita de los citados acusados, más aún cuando se tiene como antecedente su acogimiento a la terminación anticipada del proceso.”

Asociación ilícita para delinquir. Excepción de cosa juzgada fundada.

Aplicación del principio *ne bis in idem*.

*...“el citado impugnante ha deducido la **excepción de cosa juzgada por el delito de asociación ilícita para delinquir**, a mérito de la Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha dos de agosto del año dos mil cuatro (Expediente del recurso de nulidad número setecientos treinta - dos mil cuatro) en la que se le condenó a ocho años de pena privativa de libertad por el mismo delito. Que, efectivamente así aparece de las copias certificadas que se acompañan, por lo que en mérito de dicha instrumental se prueba objetivamente la articulación de cosa juzgada. Pues, el concepto del mismo hecho, designa del mismo modo, el suceso histórico que este Supremo Tribunal viene jurídicamente conociendo en alzada: la identidad del peligro abstracto de la asociación ilícita prevista en el artículo trescientos diecisiete del Código penal, impide una calificación jurídica distinta y una acusación*

complementaria a la ya producida en la sentencia de la Sala Penal Permanente. El principio del ne bis ídem: según este postulado, que se deriva sin obstáculos del principio de legalidad, para cada delito unitario debe existir una pena legal unitaria, de modo que no se puede multiplicar la imputación para dar lugar con su ejecución a varios delitos y varias penas. Por tales consideraciones debe declararse procedente la excepción respecto al extremo impugnado por el delito de asociación ilícita para delinquir”...

2.3.7. Elementos del delito de peculado doloso

De manera específica, el delito de peculado doloso se encuentra tipificado en el artículo 387 –primera parte- del Código Penal del modo siguiente:

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma para sí o para otro, caudales u efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. 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 la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.”

Del tipo penal y adelantándonos, diremos que el peculado doloso es un delito especial y pluriofensivo, que para configurarse requiere tomar en cuenta elementos señalados por la norma, que atenta contra el normal desarrollo de las actividades de la administración pública.⁸⁰

En ese sentido, se trata de un comportamiento mediante el cual el agente, funcionario o empleado público, en beneficio propio o de un tercero, se *apropia* o *utiliza* el dinero o bienes muebles, que se le ha confiado por razón del cargo, para su percepción, administración o custodia.⁸¹

Asimismo, para la configuración del tipo no se exige el ánimo de lucro por parte del agente, pero es implícito su aprovechamiento, bien sea a favor de sí mismo o de terceras personas sean estas naturales o jurídicas. Lo que importa para la configuración del tipo penal es el uso momentáneo privado o ajeno a la función pública, cualquiera fuera el provecho o no del agente,⁸² en otras palabras, el bien tiene que salir –aunque sea momentáneamente– de la esfera de custodia del actor (que necesariamente tiene que tener la condición de funcionario público).

* **R.N. N° 3565-2003 – Caso Marco Cahuana Paiva y otros⁸³.**

Peculado. Elementos que configuran el delito de peculado. Naturaleza jurídica de dicho delito. Medios probatorios que acreditan

⁸⁰ Material de Estudios del curso de *Derecho Penal – Parte Especial*. Academia de la Magistratura. Pág. 110.

⁸¹ Cfr. Juan Portocarrero Hidalgo: *Delitos Contra la Administración Pública*..Editorial Portocarrero, 2ª. Edición .Lima 1997. pág.170.

⁸² Cfr. Jorge B. Hugo Alvarez. *Peculado*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, marzo-2006, pág.254 .

⁸³ Cfr. Castillo Alva, op. cit. Lima 2007.

responsabilidad penal de los procesados en los hechos que se les imputan: pericia contable que acredita el perjuicio económico.

...“se han cumplido todos y cada uno de los elementos que configuran el tipo penal de peculado como son: a) la existencia de una relación funcional entre los sujetos activos quiénes resultan ser los procesados y los caudales y efectos; entiéndase 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; b) la percepción, (recepcionar caudales o efectos de modo lícito como es del caso materia de la instrucción; recibiendo el cobro efectuado por terceros de giros de recibos y cheques; y administración, que implica las funciones activas de manejo, conducción y custodia, lo cual establece la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia; c) apropiación o utilización; esto es hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la administración pública y colocándose en situación de disponer los mismos; en toda apropiación hay una negativa tácita o expresa a devolver lo percibido, custodiado o lo que se tiene en administración; lo que está debidamente acreditado en autos. (...) en el delito de peculado por ser de resultado en su forma activa y comitiva, la consumación se realiza instantáneamente para sí o para terceros; y por tanto la verificación de la apropiación supondrá mediante requerimiento y los formalismos del caso, la voluntad de apropiación de los sujetos activos quien para efectos de eludir responsabilidad no dan cuenta de la documentación total contable y

administrativa de su gestión. (...) el perjuicio económico se encuentra debidamente acreditado con las pericias contables efectuadas en autos que determinó los montos faltantes por rendir cuenta de parte de los procesados.

a. Elementos objetivos: normativos, sujetos activo y pasivo

Del tipo penal así descrito, podemos apreciar sus elementos:

a) Elementos objetivos: sujetos activo y pasivo.

Sujeto activo: Como ya lo dijimos anteriormente, sólo puede ser sujeto activo de este delito el funcionario o servidor público. Sin embargo, es de enfatizar que la doctrina actual se ha pronunciado pluralmente en el sentido de que la ley no se refiere a la entrega facultativa, sino a la impuesta o autorizada por las prescripciones administrativas en cuanto otorgan competencia al funcionario para administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos.

En otras palabras, el funcionario incompetente⁸⁴ para realizar esas funciones no puede ingresar en el círculo del peculado (solo podría cometer delitos contra la propiedad) aunque los bienes le hayan sido confiados porque es funcionario, por cuanto el peculado es una especial violación de los deberes del cargo y

⁸⁴ Portocarrero, op. cit., pág. 167 señala que: “Se entiende que el funcionario debe ser legítimo, con un nombramiento o elección impecables, esto es, cumpliendo todos los requisitos de ley, no un usurpador por ejemplo, en el cumplimiento de esos requisitos radica su titularidad.

únicamente se puede dar cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquél.⁸⁵

El funcionario, entonces, debe poseer el carácter de administrador de los caudales o efectos. Se trata de aquellos bienes que el funcionario maneja, es decir, aquellos de los cuales puede disponer en su función administrativa.⁸⁶ La doctrina ha señalado que ese carácter se da cuando el funcionario está facultado administrativamente para disponer de los bienes, esto es, para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas, pero no implica, necesariamente, que deba detentar, personalmente, la posesión material de los bienes que administra.⁸⁷

Reiteramos que así incluso lo ha reconocido la Corte Suprema cuando en el mencionado Acuerdo Plenario No.4⁸⁸ se señala que ...“para la existencia del delito de peculado 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. 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

⁸⁵ Cfr. Creus, op. cit., págs. 329-330.

⁸⁶ Cfr. Creus, op. cit., pág. 314. Portocarrero, op. cit., pág. 166, define al caudal como el patrimonio, como el conjunto de bienes, en especial dinero en cantidad. Efecto, considerado caudal en sentido general, como el conjunto de bienes muebles, efecto debe entenderse, en sentido específico, valores en papel, documento o título mercantil, aquellos que tienen contenido económico y son negociables. Este autor concluye que el peculado se refiere sólo a la apropiación o utilización de bienes muebles.

⁸⁷ Cfr. Creus, op. cit., pág. 319.

⁸⁸ Acuerdo Plenario adoptado el 30 de setiembre de 2005. Se anexa al final de este trabajo.

o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública.”

Sobre el tema, tenemos las siguientes ejecutorias:

Atipicidad de la conducta por falta de calidad del agente

Exp.2695-2001-Cusco⁸⁹

“El encausado recibió la cantidad de trece mil ochocientos nuevos soles en su condición de Tesorero del Comité Vecinal y cuando se le solicitó la rendición de cuentas, recurriendo al engaño y a la astucia pretendió justificar supuestos gastos hasta por la suma de doce mil quinientos cuarenta y seis nuevos soles con el propósito de obtener un provecho patrimonial tratando de mantener en error a los pobladores de Pilcopata. Además se aprecia que el acusado no tiene la calidad de funcionario público, toda vez que fue elegido por los pobladores como parte del Comité Vecinal, por lo que no se configura el delito de Peculado, sino el de Estafa (art. 285 del CP).”

Sujeto pasivo: Existe unanimidad de criterio al considerar como sujeto pasivo únicamente al Estado.

⁸⁹ Salazar Sánchez, op. cit, pág. 203.

Así, veamos la siguiente ejecutoria:

Atipicidad de la conducta por no lesionar los recursos públicos

Exp. 1175-2001-Lima⁹⁰

“En el delito de peculado el agraviado es siempre el Estado, en tanto en el presente caso, los recursos económicos del Centro Deportivo del Sector Público Pesquero – CEDESEPP, provienen fundamentalmente de las aportaciones, activos, cuotas de ingreso, y utilización de los usuarios ocasionales, y otros ingresos como donaciones (...) por lo que tales recursos no pertenecen al Estado; en consecuencia, la conducta es atípica, ya que falta un requisito”...

b. Modalidades y objeto del delito

El artículo 387 del CP, al definir al peculado, utiliza dos modalidades (actos materiales) por los que se puede cometer este delito:

Apropiarse, se apropia, cuando se recibe una cosa para devolver o entregar a tercero y no se cumple con hacerlo. Aquí la cosa no necesariamente está en posesión del agente, pero éste ejerce sobre ella actos de dominio incompatible con el título por el cual la guarda.

⁹⁰ Cfr. Salazar Sánchez, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia Penal*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Julio de 2004. Pàg. 200.

Portocarrero,⁹¹ igualmente, se refiere a que esta apropiación puede darse a través de la retención definitiva de la cosa (quedarse con ella para no devolver) enajenar (transferir el dominio de una cosa) destruir la cosa (destrozarla, deshacerla, desaparecer la cosa) consumir (extinguir, acabar). En todos estos casos implica la disposición de la cosa como si fuera propia.⁹²

Utilización, se utiliza, cuando se sirve de una cosa, cuando se hace uso. Esto implica una permanencia en su uso, en labores ajenas al servicio, como si fueran propias del autor.⁹³

En el citado Acuerdo Plenario vinculante expedido por la Corte Suprema se lee: “*Apropiación o utilización*. En el primer caso estriba a hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.”

Seguidamente continúa: “*El destinatario: para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también

⁹¹ Cfr. Portocarrero, op. cit., pág. 164.

⁹² Cfr. Creus, op. cit., pág. 325, así también lo señala cuando dice que ...“en apropiarse hay un contenido subjetivo que importa la de disponer de la cosa a título de dueño.”

⁹³ Cfr. Portocarrero, op. cit., pág. 165

puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.”

Ahora bien, percepción es la función de recibir bienes para la Administración Pública, sea para ingresarlos o para regresarlos a ella, deben pertenecer a la Administración o deben ingresar a ella con la finalidad de penetrar en esa pertenencia; así, puede cometer peculado el funcionario encargado de percibir ‘derechos’ o ‘tributos’ sobre los caudales que en tales conceptos le entreguen los particulares, pero no el funcionario encargado de recibir ‘depósitos en garantía’ de contratistas del Estado sobre tales depósitos, ya que esos depósitos entran en la Administración para estar en ella, pero sin pertenecer a la misma. Dándose el hecho de la pertenencia o de la entrada del caudal o efecto para ingresar en aquélla, poco importa realmente el título por el cual se lo perciba (adquisición, cobro o transferencia).⁹⁴

Custodia es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, realizada como función administrativa, lo cual importa la tenencia –que puede ser simbólica, o sea, que no tiene por qué ser necesariamente material- de los bienes, el jefe de economato de una repartición puede cometer este delito, pero no el empleado a quien aquél le ha encargado la labor de embalar los bienes, ni el empleado policial que cumple actividad de vigilancia sin ejercer la tenencia de aquellos: la simple relación material con la cosa no importa de por sí su tenencia en el sentido que la

⁹⁴ Cfr. Creus, op. cit., págs. 328-329.

función de custodia exige. Si ésta se da poco importa la razón jurídica que la fundamenta (depósito, organización, etc.).⁹⁵

Sobre el objeto del delito, el citado Acuerdo Plenario sostiene:

“*Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquéllos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos-valores negociables.”

c. Bien jurídico protegido

Respecto a este tema el asunto aún no ha sido resuelto, pues existen diferentes criterios sobre el mismo. Creus sostiene, por ejemplo, que se debe reconocer que en el peculado son varios los bienes jurídicos afectados: en primer lugar, la sustracción del bien afecta la propiedad (en el sentido penal); se afecta conjuntamente la seguridad con que la Administración trata de preservar los bienes públicos, la fe o confianza depositada en el funcionario encargado del manejo o la custodia de esos bienes, y también el normal funcionamiento de la Administración en su aspecto patrimonial.⁹⁶

Sin embargo, el mismo autor señala que la esfera de custodia de la cual deben separarse los bienes para que se dé el peculado es, dentro de la actividad

⁹⁵ Cfr. Creus, op. cit., pág. 329

⁹⁶ Cfr. Creus, op. cit., pág. 324.

patrimonial de Estado, aquella cuya titularidad corresponda al funcionario autor; por tanto, debe estar determinada por la ley, el reglamento o la orden legalmente formulada por autoridad competente,⁹⁷ en otras palabras, si esos bienes no están debidamente asignados por una norma expresa, entonces no se estaría incurriendo en el delito de peculado.

Para Manuel Frisancho y Raúl Peña, el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de la Administración Pública que se vería afectado si se permite que los funcionarios dispongan ilegalmente de los bienes propios de la Administración. El delito de peculado, entonces, castiga la lesión sufrida por la administración pública, al ser despojado de la disponibilidad de sus bienes.⁹⁸

Portocarrero,⁹⁹ por su parte, señala que el peculado es un delito especial, cometido por funcionario o empleado público y no por cualquier persona, toda vez que no sólo se afecta a los bienes patrimoniales del Estado, sino que también el interés de éste está en la probidad, honradez y fidelidad que debe demostrar dicho funcionario o empleado público.

No debemos olvidar que la categoría de bien jurídico debe ser entendida en su concepción axiológica, valorativa, que otorga una comunidad atendiendo al momento de su formación espiritual colectiva. Sin ánimo de entrar en calificaciones de bueno o malo, simplemente a manera de ejemplo, diremos que el

⁹⁷ Cfr. Creus, op. cit., pág. 327.

⁹⁸ Cfr. Frisancho, op. cit., pág. 295. De igual criterio es Jorge. Hugo Alvarez, op. cit., pág. 170.

⁹⁹ Op. cit., pág. 163.

concepto de propiedad, entendida como bien jurídico que merece protección, no es lo mismo en un estado liberal que en uno socialista.

En consecuencia y siguiendo el pensamiento de Luzón Peña¹⁰⁰, diremos que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se fundamenta también desde la perspectiva del moderno Estado social y democrático de derecho, pues debe considerarse que los bienes jurídicos son condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación de los ciudadanos en la vida social.¹⁰¹ Sólo se puede considerar un bien si se le añade la consideración valorativa, o sea, entendida como objeto valioso (por su cualidad de condición necesaria para el desarrollo de la vida individual o social).¹⁰²

La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario que se anexa a este trabajo, sostiene –criterio con el cual concordamos- por su parte que ...“tratándose el peculado de un delito pluriofensivo,¹⁰³ el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: **a)** garantizar el principio de la no

¹⁰⁰ Op. cit., pág. 82.

¹⁰¹ El maestro español Mir Puig, citado por José Urquiza Olaechea en su artículo *El bien jurídico* aparecido en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año III, No.6, GC Ediciones, Lima 1998, pág. 807, sostiene: “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 de 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 convivencia: vida, honor, intimidad personal, libertad, etc. y los protege prohibiendo su afeción.”

¹⁰² Cfr. Luzón Peña, op. cit., pág. 328. Por su parte, Urquiza, op. cit., pág. 827, sostiene que la dañosidad social se yergue así como un 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.”

¹⁰³ Recordemos que la connotación de delitos pluriofensivos se refiere no al número de acciones, sino de bienes jurídicos que se afectan con un hecho. Ver Luzón Peña, op. cit., págs. 314 y ss.

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.

d. Autoría y participación

Podemos definir al autor como aquel sujeto que decide libremente y que tiene el dominio del hecho, esto es causa, dirigiendo la realización de todos los elementos típicos, debido a un dominio de configuración sobre la base de una acción dirigida y causada libremente.¹⁰⁴ Autor, entonces, es la persona que realiza objetiva y subjetivamente el tipo penal correspondiente.¹⁰⁵

En ese sentido, Creus¹⁰⁶ sostiene que existe autoría cuando se dan los siguientes requisitos:

- a. Dominio final del hecho.¹⁰⁷
- b. Requisitos objetivos del autor.

¹⁰⁴ Cfr. Edgardo Alberto Donna. *La Autoría y la Participación Criminal*. Editorial Rubinzal Culzoni, Marzo del 2005. Pág. 80

¹⁰⁵ Cfr. Norberto J. de la Mata Barranco. *La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y participación*. En: *Delitos contra la administración pública*, Asua, op. cit., págs. 95 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. Creus, op. cit.

¹⁰⁷ Cfr. De la Mata Barranco, op. cit., pág. 98, contrariamente sostiene que es más acertado aludir a la autoría como pertenencia del hecho a un sujeto, por cuanto en determinadas formas delictivas, como los delitos imprudentes, tipos de comisión por omisión o delitos especiales, el criterio del dominio del hecho para definir la autoría tiene que ser completado por otros criterios específicos, como la infracción de un deber extrapenal, la posición de garante, etc. de tal modo que aunque se puede dominar el hecho, si no se produce ese desvalor adicional, por la propia configuración del delito en cuestión, no podrá afirmarse la autoría.

- c. Los requisitos subjetivos, como el ánimo de lucro.
- d. Los requisitos de los delitos de propia mano.

Continuando más adelante, el profesor argentino señala que específicamente en el delito de peculado, el autor sólo puede serlo el funcionario que tiene competencia para administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos. Igual criterio sostiene de la Mata Barranco:¹⁰⁸ sólo quien sea funcionario podrá ser autor, porque sólo a él le compete esa especial labor de protección que pueda pretender garantizar el tipo en cuestión.

Nelson Salazar¹⁰⁹ argumenta que este ilícito penal tiene la característica de pertenecer a la familia de los delitos de infracción de deber; por eso, la doctrina mayoritaria no tiene mayores inconvenientes en señalar que únicamente los funcionarios o servidores públicos pueden ser autores de este delito.

Por su parte, Fidel Rojas¹¹⁰ afirma que tanto en el delito doloso como culposo de peculado sólo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración las cosas (caudales y efectos) de los que se

¹⁰⁸ Op. cit., pág. 99.

¹⁰⁹ Cfr. Salazar Sánchez, Nelson. *¿Pueden ser cómplices de peculado quienes no son funcionarios ni servidores públicos?*. En: Revista Actualidad Jurídica No.136. Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2006, pág.103.

¹¹⁰ Cfr. Fidel Rojas Vargas. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Jurídica Grijley. 2ª. Edición. Enero 2001.

apropia o utiliza para sí o para otro. El particular que está en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de calidad de autores de dicho delito.

Compartimos el mismo criterio con el jurista Edgardo A. Donna cuando dice que autor será todo el que realice la conducta típica o alguno de sus elementos y en los delitos dolosos será también autor el que tenga el dominio finalista del hecho aunque no haya realizado la conducta típica.¹¹¹

Veamos las siguientes jurisprudencias.

Principio de accesoriedad y teoría de la unidad del título de imputación para atribuir la participación de *extraneus* en delitos especiales

Exp.No.375-2004¹¹²

“El fundamento de la resolución estriba en que los procesados no son pasibles de imputación del delito contra la administración pública, peculado, por no ostentar la calidad de funcionarios públicos; al respecto, debemos acotar que el tipo penal previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del código sustantivo es un delito especial, que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal, una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la

¹¹¹ Edgardo Alberto Donna. *La autoría y la participación criminal*. Editorial Rubinzal Culzoni. Marzo del 2005. Pág. 33.

¹¹² Castillo Alva. José Luis. *Jurisprudencia Penal 2*. Ed. Grijley. 1ª. Edición. Lima, octubre de 2006. Pág.586.

esfera de los autores está limitado (no está abierto a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde adentro, es decir, por los “intraneus”. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta: gozar de la calidad de funcionario público, no puede ser autor material del delito de peculado. El Código Penal, respecto a la participación, asume la tesis de la “accesoriedad de la participación”, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho imponible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que corresponda al autor (unidad del título de la imputación). Por ende las personas “extraneus” que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material, responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta cualificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realizan materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible. Habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los “delitos especiales... (sic) en tanto que no se describe, o no sólo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un estatus del autor, las expectativas de comportamiento conforme a Derecho se determinan a través del título del deber. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder “en segundo término” y tan solo limitadamente.”

Sobre autoría y participación, el artículo 23 del CP define como autor al sujeto activo de cualquier delito, pues lo define como ...“el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible”... incluyendo también a los coautores al señalar ...“ los que cometan conjuntamente”... por lo que ambos reciben la misma pena.

Así, en el:

- Exp. No.2026-99-Lima,¹¹³ se lee: “La comisión del latrocinio perpetrado contra el agraviado, en el cual han actuado con el concurso de más de dos personas, configura agravante, la responsabilidad penal que les alcanza a los acusados, éstos deben responder a título de coautores teniendo en cuenta que ambos han actuado con previo acuerdo y en codominio de hecho, por lo que deben ser sancionados con la misma pena”...

Con respecto a la participación, debe considerarse que ésta puede ser a título de cómplice primario o cómplice secundario, para lo cual el artículo 25 del CP requiere en el primer caso de: a) dolo del cómplice (conocimiento y voluntad), b) el auxilio prestado haya sido de tal magnitud, sin el cual no se hubiera cometido el delito. En todos los demás casos estaremos hablando de complicidad secundaria.

De la Mata¹¹⁴ sostiene que la fundamentación de la sanción de las diferentes formas de participación lo encontramos en la Teoría de la Causación o

¹¹³ *Código Penal*. Jurista Editores. 4ª. Edición actualizada. Pág. 74.

¹¹⁴ Op. cit., pág. 104.

Favorecimiento, también denominada Teoría de la Participación en lo ilícito, conforme a la cual el partícipe favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor.

Veamos lo resuelto en el:

- Exp. No.5163-98-San Martín:¹¹⁵ “Cómplice primario: En el caso de autos se encuentra acreditado que el acusado prestó colaboración en la realización del evento delictivo, tal como consta en su manifestación durante la investigación policial con la presencia del señor representante del Ministerio Público, aunque después cambiara su dicho para eludir su responsabilidad, por lo que teniendo en cuenta la forma, el modo y circunstancias de su participación, éste tiene la condición de cómplice primario, ello en virtud al reparto funcional de roles, por el cual las distintas distribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse, independientemente de la entidad material de su intervención, teniendo en cuenta que la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores.”

Para el cómplice secundario tenemos el:

- Exp. 3312-98-Lima:¹¹⁶ “El cómplice secundario es aquél que otorga un aporte no indispensable en la realización del delito, cuya actividad se

¹¹⁵ Rojas Vargas, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. Ed. Idemsa. Lima, 2002. Pág. 305.

¹¹⁶ Ídem, pág. 308.

encuentra en dependencia con relación a la del autor, por lo que es indiferente la etapa de su participación, pero siempre antes de la consumación.”

De otro lado, es pertinente señalar que en el delito de peculado, por tratarse de un delito especial –cometido sólo por funcionario público- los terceros particulares (el tipo penal específicamente lo señala) tienen que ser comprendidos como cómplices, más no como autores de este ilícito.¹¹⁷

Así, de la Mata¹¹⁸ enfatiza que en los delitos especiales sólo podrá ser autor, coautor o autor mediato quien tenga la condición de funcionario público. Quien no ostente esta condición podrá ser únicamente partícipe del mismo (inductor o cooperador) de tal modo que si el particular realiza conjuntamente con el funcionario público la conducta típica descrita por el delito especial de que se trate, o bien se transforma la coautoría en una cooperación necesaria, o bien ha de proponerse su impunidad dada su inidoneidad para ser coautor.

¹¹⁷ Cfr. Salazar, op. cit., pág. 105, señala que ...“la calificación de los *extraneus* como partícipes en los delitos especiales –en virtud de la infracción de un deber negativo- materializa el principio constitucional de igualdad ante la ley. Así, por ejemplo, en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, es posible que tanto los sujetos especiales como los particulares sean sancionados sin prelación alguna; los primeros como autores y los segundos como partícipes. De no fundamentar la participación de los *extraneus* en la creación de riesgos lesivos prohibidos, se violaría el principio de igualdad ante la ley, ya que sólo los funcionarios o servidores públicos serían sancionados por lesionar las expectativas normativas que se encuentren bajo su tutela, mas no los particulares, aunque sean éstos los que generen los riesgos más graves para el bien jurídico.”

¹¹⁸ Op. cit., pág. 110.

Más adelante, el mismo autor sostiene que si quien realiza esa conducta descrita por el tipo especial es exclusivamente el particular, el funcionario podrá ser considerado únicamente como autor mediato del mismo, pero nunca partícipe (inductor o cooperador) por cuanto la participación exigiría que el particular realizara un hecho típicamente antijurídico, lo que no es posible al no ser sujeto idóneo del delito.

Concordante con la opinión sustentada por Nelson Salazar,¹¹⁹ consideramos que para fundamentar correctamente la imputación jurídico penal de los partícipes *extraneus* en el delito de peculado, el fundamento de dicha imputación no se debe buscar en relación con la falta de dominio de hecho o de la infracción del deber mediato, sino en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es en la infracción del deber de no dañar.

Teoría del dominio

Dona¹²⁰ nos da un excelente resumen sobre este tema; así sostiene que quien primero utilizó la expresión dominio del hecho fue Hegler en 1915, seguido por Welzel, quien estructura su teoría sobre el dominio del hecho en base a la separación entre ser y valor y por ende en giro hacia lo antológico, la esencia de la acción. Para Welzel es que el final debe entenderse en sentido de posibilidad de dirigir la causalidad hacia la finalidad puesta por el autor, de modo que este dirige,

¹¹⁹ Op. cit., pág. 104

¹²⁰ Cfr. Rojas, op. cit., págs. 72, 73, 33 y 32

guía, la relación causal, de manera que la acción ya en Kant es una acción finalista, y en ese punto no hay observación qué hacer y ésta fue la interpretación correctamente dada por Welzel.

Sin embargo, si se quiere analizar el problema de la imputación subjetiva, la cuestión se complica ya que ese concepto de acción resulta demasiado estrecho. Se requiere un concepto de acción más amplio que el utilizado hasta este momento, por ello es preciso completar el concepto restringido de autor con el concepto finalista; como señala Welzel, es el señor del hecho, es decir, aquel que lo realiza en forma final en razón de su decisión volitiva dirigiéndolo en forma planificada.

Como vemos, la teoría del dominio del hecho delictuoso implica el conocimiento y voluntad de querer y buscar un resultado, en otras palabras, comprende desde su concepción inicial, planificación, ejecución y resultado querido.

Así también se desprende de las siguientes jurisprudencias:¹²¹

- Exp. No. 531-98-Tacna: “El haber tomado parte el acusado en el ilícito submateria tanto en la fase preparatoria, ejecutiva y consumatoria con una división de funciones y roles, es de ver que su aporte ha tenido la calidad

¹²¹ *Código Penal*, Juristas... op. cit., pág. 75.

de esencial, logrando el codominio del hecho con sus coacusados, por lo que corresponde imponer a ambos agentes la misma pena.”

- Exp. No.4855-98-Lima: “En el caso de autos, los referidos acusados, conjuntamente con sus coacusados, planificaron y acordaron la ejecución del hecho delictivo, , distribuyéndose el trabajo a realizar por cada uno de ellos y teniendo el codominio del hecho al momento de su perpetración, actuando como ‘campanas’ y ‘agentes de repliegue’ determinándose la realización en común del delito, en la realización de interdependencia funcional sobre el principio de división de trabajo, por lo que teniendo en cuenta la forma, modo y circunstancias de la participación de los acusados, éstos tienen la calidad de coautores y no la de cómplices.”.

Teoría del deber ser

Desde este punto de vista, lo determinante para la autoría no es la condición formal del funcionario, ya que si así fuera, cualquier delito cometido por quien detente dicha condición habría que considerarlo delito de funcionarios. Lo relevante es el deber específico de tener encomendado un cometido concreto. Se trata de deberes por lo general antepuestos a la norma penal, y que traen causa de otras ramas del ordenamiento jurídico.¹²²

En los delitos consistentes en la infracción de un deber no opera el presupuesto del dominio del hecho. Lo relevante es la vulneración del deber, y ello aun cuando,

¹²² El maestro alemán Claus Roxin, citado por Carlos Suárez, op. cit., pág. 153.

en el caso concreto, no exista una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. Roxín lo ejemplifica por medio del siguiente supuesto: el coadministrador de un patrimonio, que puesto previamente de acuerdo con otro coadministrador, auxilia a éste a apoderarse de los bienes administrados, para posteriormente repartírselos entre ambos, debe ser considerado coautor del hecho aunque no ostente el dominio funcional del mismo, pues de igual modo ha vulnerado el vínculo de lealtad con su administrado. Si se exigiese para la autoría en estos delitos, además de la infracción del deber el dominio del hecho, ello conduciría a tener que admitir que existen “señores del hecho con deber de lealtad y obligados a lealtad sin dominio del hecho.”

Carlos Suárez¹²³ precisa que esto no sólo eliminaría el concepto unitario de participación en los delitos de infracción de deber, sino que además conduciría a negar que existe autoría en los supuestos en los que el ejecutor obró sin incumbirle el deber de lealtad, y el obligado permaneció en un segundo plano. De ahí que en los delitos consistentes en la infracción de un deber, el quebrantamiento conjunto de un deber común da lugar a responsabilidad a título de autor.

Para Roxin,¹²⁴ lo determinante es la importancia que el legislador otorgue al deber en el marco de la lesión del bien jurídico, y en función de ello, la limitación de la punibilidad a los *extranei* que participen en el delito. La delimitación entre delitos

¹²³ Op. cit., pág. 154.

¹²⁴ Citado por Carlos Suárez, op. cit., págs. 155 y ss.

de dominio y delitos consistentes en la infracción de un deber se convierten así en una cuestión teleológica relativa a la interpretación de los tipos individuales. Esto conlleva, de otro lado, a equiparar normativamente la omisión del especialmente obligado a evitar el hecho a la realización activa del tipo.¹²⁵

Como vemos, no es nada fácil la posición que se adopte, pero en la resolución judicial debe quedar claramente expresada. No debe olvidarse que estas teorías no están normadas o reguladas en nuestro ordenamiento penal, pues sería imposible y hasta terrible que ello ocurriera, sino que estos conceptos recogidos en la parte general del Código Penal son alimentados por la dogmática-jurídica, la misma que se encuentra evolucionando constantemente.¹²⁶

¹²⁵ De lo expuesto, consideramos que la tesis asumida por el Tribunal Constitucional es ésta última, es decir la Teoría del deber ser, que incluso también se aprecia en la sentencia ordinaria que había sido materia de cuestionamiento por el referido hábeas corpus. Igualmente de importante es la que se asumió para sustentar la condena a Abimael Guzmán y otros (autoría mediata por dominio de organización).

¹²⁶ Al respecto, James Reátegui Sánchez, en *Interpretación jurisprudencial, ley penal y dogmática jurídico-penal. El caso del Principio de accesoriadad en la participación criminal*, publicada en la revista *JUS – Doctrina y Práctica*, Enero 1, 2007, Ed. Grijley, pág. 50 y ss, sostiene que ...“después de un largo período se ha llegado a un consenso en la ciencia penal de que la teoría del *dominio del hecho* en el autor y la *accesoriadad de la participación criminal* son los criterios rectores para imputar un título de responsabilidad al sujeto activo (...) Pero no siempre estuvo de moda la teoría del dominio del hecho en la autoría y la accesoriadad en la participación criminal, pues en su momento lo estuvo la teoría unitaria de la participación, donde no se distinguían los aportes de los sujetos, después estuvo de moda la teoría formal-objetiva, etc., es decir, cada base teórica de la participación criminal responde a una determinada concepción dogmática del hecho punible.” Más adelante continúa: “Lo que debe dejarse en claro es que siempre, o casi siempre, el soporte teórico-jurídico que fundamenta una institución dogmática (en este caso la Autoría y participación) avanza mucho más rápido que la visión congelada de la ley penal. A veces las disposiciones penales, en la Parte General, sólo sirven para acreditar por qué existe un Código Penal, responde a una determinada línea de imputación, pero sin afiliarse contundentemente a ella, ya que eso traería serios problemas a la hora de la interpretación judicial. Si el principio de legalidad cumpliría verdaderamente una función real en la Parte General del Código Penal, el principio de accesoriadad en la participación criminal no debería aplicarse ya que ésta no se encuentra incorporada expresamente en las disposiciones generales sobre autoría y participación.”

e. Grado de desarrollo del delito

Como ya lo explicáramos con anterioridad, cuando se trata de caudales o efectos que el funcionario tiene en administración o custodia, la consumación se produce cuando aquél los saca de su propia administración o custodia, aunque sea momentáneamente. Producida aquella separación, el delito queda consumado aunque se opere una posterior restitución, sin requerimiento alguno y aunque el autor, al adoptar la conducta típica, lo haya hecho con el ánimo de restituir los bienes.¹²⁷

Como se puede apreciar, el peculado es un delito de resultado. En tanto que la acción del autor trasciende de ella, requiere que se haya producido la separación del bien de la esfera administrativa de custodia; es un resultado que se independiza de la acción que lo produce, ya que sigue existiendo en la realidad después del cese del accionar: en este sentido es un delito de “lesión”, aunque esa lesión no importe necesariamente un “perjuicio patrimonial”. Ahora bien, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, es un delito de “peligro” ya que basta con la amenaza que aquella lesión importa para el regular desenvolvimiento administrativo de la actividad patrimonial estatal.¹²⁸

¹²⁷ Creus, op. cit., pág. 331.

¹²⁸ Creus, op. cit., pág. 334.

- * **R.N. Nº 2275-05 – Vladimiro Montesinos Torres y otros¹²⁹.**

Peculado. Naturaleza y momento de consumación del delito. Tipo penal no exige perjuicio económico.

*“Que, en este sentido, con respecto a los agravios formulados por Vladimiro Montesinos Torres, es de tenerse presente, ante todo, que la consumación del delito de peculado se realiza instantáneamente al producirse la apropiación o la utilización para sí o para terceros - actos de disposición - siendo esto corroborado por la Ejecutoria Suprema del quince de noviembre de mil novecientos noventitrés, del expediente doscientos cincuentiséis - noventitrés, proveniente de Lima, que señala **"se configura el delito de peculado cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio, aunque los mismos hayan sido devueltos"**; más aún si el tipo penal respectivo, contenido en el artículo trescientos cuarentisiete del Código Penal no exige para su configuración perjuicio económico alguno.”*

- * **Exp. No. 512-2003 – Caso Luis Ordóñez Ramos y otros¹³⁰.**

Peculado. Medios probatorios que acreditan responsabilidad penal de los procesados. Tipo penal no exige cuantía, basta la sola utilización aunque bienes hayan sido devueltos.

¹²⁹ Castillo Alva, op. cit., Lima 2007.

¹³⁰ Ídem.

...“para la configuración de este delito no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, solamente que sean utilizados para fines ajenos al servicio aunque estos hayan sido devueltos; que de la valoración de las pruebas actuadas en autos, se tiene que los procesados Luis Armando Ordóñez Ramos y Marlube Encarnación Cruces Neyra, aprovechándose del cargo que ostentaban en la Unidad de Servicios Educativos de Cayalloma -Arequipa, el primero de los nombrados como Jefe de Auditoría Interna y la segunda como Secretaria del Área de Programación Educativa, y que por tanto, tenían acceso a los diversos bienes de la entidad agraviada, sistemáticamente fueron sustrayendo éstos, lo cual se encuentra corroborado con las actas de registro domiciliario, aunado a ello que en sus propias declaraciones, éstos encausados, aceptaron que sustrajeron diversos bienes de la entidad agraviada, sin permiso ni autorización, configurándose por ende el delito de peculado doloso; los encausados antes indicados señalaron como medio de defensa que sustrajeron los bienes por razones de estética y espacio; que asimismo con relación a la procesada Leddy Melania Flores Arias, en su condición de responsable de la seguridad del local de la entidad agraviada, pese a tener la obligación de vigilar los bienes, no lo hizo, permitiendo que se produjera la sustracción sistemática de estos, configurándose por ende el delito de peculado culposo”...

Tentativa

Carrara la rechazó, pero Creus sostiene –y con el cual concordamos- que sí se da, pues se trata de un delito con un resultado de lesión (...) lo cual permite distinguir, en el *inter criminis*, pasos previos dirigidos a la consumación –o sea, a la separación del bien de la esfera administrativa de custodia- que más allá de los meramente preparatorios, adquieren verdadero carácter de actos ejecutivos (p. ej., la entrega de los caudales a un tercero en la sede administrativa para que los saque de ella sin que esto llegue a concretarse por la intervención de otros).¹³¹

Del mismo criterio es Luzón Peña¹³², pues afirma que en los delitos de resultado, el tipo requiere para la consumación la producción de un resultado, material o ideal, como consecuencia de la conducta y distinto de la misma, generalmente posterior pero a veces simultáneo a ella. Por ello cabe perfectamente tanto tentativa como frustración.

f. Elemento subjetivo

Es un delito eminentemente doloso. El dolo requiere el conocimiento, por parte del funcionario, del carácter de los bienes y de la relación que lo une con los mismos y la voluntad de sustraerlos, esa decir, de quebrantar la esfera de custodia

¹³¹ Cfr. Creus, op. cit., pág. 334

¹³² Op. cit., pág. 307.

administrativa en que se encuentran.¹³³ En otras palabras, actúa con conocimiento y voluntad de querer un resultado.

* **Caso Germán Ignacio Hizo Requena¹³⁴.**

Peculado. Comportamiento típico. Absolución por ausencia del tipo subjetivo. No se acredita apropiación de fondos.

...“el comportamiento típico en el delito de peculado está referido a la facultad de disponer de los bienes para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas, el sujeto activo debe tener dominio sobre la posesión material de los bienes que administra, debido a sus funciones, que están inmersos en este tipo penal verbos rectores tales como “Administrar” como sinónimo de facultad de disponer los bienes; “Percibir” recibir bienes de la administración pública, para ingresarlos o regresarlos a ella; “custodiar” entendida como la tenencia y vigilancia sobre los bienes públicos realizada como función administrativa, señala Manuel Abanto Vásquez³ que no basta que la custodia sea ocasional, sino que debe tratarse de una “custodia funcional”. Que para la realización del tipo penal del delito de malversación de fondos no entra en consideración los fines en los cuales se haya invertido el dinero del Estado, bastando para su consumación el hecho que le haya dado un destino diferente del primigenio: en el caso de autos, no se ha llegado a establecer la comisión de los delitos de peculado y malversación de fondos, por cuanto, si bien el

¹³³ Creus, op. cit., pág. 338.

¹³⁴ Castillo Alva, op. cit., Lima 2007.

procesado en su condición de Alcalde de la Municipalidad de Aija dispuso de los fondos de la Comuna para realizar préstamos, sin embargo estos han sido recuperados, por ende no ha concurrido la conducta dolosa que requiere el tipo para efectos de su represión, por lo que, no habiéndose acreditado la apropiación de los fondos tanto para él como para beneficio de terceros, procede su absolución de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.”

g. De la pena

El artículo 387 establece como pena para el peculado doloso, una pena no menor de 2, ni mayor de 8 años de pena privativa de la libertad. Cuando los efectos o caudales están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena será no menor de 4 ni mayor de 10 años de pena privativa de la libertad.

En atención a la magnitud del daño que se causa con el patrimonio del Estado,¹³⁵ que son de todos, y en atención a la lamentable historia negativa respecto al mal uso de los recursos patrimoniales de éste, consideramos que es necesario

¹³⁵ Más aún si consideramos que más del 50% de la población vive en extrema pobreza, se hace evidente que estos hechos deben ser considerados de gran dañosidad social y merecer, pues no hay otra manera de proceder ante la evidencia histórica, un mayor reproche social. Al respecto, José María Silva Sánchez, citado por Urquiza, op. cit., pág. 832, sostiene que: “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 final.” Del mismo modo, Luzón Peña, citado por el mismo Urquiza, op. cit., pág. 832, afirma que ...“la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena, además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo.” Francisco Muñoz Conde, en una entrevista concedida también es del mismo parecer.

incrementar las sanciones, puesto que creemos que sí tendría un efecto disuasivo en virtud de que el agente, en estos casos, no actúan con violencia y proceden de un estatus social medio a elevado, por lo que tienen mayor educación para comprender los alcances de este ilícito penal y sí podrían actuar o tener un efecto disuasivo.

Así, por ejemplo, como se ha legislado en otros ordenamientos jurídicos,¹³⁶ se podría establecer la inhabilitación absoluta para el ejercicio de la función pública, o el incremento de la privación de la libertad, además de garantizar la devolución de lo indebidamente apropiado, que en la práctica resulta letra muerta; igualmente, la aplicación de las penas a los autores de este delito son –a veces- muy benignas y no contribuyen a la difusión de sus propios fines, como factor preventivo general o especial del delito.

Evidentemente la percepción que se tiene en la población es que a estos delincuentes se les trata con “guantes de seda” por proceder de ciertos estratos de mayor poder económico, son los denominados “delincuentes de cuello y corbata” y que a la larga no hacen sino socavar la consolidación de un Estado social y democrático de derecho. No olvidemos que compete al Derecho Penal la defensa frente a los ataques más graves, de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales.¹³⁷

¹³⁶ Los cuales se transcriben en el siguiente punto a tratar.

¹³⁷ Cfr. Urquiza, op. cit., pág. 829.

2.3.8. Del delito de peculado culposo

Básicamente sus elementos son iguales a su modalidad dolosa; pero, con respecto al peculado culposo, el Acuerdo Plenario establece que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos. En este caso, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

- a. *La sustracción.* Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

- b. *La culpa del funcionario o servidor público.* Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo al delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

En cuanto a la tentativa, la figura del delito culposo no admite esta posibilidad. La tentativa en un delito culposo de peculado, de redacción irregular, como en este caso el segundo párrafo del artículo 387, sería enfocable con relación a los actos de cuidado del funcionario o servidor y no de los actos ejecutivos del tercero; por lo mismo, de producirse actos materiales de tentativa, ella resulta irrelevante jurídicamente para los fines de reprensión penal y, por lo mismo, para la configuración de delito; por ejemplo, que sea otro servidor que se percata que el tercero está sustrayendo, alertando al funcionario lo que permite la frustración del acto ilícito o tan solo una tentativa inacabada (hipótesis de no consumación material de la sustracción¹³⁸).

En cuanto a la pena, ésta es alternativa. Es decir, el juez puede sentenciar a pena privativa de libertad o con prestación de servicio comunitario. La penalidad

¹³⁸ Cfr. Rojas, op. cit., p.531.

agravada será de tres a cinco años, más la inhabilitación señalada en el artículo 426 del CP. La penalidad del tercero se fija según el tipo penal común de hurto.

Veamos algunas ejecutorias al respecto:

- * **Peculado culposo. Presupuestos objetivos del tipo. Límite de la responsabilidad del funcionario público¹³⁹.**

Exp. No.084 - 2005 – “A”

“Respecto al ilícito penal que se le incrimina a los denunciados, que es el delito contra la Administración Pública – Peculado Culposo, nuestro Código Penal en su artículo trescientos ochenta y siete tercer párrafo señala que: “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 la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas (...)” de dicho texto normativo se desprende que el actuar delictivo se configura cuando el funcionario o servidor público viola o inobserva deberes del debido cuidado exigibles y posibles sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público; debiendo considerarse que la responsabilidad del funcionario o servidor público llega hasta el límite de

¹³⁹ Castillo Alva, José Luis. *Ejecutorias Superiores – Selección de sentencias expedidas por las Salas Penales de Lima*. En edición. Ed. Grijley. Lima 2007.

sus funciones, atribuciones y responsabilidades en base al principio de lesividad material y de culpabilidad”...

- * **Peculado culposo. Confirmatoria de auto de no ha lugar sólo en un extremo porque el elemento subjetivo del delito implica la infracción del rol del agente por causas objetivas que supongan impericia, negligencia o imprevisión. Revocatoria en otro extremo porque no debe desestimarse la denuncia por ausencia de un acto de investigación que puede realizarse en la etapa de instrucción.**

Exp. Inc. No. 057-05-A¹⁴⁰

...“que la conducta atribuida a la denunciada Olenka Barrón Pareja se encuentra fuera de los alcances del numeral trescientos ochenta y siete del Código Penal que reprime la figura del peculado culposo, al haber sólo visado el comprobante de pago número tres mil trescientos noventa en vía de regularización y sin tener a la vista el cheque girado por los denunciados Huamán Santillán y Pérez Arrutegui.”

“De acuerdo a los hechos expuestos en la denuncia fiscal, estimamos que la conducta imputada al denunciado Pascual Neptalí Pérez Arrutegui, en atención el cargo que desempeñaba, no es consecuencia de una actuación negligente, en la medida que su realización suponía el conocimiento de la

¹⁴⁰ Ídem.

acción v de sus resultados. De modo que no puede imponérsele el delito o título de culpa, ya que la verificación de este elemento subjetivo, lleva implícita la infracción del rol del agente por causas objetivas que supongan impericia, negligencia o imprevisión, que lo diferencien del delito doloso que exige conocimiento (conciencia y voluntad en la realización del tipo objetivo).

...“la conclusión a la que arriba la Juez para no aperturar instrucción contra el denunciado Jorge Luis Reinoso Jesús por carecer de lo pericia grafotécnica, debe ser reformada, toda vez que uno de los fines de la instrucción es la reunión de las pruebas de lo realización del delito, conforme lo prescribe el artículo setentidós del Código de Procedimientos Penales, por tanto no debe desestimarse le denuncia por ausencia de un acto de investigación que puede realizarse en la etapa de instrucción.”

2.3.9. El delito de peculado en la legislación extranjera

Sin pretender hacer un análisis comparativo o lo que se denomina derecho comparado, haremos mención rápidamente de cómo se trata este delito en otros países:

a) El peculado en Ecuador

“Artículo 257. Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del Sector Público y toda persona encargada de un servicio público que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación, la aplicación de fondos para fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, el abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se investiga.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función pública; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario.

El director de la Oficina Nacional de personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en el que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101.

Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas, que hubieren intervenido en actos de determinación”.

“Artículo 257-A. Serán reprimidas con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos, vinculados, relacionados o inter compañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero”.

b) El peculado en Bolivia

Código Penal de Bolivia de 1973

“Artículo 142. (Peculado)

El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado por pena privativa de libertad de tres a ocho años y multa de 60 a 200 días”.

c) El peculado en Colombia

Código Penal de Colombia de 2000

“Artículo 397. (Peculado por apropiación)

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o

fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigente dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.

“Artículo 398. (Peculado por uso)

El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

d) El peculado en Argentina

Código Penal argentino de 1921

“Artículo 261. Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 10 años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo,

Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero trabajos o servicios pagados por una Administración Pública”.

“Artículo 262. Será reprimido con multa de veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo diere ocasión a que se efectuase por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.”

e) El peculado en Brasil

Código Penal de Brasil de 1940

“Artigo 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio; Pena-reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

- 1°. Aplica-se a mesma pena, se o funcionario público, embora nao tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo.-se de facilidade que ihe proporciona a qua-lidade de funcionario.
- 2° Se o funcinário concorre culposamente para o crime de outrem; Pena- detencao, de 3 (tres) meses a 1 (um) ano.
- 3° No caso do parágrafo anterior, a reparacao do dano, se precede á sentencia irrecorrivel, extingue a punibilidad; se ihe é posterior; reduz de metade a pena imposta”.

f) El peculado en México

Código Penal Federal de México de 1931

“Artículo 223. Comete el delito de peculado.

- I. Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.
- II. El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

- III. Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondo público o del disfrute de los benéficos derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de las atribuciones y facultades y,
- IV. Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto de los distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de 3 meses a 2 años de prisión, multa de 30 a 300 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de 3 meses a 2 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de los distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de 2 años a 14 años de prisión, multa de 300 a 500 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de 2 años 14 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”.

g) El peculado en España

Código Penal español de 1995

“Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de 3 a 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 10 años.
2. Se impondrá la pena de prisión de 4 a 8 años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.
3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a 2 y hasta 4

meses, prisión de 6 meses a 3 años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a un año”.

h) El peculado en Italia.

Texto reformado por Ley No.86 (26.04.90).

“Artículo 314 del CP: El funcionario público o el encargado de un servicio público que teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión o la disponibilidad de dinero o de otra cosa mueble, se apropia de ello, será castigado con reclusión de tres a diez años.

Se aplica la pena de reclusión de seis meses a tres años cuando el culpable ha actuado con la finalidad de hacer uso momentáneo de la cosa, la cual es inmediatamente restituida después del uso.”

Título III

Metodología de la investigación

3.1. Tipo y nivel de investigación

La presente investigación ha sido considerada:

- Por su Finalidad : Aplicada
- Por el Tiempo : Longitudinal
- Por el Nivel de Profundización : Descriptivo, explicativo
- Por el Ámbito : De campo y documental

3.2. Método de la investigación

Esta investigación es básicamente de carácter descriptivo-explicativo, pues busca explicar y demostrar que la pena en los delitos de Peculado no ha tenido mayor influencia en la prevención de estos ilícitos penales, así como también explicará cuáles son los problemas jurídicos y hasta socio-económicos que genera, entre otros, a fin de plantear soluciones que se puedan presentar ante las autoridades competentes.

Por tal razón, utilizaremos los métodos analítico, comparativo, deductivo-inductivo, y descriptivo-explicativo en la investigación, a fin de utilizar con propiedad los datos obtenidos sobre las variables de estudio.

3.3. Universo de la investigación y muestra

Para la presente investigación, la unidad de análisis estará determinada por las resoluciones expedidas por los órganos jurisdiccionales, los operadores de derecho y justiciables del distrito judicial de Loreto.

La muestra para la investigación será tomada de la base de datos que se obtenga de la Sala Penal (01) y Juzgados Penales (02) del distrito judicial de Loreto y será sobre una muestra representativa del treinta por ciento (30%) de las sentencias dictadas por dichos órganos jurisdiccionales. Igualmente, para el caso de las entrevistas y encuestas, se tendrá en cuenta a ocho (08) Magistrados de primera instancia y cinco (05) de nivel Superior, veinte (20) abogados defensores y/o especialistas que ejerzan su labor en esta sede, y quince (15) justiciables, todos ellos de manera aleatoria, pues consideramos que tales porcentajes nos dan un alto nivel de seguridad en el análisis de los resultados.

3.4. Técnicas de recolección de datos

- **Técnicas:**
 - Documental
 - Entrevistas
 - Encuestas

- **Instrumentos:**

- Se utilizará como instrumentos: Fichas bibliográficas, análisis de sentencias y encuestas.

- **Fuentes:**

- Bibliográficas
- Normas
- Tratados
- Docentes/Especialistas.

3.5. Procesamiento y análisis de datos

La información requerida para la presente investigación será recogida en forma personal y con el apoyo de dos colaboradores. Respecto a la información documental y material bibliográfico, será determinado por los diferentes dispositivos legales relacionados con el tema materia de investigación; el material se podrá recabar en las bibliotecas de la Facultad, del Colegio de Abogados de Loreto y las que obtenga de manera personal.

También se contará con información de campo que se obtenga conforme a lo reseñado líneas atrás, para lo cual se ha determinado utilizar fichas: bibliográficas, documentales, de observación, y de datos, las mismas que contarán con su propia Matriz Tripartita, donde se consignarán los respectivos datos.

Contrastaremos los resultados obtenidos del análisis y procesamiento de datos con el problema formulado al inicio de la investigación, a fin de demostrar la validez o no de nuestra hipótesis, así como de la efectividad de las sugerencias que realicemos ante las autoridades competentes.

Título IV

Presentación, análisis e interpretación de resultados

4.1. Presentación de los resultados

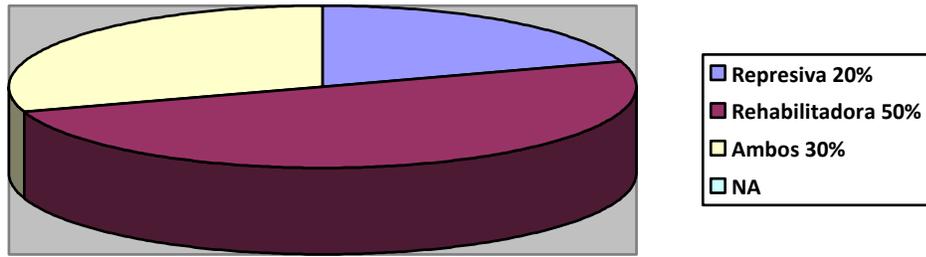
Es de mencionar que los resultados obtenidos responden a las entrevistas y encuestas a magistrados, abogados litigantes y especialistas, quienes se mostraron colaboradores para el desarrollo de esta tesis, así como al análisis de expedientes concluidos con el tema materia de investigación.

De manera general, podemos mencionar que no tuvimos mayor problema al obtener estas entrevistas, así como tampoco en el acopio de las resoluciones que fueron objeto de estudio.

4.2. Análisis e interpretación de los resultados

Análisis de las entrevistas a magistrados, abogados y litigantes (muestra aleatoria 30 profesionales y 20 justiciables)

a. ¿Cuál cree usted que es la función principal de la pena?

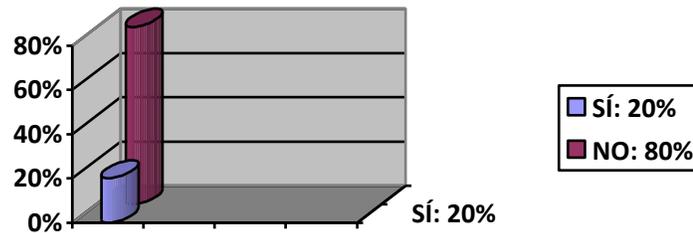


Es de mencionar que un significativo 20% sostienen que la pena tiene un fin exclusivamente retributivo, es decir, únicamente sancionadora por el supuesto ilícito que se le atribuye.

También es necesario señalar que en las entrevistas sostenidas con los profesionales en Derecho, ellos resaltaron que el principio de resocialización o rehabilitación del condenado es solo una quimera, más aun si se tiene en cuenta las condiciones carcelarias, puesto que las prisiones actualmente se han convertido ya no solo en la universidad del crimen, sino el lugar de donde se dirigen las comisión de diversos delitos.

En tal sentido, sostienen que los fines de la pena establecidas en la Constitución del Estado no se viene cumpliendo, ni tampoco se aprecia una política gubernamental con tal fin.

b. En su criterio, ¿considera usted que algunos delitos deberían merecer una pena mayor de las que ya están establecidas?

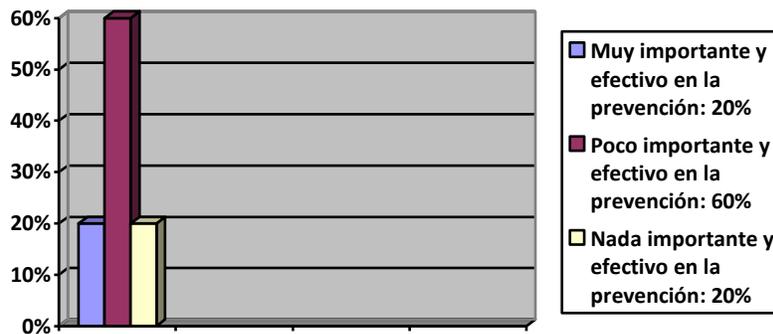


Los entrevistados que respondieron sí, precisaron que los delitos que deberían merecer una pena mayor de las que ya tienen, son:

- a. Terrorismo agravado, en la medida de que hay una mayor conciencia en rechazar este accionar delictivo, sobre todo después de todo lo que se ha vivido.
- b. Casos de Corrupción, aunque no se identifica de manera concreta los tipos penales, en tanto que en opinión de la mayoría de los entrevistados se afecta el patrimonio de todos los peruanos.
- c. Violación sexual de menor seguida de muerte, es la que genera un rechazo unánime, pues no se entiende ni menos se justifica tal actuar, sobre todo en una zona en donde la libertad sexual es mayor a otras zonas del país.

- d. Parricidio, debería elevarse porque genera mayor rechazo y repudio en la población, no se admite que se tenga que matar a un familiar tan cercano como tus padres, hijos o esposa.
- e. Robo seguido de muerte.

c. ¿Cree usted que el incremento de la pena en los delitos de Peculado ayuda a la prevención de estos ilícitos penales?

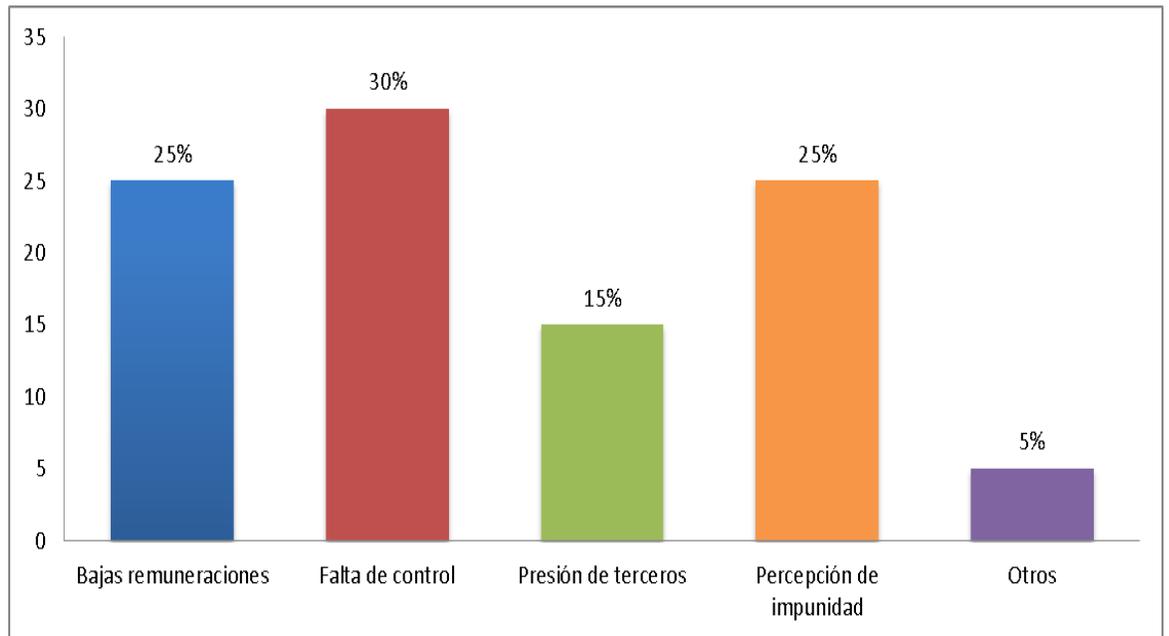


Los magistrados, abogados y especialistas entrevistados, fueron mayoritarios en señalar que la pena tuvo muy poca o nada de eficacia en la prevención (a través del temor por la pena futura a sufrir, prevención general) de este delito, puesto que no hubo ninguna disminución en su comisión.

Es decir, la causa efecto de incremento de la pena = disminución de los delitos contra el patrimonio del Estado, en general, no se aprecia por ningún lado, por lo que debe revisarse la estrategia a seguir, si es que

efectivamente se pretende contribuir a su disminución y represión efectiva.

d. ¿Cuál cree usted que es la causa principal para la comisión de los delitos contra el Patrimonio del Estado (Peculado)?

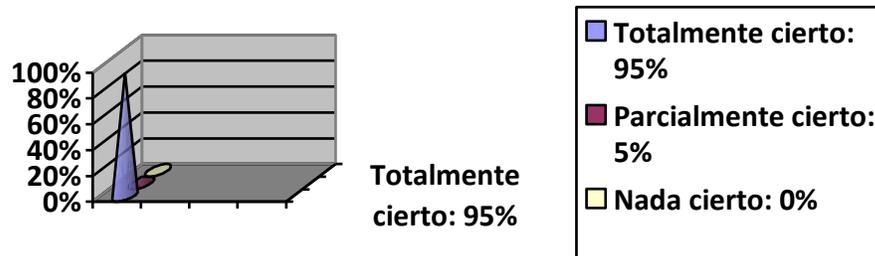


Es interesante notar que el 65% de los entrevistados consideran que las causas están relacionadas con –en nuestra opinión- causas que pueden ser mejoradas inmediatamente, puesto que la percepción de la impunidad o la falta de control son acciones que se pueden iniciar (corregir) inmediatamente por parte del Estado.

Es decir, el Estado, a través de sus diversas instituciones, puede adoptar acciones para mejorar el gasto del patrimonio de todos. De otro lado,

consideramos que si bien es cierto las remuneraciones de los funcionarios estatales son bajas, empero, ello no puede significar que se tenga que justificar tal accionar.

e. ¿Cree usted que el delito de Peculado constituye una agresión al patrimonio de todos?

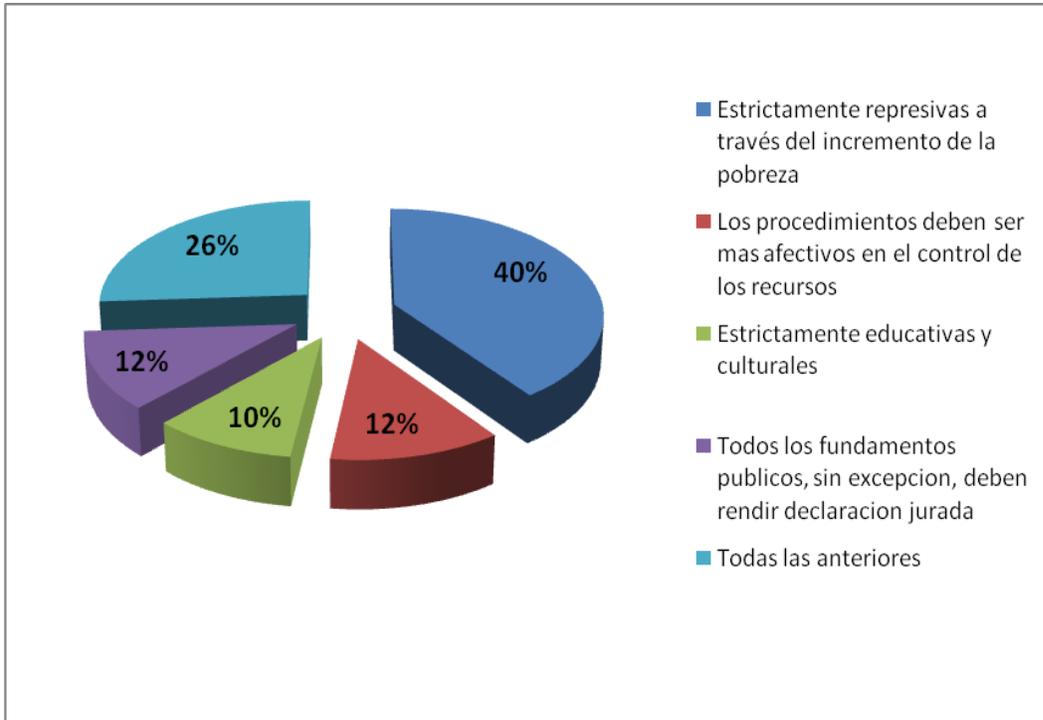


Si bien es cierto que en los últimos años nuestro país ha venido creciendo de manera sostenida y que los ingresos se han incrementado, empero, también es cierto que seguimos siendo un país que aún tiene una población pobre, por lo que el rechazo que se aprecia en la población y mayoría de entrevistados es grande.

Por ello, entre los entrevistados no hubo mayor duda en aceptar que los delitos de corrupción de funcionarios y especialmente el delito de Peculado,

constituyen una agresión al patrimonio de todos y merece un profundo rechazo.

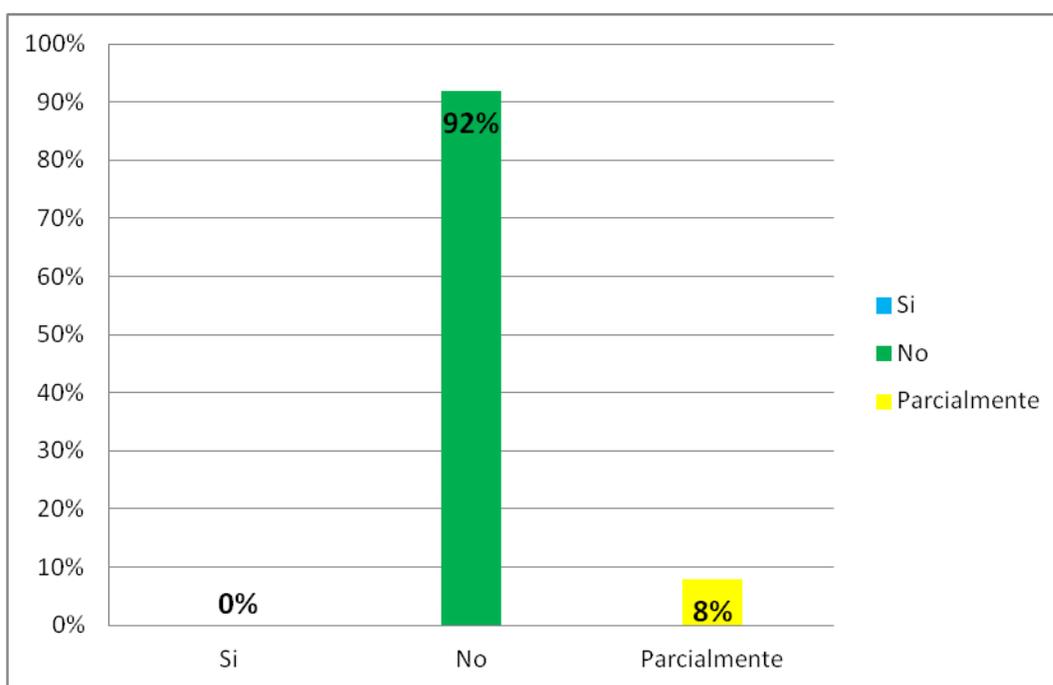
f. ¿Cuál cree usted que debe ser la principal estrategia para combatir el delito de Peculado o de corrupción en general?



A pesar que la mayoría de los encuestados manifestara su opinión por el incremento de la pena, en nuestra opinión consideramos que la lucha de la corrupción debe comprender estrategias múltiples, priorizando las educativas, sobre todo en colegios, así como el diseño de procedimientos que mejoren la efectividad del control, tal vez la renovación o incremento de nuevo personal en esta labor, recordando que el control siempre debe efectuarse pre, durante y post de toda gestión, entre otros.

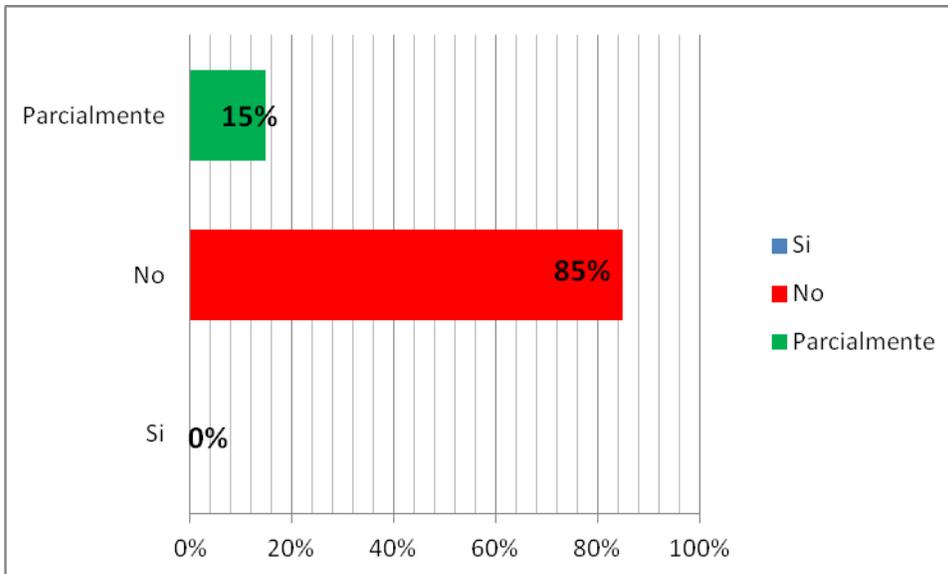
De la misma manera, los entrevistados manifestaron su acuerdo respecto a establecer una sanción accesoria a estos delitos, como el que se denomina “muerte civil”, es decir, que los condenados no vuelvan a trabajar para el Estado, ya sea por contratos, nombramientos o elección popular.

g. ¿Considera usted que el Poder Judicial viene cumpliendo a cabalidad su rol en el control y sanción de los delitos contra el patrimonio del Estado?



Como podemos apreciar, la respuesta es negativa. Ampliaremos nuestros comentarios con el siguiente cuadro.

h. ¿Considera que el Ministerio Público viene cumpliendo a cabalidad su rol en el control y persecución de los delitos contra el patrimonio del Estado?



Estos resultados no dejan duda que nuestro sistema penal no está funcionando en el control y protección del patrimonio del Estado, patrimonio que es de todos y, por tanto, nos debería preocupar más. En las conversaciones sostenidas, la mayor preocupación se refería a que existe una clara percepción de impunidad porque las penas aplicadas son muy benignas, incluso a pesar que la norma establece penas mayores, por lo que no se entendía cómo se podía aplicar una suspendida.

Consideramos que las autoridades de ambas instituciones deberían establecer planes y estrategias en conjunto para superar este gravísimo problema.

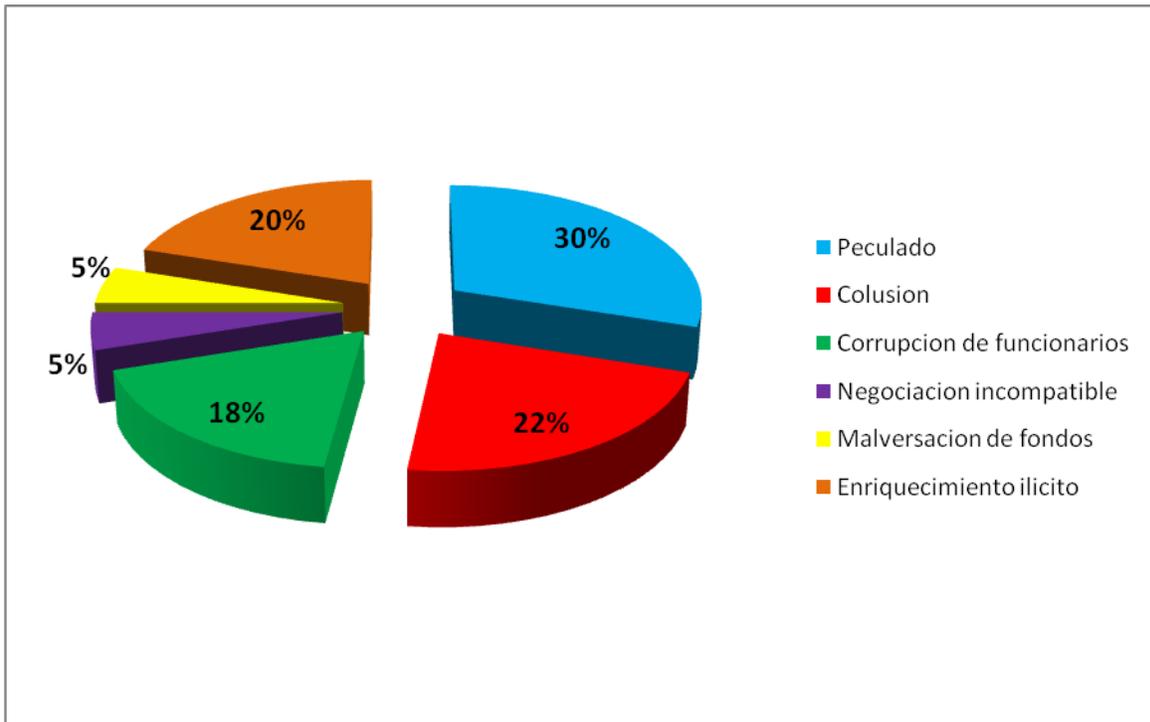
Resultados de los análisis de sentencias

1. Muestra estadística (aleatoria)

a. Número de resoluciones expedidas: se desconoce

b. Número de resoluciones analizadas: 80¹⁴¹

2. Delitos procesados

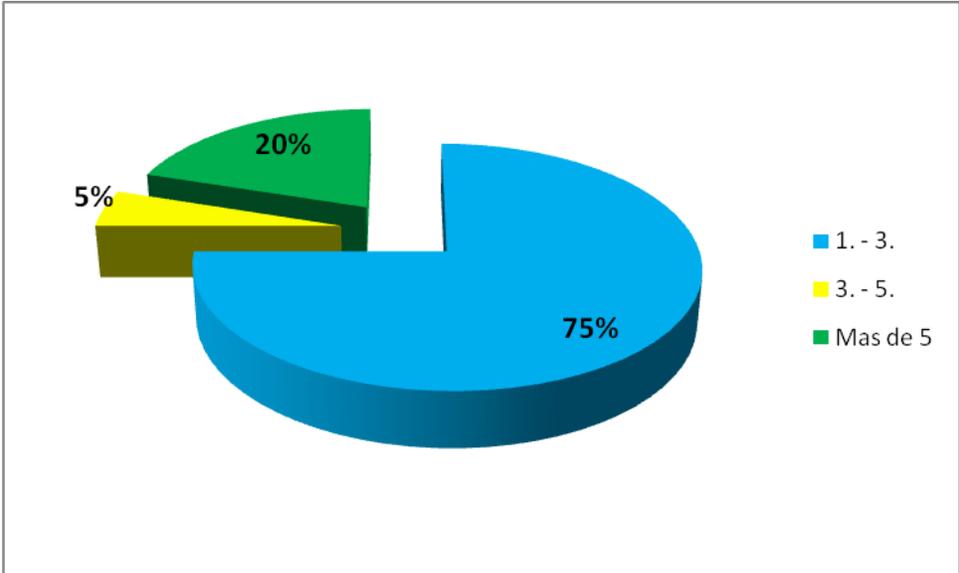


Este cuadro nos demuestra que la apropiación o uso de los caudales o efectos del Estado (peculado) es el delito más común dentro de la gama de ilícitos que comprometen el patrimonio del Estado.

¹⁴¹ Incluye 50 sentencias expedidas por las Salas Penales de la Corte Suprema.

Como muchas veces se afirma en el argot de la calle, muchos entran al Estado con la expresa finalidad de robar. Más adelante vamos a ver qué instituciones son las más afectadas con estos ilícitos.

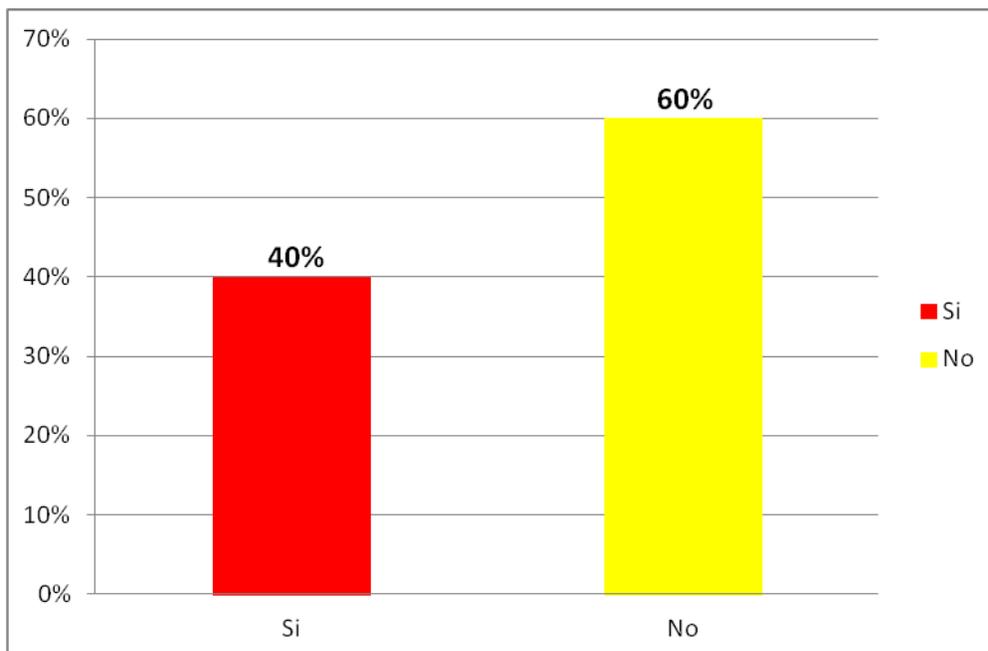
3. Número de procesados



Ello porque en la mayoría de delitos contra el patrimonio del Estado se requiere la concurrencia de varios, excepto en algunos casos como la Concusión o Enriquecimiento ilícito, en la que solo hablaremos del funcionario público, una sola persona agente del delito.

Igualmente, es de precisar que el rango de participación delictuosa compromete más a funcionarios públicos que a terceros. Ello se entiende en la medida que, por ejemplo, en el peculado o colusión los funcionarios pueden ser varios (integrantes del Comité, tal vez), pero el tercero extraneus es una sola persona natural o jurídica que participa en el concurso o convocatoria pública.

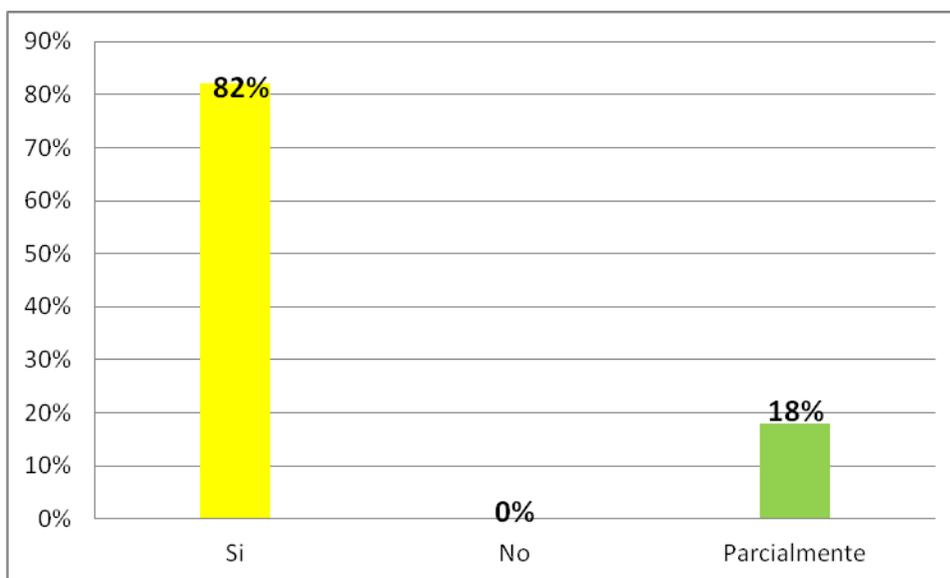
4. Se invoca precedente jurisprudencial



Si bien somos conscientes de que no es obligatorio el uso o la invocación de precedente o jurisprudencia en la sentencia, sea penal o constitucional, sin embargo, creemos que su uso debería generalizarse acorde al esfuerzo que las Salas Penales vienen realizando en los últimos años, puesto que con ello se contribuye a la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Sí es necesario anotar que en las sentencias de peculado, el uso o referencias al acuerdo plenario que lo desarrolló es porcentualmente mayoritario. La muestra corresponde a todos los tipos penales estudiados y en la que si bien es cierto no se han expedido precedentes, empero, ello no obsta recurrir a la abundante jurisprudencia existente sobre tales ilícitos.

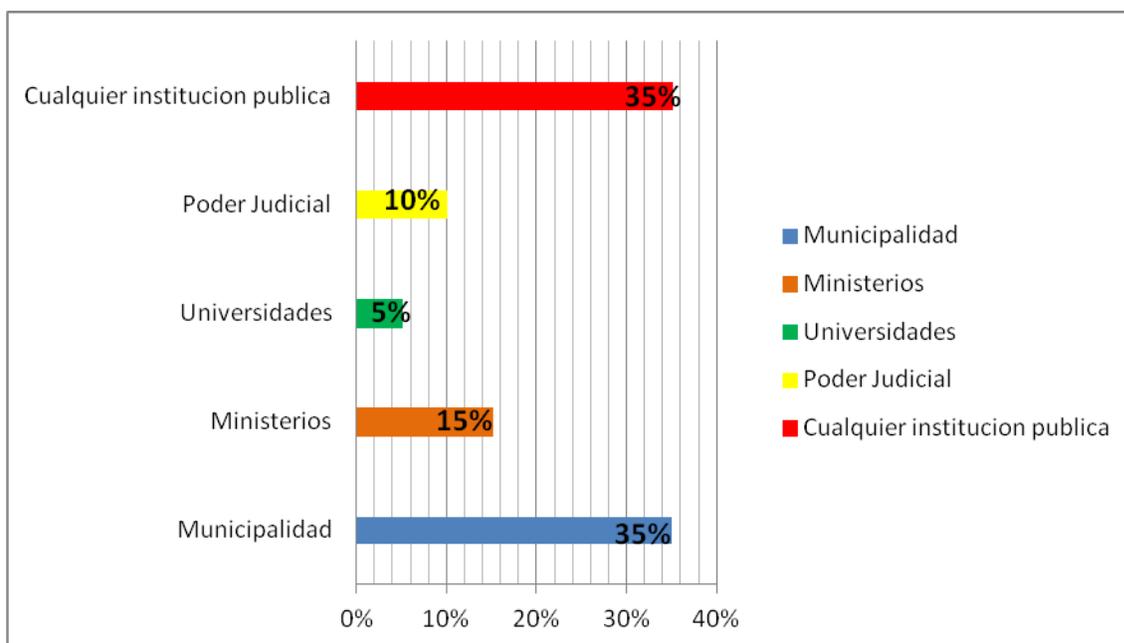
5. Sentencia está debidamente motivada



En nuestra opinión, consideramos que había un grupo de sentencias que no se encontraba adecuadamente motivada, tanto porque no existe una adecuada coherencia interna en la exposición de los hechos y responsabilidad individual de los procesados, o porque no se hacía una adecuada exposición de esos hechos y si estos se encontraban suficientemente probados.

Es de recordar que el recurrir a la valoración conjunta de la prueba –de uso muy frecuente aún en los distintos órganos judiciales- solo debe hacerse luego de una valoración individual de todo el caudal probatorio que se haya recopilado.

6. Institución agraviada

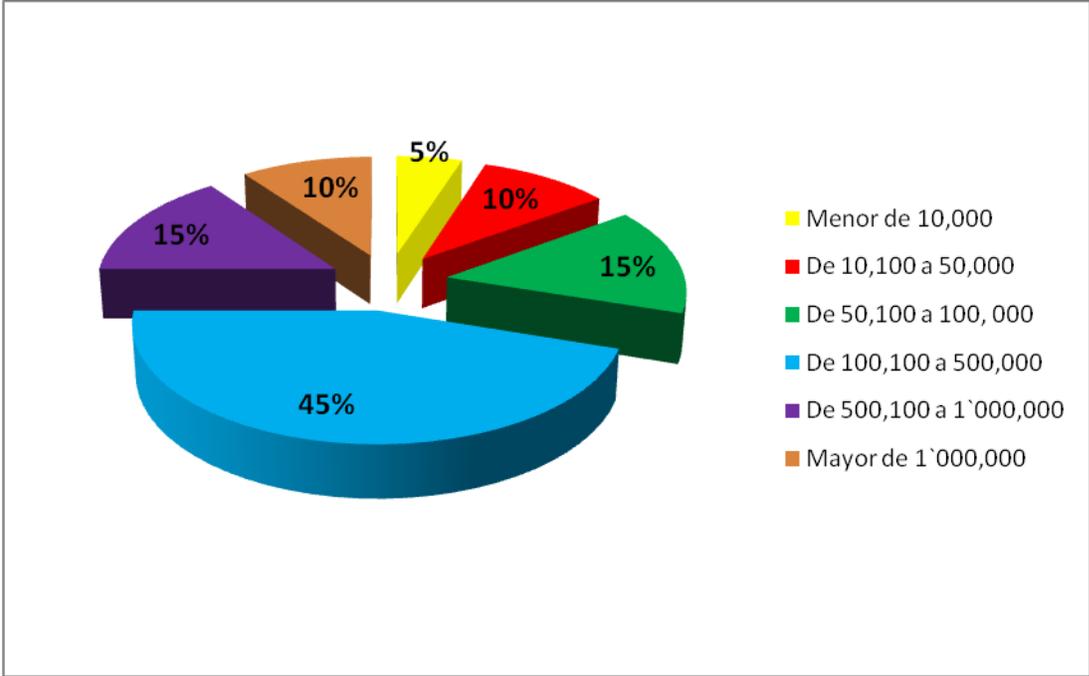


Es interesante observar que –del análisis de las sentencias- las instituciones municipales son las más afectadas con la comisión de estos ilícitos, y de ellas las distritales, principalmente las de provincias lejanas, en la que consideramos que una suma apropiada ilícitamente significa una pérdida tremenda en la mejora de la calidad de vida de dicha comunidad.

Nos explicamos, la pérdida de S/.700,000 nuevos soles para la municipalidad de Trompeteros – Loreto, por ejemplo, tendrá un impacto mayor que en aquella municipalidad que tiene mayores ingresos.

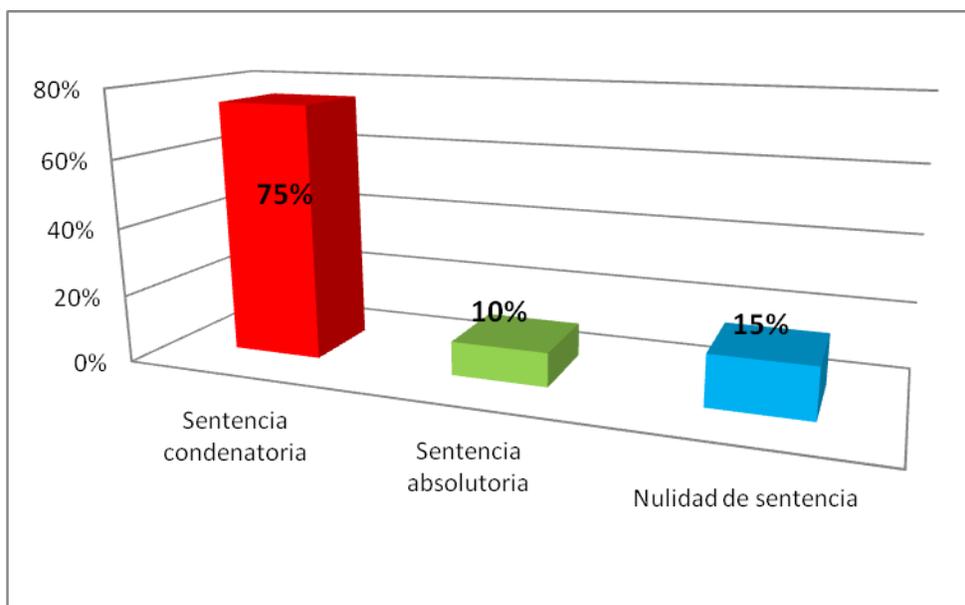
En atención a la lectura de las sentencias, sí creemos que la labor de control debería incrementarse en provincias, puesto que el efecto y repercusión que tiene en la calidad de vida de dichas personas es muy significativo.

7. Monto afectado



Los montos como vemos, están en un rango que comprende precisamente a las municipalidades distritales, que son las más afectadas con estos ilícitos. Los montos mayores corresponden ya a municipalidades provinciales o incluso ministerios y gobiernos regionales, o tal vez a procesos de licitaciones mayores referidos a construcción de obras o carreteras, en que los montos comprometidos superan fácilmente el millón de soles.

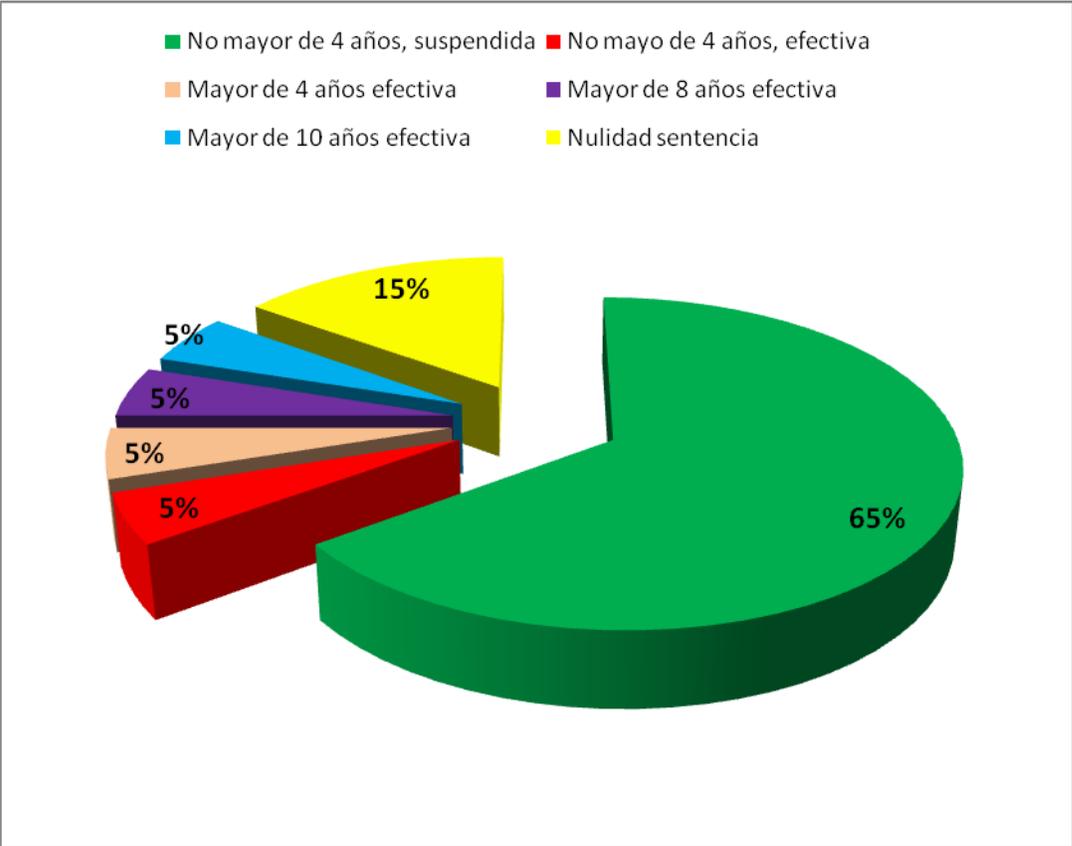
8. Decisión final



Ya a nivel de la Corte Suprema, en un altísimo porcentaje (75%) se ha verificado la materialidad de los ilícitos denunciados, debiendo agregarse a ello el 15% que corresponde a la nulidad de sentencias en las que se había dispuesto la absolución de los procesados por una inadecuada apreciación de los hechos y de la prueba actuada, por lo que se dispuso nuevo juicio en la que se actuaran nuevas pruebas que eran fijadas por la sentencia suprema.

En consecuencia, el tema de estos delitos se encuentra plenamente probado, su realidad es innegable y debería desarrollarse estrategias para su efectiva persecución y sanción.

9. Pena dispuesta, en caso sea condenatoria

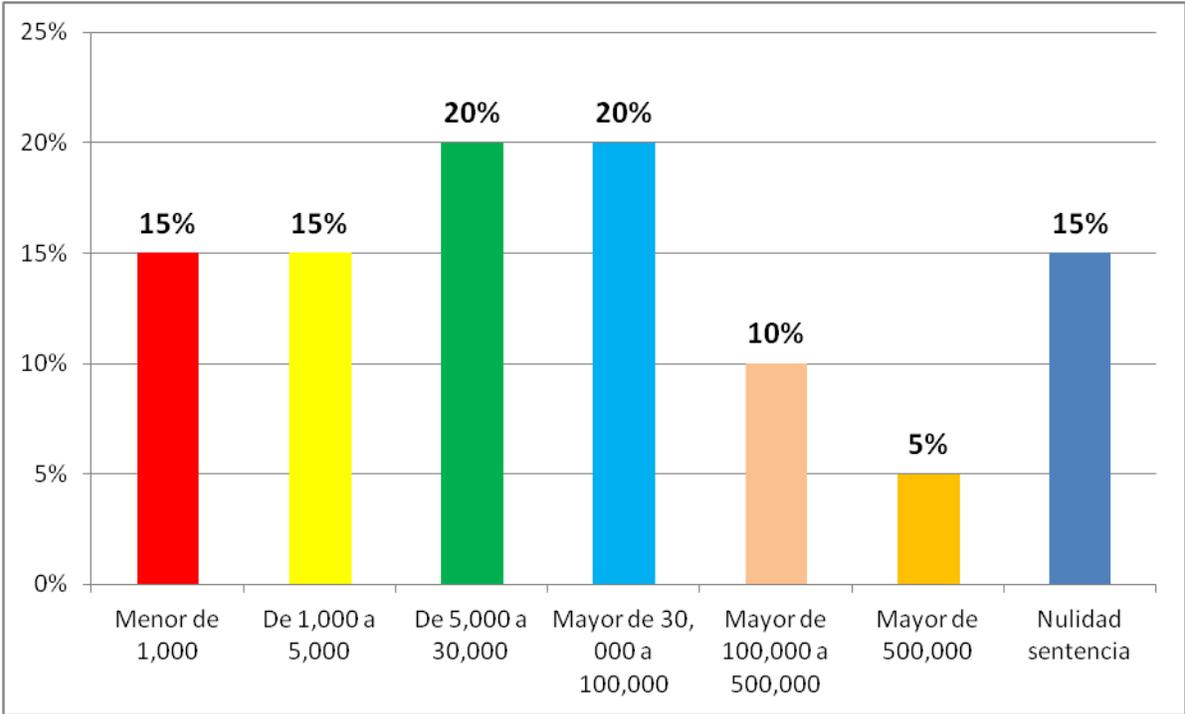


Consideramos que este es el mayor problema que se tiene y que justifica plenamente la percepción de impunidad que se tiene en la comunidad. El Poder Judicial no viene cumpliendo el rol que le corresponde en el control de la corrupción y que genera este evidente malestar de la población, toda vez que no se entiende el porqué de sentencias tan benignas y por debajo del mínimo legal, a pesar que los delitos en comento tienen elevadas penas y, por tanto, deberían ser efectivas y no suspendidas.

Además de que los casos no tienen uniformidad en el tratamiento. Así, hemos verificado que en casos de corrupción de auxiliar jurisdiccional se aplicaba una sanción efectiva, mientras que a otro procesado no, a pesar que los hechos involucraban un monto mayor. O casos de peculado por monto mayor de S/.200,000 y se aplicaba pena suspendida.

Consideramos que en este tema las propias Salas Penales de la Corte Suprema deberían hacer un esfuerzo para estandarizar y unificar criterios en la aplicación de la pena, de lo contrario el malestar se mantendrá o quizás se incremente.

10. Monto de la reparación civil



En este caso, el criterio es el mismo que el señalado anteriormente, puesto que consideramos que los montos fijados por reparación civil no corresponden a la

entidad del daño ocasionado y el impacto que tienen estas conductas en la sociedad, pues son de alta dañosidad social, además de que tampoco se tiene la certeza que efectivamente los procesados cumplan con su pago, y mucho más con la devolución de los fondos indebidamente apropiados.

4.3. Contrastación de resultados

Recordemos que nuestra hipótesis principal consistía en demostrar que el incremento de la pena no tenía mayor efecto en la prevención de los delitos de Peculado; por lo que –de acuerdo a los resultados expuestos- nuestra hipótesis ha sido confirmada.

En igual sentido respecto a identificar sus causas, que son ausencia de adecuado mecanismos de control, percepción de impunidad, bajas remuneraciones y bajo compromiso, culturales-educativas, etc. En consecuencia, nuestra hipótesis ha sido confirmada y también hemos demostrado el objetivo principal propuesto.

Conclusiones

De lo expuesto precedentemente, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. Es lamentable decirlo, pero la corrupción se encuentra profundamente arraigada en nuestro subconsciente colectivo, siendo aceptado o, por lo menos, tolerado por un importante sector de la sociedad peruana a través de expresiones como: “robó, pero hizo obra.”
2. Conforme está la redacción del tipo penal, sólo pueden ser autores del delito de peculado los funcionarios públicos que tengan vínculo con los caudales y efectos sobre los cuales tengan disponibilidad jurídica, por lo que consideramos que debería modificarse el tipo para incluir a aquellos que de hecho tienen el control de disposición sobre dichos bienes o caudales.
3. En nuestra opinión, las penas establecidas para los delitos que afectan el patrimonio del Estado se encuentran dentro del rango y respetan el principio de proporcionalidad de la pena, empero, consideramos necesario establecer una sanción civil, como lo dejamos sentado en nuestras recomendaciones.

Recomendaciones

1. En principio, consideramos importante modificar el tipo penal de Peculado para incluir –como agentes de este ilícito- a aquellos que de hecho tienen el control de disposición sobre dichos bienes o caudales.
2. En este tipo de delito, en atención a la condición social y educativa de los agentes, consideramos que la denominada “muerte civil” tendría un mejor efecto preventivo que el solo hecho del incremento de la pena.
3. Actualmente, el delito de peculado no establece circunstancias agravantes y atenuantes, como sí lo establecen otras legislaciones, por lo que también consideramos necesario su implementación.
4. Consideramos que el peculado también debería comprender no sólo a los caudales y efectos (bienes muebles) sino también a los inmuebles, de tal manera que de manera expresa no quede ninguna duda sobre el objeto del delito. Recordemos que las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas así lo señalan.

Referencia bibliográfica

Textos:

- Antón Oneca, José, *Derecho Penal*, Segunda edición. Anotada y corregida por Hernández Guijarro, José y Beneytez Merino, José, Edit. Akallure, Madrid, 1986.
- Asua Batarrita, Adela. *Delitos contra la administración pública*. Ed. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao – España, 1997.
- Ávalos Rodríguez, Carlos y Mery Robles Briceño. *Jurisprudencia penal del Tribunal Constitucional*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima, mayo de 2006.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. *Principios de Derecho Penal parte general*. 4ta. Edición, Editorial Akal, Madrid – España, 1997.
- Bajo Fernández, Miguel, *Manual de Derecho Penal*, Segunda Edición, Madrid; 1991.
- Baratta, Anselmo. *Integración – prevención, una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 24, Madrid – España, 1984.
- Bernal Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima 1999.
- Bramont Arias / Bramont Arias Torres. *Código Penal Anotado*, 3ra. Edición, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2000.

- Bustos Ramírez, Juan. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982.
- Bustos Ramírez, Manuel. *Manual de Derecho Penal parte general*. 4ta. Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1994.
- Calderón Sumarriva, Ana y Guido Águila Grados. *El ABC del Derecho Penal*. Ed. San Marcos. Lima, abril de 2003.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, [trad. José Ortega Torres], (Vol. II), Editorial Temis, Bogotá, 1958.
- Carrio, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi. 3ª. Edición, 1ª. Reimpresión 1997. Buenos Aires – Argentina.
- Castillo Alva, José Luis. *Precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Ed. Grijley. 1ª. Edición. Lima 2008.
- Castillo Alva, José Luis. *Principios de Derecho Penal – Parte General*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Reimpresión. Lima, abril 2004.
- Castillo Alva, José Luis. *Jurisprudencia Penal 2*. Ed. Grijley. 1ª. Edición. Lima, octubre de 2006.
- Castillo Alva, José Luis. *Ejecutorias de la Corte Suprema – Selección de jurisprudencias*. Ed. Gaceta Jurídica. En etapa de edición. Lima 2013.
- Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal español, parte general*, 5ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1997.
- Cid Moliné, José. *Penas alternativas a la prisión*. Editorial Bosch, Barcelona – España, 1997.

- Creus, Carlos. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Astrea. Buenos Aires 1999.
- Creus, Carlos. *Ideas penales contemporáneas*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1985.
- Edgardo Alberto Dona. *La autoría y la participación criminal*. Ed. Rubinzal Culzoni. Argentina. Marzo de 2005.
- Eser, Albin. *Una justicia penal a la medida del ser humano*. En: Revista de derecho penal y criminología, N° 1, Madrid – España, 1998.
- Figueroa Navarro, Aldo. *La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del derecho penal*. En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1998.
- Flores Muñoz, Milko R. *La pena privativa de libertad en el Código Penal peruano*, Ediciones Debate Jurídico, Lima – Perú, 1994.
- García – Pablos de Molina, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*, 4ta. Edición, Editorial Areces, Madrid – España, 2006.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Justicia penal contemporánea*. Ed. Portocarrero. 1ª. Edición. Lima, agosto de 2002.
- Jakobs, Gunther. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Editorial Pons, Madrid – España, 1995.
- Jorge B. Hugo Álvarez. *El delito de peculado*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Marzo de 2006.

- Jescheck, Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Rodríguez Manzanares, Editorial Comares, Granada – España, 1993.
- Kaufmann, Armin. *Política criminal y reforma penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982.
- Landrove Díaz, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid - España, 1996.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal – Parte General I*. Ed. Universitas SA. Madrid 1996.
- Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, Tomo I, 2 da. edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 1996.
- Manzanares Samaniego, José. *La caución, en las penas patrimoniales en el Código Penal Español*, Editorial Bosch, Barcelona - España, 1983.
- Mapelli Caferena, Borja / Terradillos Basoco, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*; 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996.
- Mir Puig. *Derecho Penal - Parte General*, 5ta. Edición (reimpresión), Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2005.
- Navarro Altaus, Martín. *El sistema de penas en el Código Penal peruano de 1991*. En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1999.
- Pacheco Máximo. *Teoría del Derecho*, 4ta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia 1990.
- Portocarrero Hidalgo, Juan. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Jurídica Portocarrero. 1. Reimpresión. Lima, marzo de 1996.

- Prado Saldarriaga, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2000.
- Rojas Vargas, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. Ed. Idemsa. Lima, 2002.
- Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4ª. Edición. Ed. Grijley. Lima, 2007.
- Roxin, Claus. *Problemas básicos del Derecho Penal*, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid – España, 1976.
- Roxin, Claus, Günther ARZT y Klaus TIEDEMANN. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona Ariel, 1989.
- Salazar Sánchez, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia Penal*. Jurista Editores. 1ª. Edición. Julio de 2004.
- Silva Sánchez, Jesús María y Carlos Suárez González. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Biblioteca Autores Extranjeros 7. Ed. Grijley. Lima, 2001.
- Tiedemann, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Palestra Editores. 1ª. Edición, Lima 2003.
- Welzel, Hans. *Derecho penal, Parte General*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1956.
- Zugaldía Espinar, J. María. *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia – España, 1993.

Revistas, artículos y material de estudios:

- Botero Bernal, Andrés. *La Teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria*. En: www.filosofiayderecho.com
- Diario oficial *El Peruano*.
- *Derecho Penal II - Parte Especial*. Material de Estudio de la Facultad de Derecho de la PUCP.
- *Derecho Penal IV*. Material de Estudio de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.
- Material de Estudio de la Academia de la Magistratura.
- Revista: *Diálogo con la jurisprudencia*. No. 97 – Octubre 2006. Año 12. Ed. Gaceta Jurídica.
- Reátegui Sánchez, James. *Interpretación jurisprudencial, ley penal y dogmática jurídico-penal*. En: Revista *JUS – Doctrina y Práctica*. Enero 1 2007. Ed. Grijley.
- Salazar Sánchez, Nelson. *¿Pueden ser cómplices de peculado quienes no son funcionarios ni servidores públicos?* En: Revista *Actualidad Jurídica No.136*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2006.
- Urquiza Olaechea, José. *El bien jurídico*. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. No.6, Año III, GC Ediciones. Lima 1998.