

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE
DERECHO**



TÍTULO:

**“LA DETERMINACIÓN DE LA PENA PARA EL
CÓMPLICE PRIMARIO (EXTRANEUS) EN LOS
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA,
EN TACNA AÑOS 2013 AL 2016”**

Tesis presentada por la bachiller:

Shirley Gabriela Yapuchura Mamani

Para optar el Título Profesional de:

Abogado

TACNA – PERU

2018

A Dios mi agradecimiento por iluminar mi camino y nunca abandonarme.

A mis padres Adelia y Darío que estuvieron en todo momento a mi lado y su apoyo para lograr ser profesional.

A mi hermano Guillermo todo mi amor y cariño porque siempre fue mi motivación para llegar a mi superación personal y profesional.

ÍNDICE

RESUMEN	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPITULO I	14
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	14
1.1.1. JUSTIFICACIÓN.....	18
1.1.2. IMPORTANCIA	19
1.1.3. ANTECEDENTES	19
1.1.4. DELIMITACIÓN.....	21
1.1.5. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA.....	22
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	23
1.2.1. OBJETIVO GENERAL:	23
1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	23
CAPITULO II	24
MARCO TEÓRICO	24
SUB CAPÍTULO I	24
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL	24
2.1.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	24
2.1.1.1. CARACTERÍSTICAS.....	26
2.1.2. FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO	28
2.1.2.1. AMBITOS DE RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PUBLICO	31
2.1.3. FUNCIÓN PÚBLICA	34
2.1.3.1. DEFINICIONES	35
2.1.3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	36
2.1.4. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	38
2.1.4.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURIDICO.....	38
2.1.4.2. OBJETO JURÍDICO GENÉRICO Y ESPECÍFICO DE LA TUTELA PENAL	40
SUB CAPÍTULO II	44
DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER	44

2.2.1.	DEFINICIÓN	44
2.2.1.1.	LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER SEGÚN ROXIN	46
2.2.1.2.	LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER SEGÚN JAKOBS 47	
2.2.1.3.	TIPO DE DEBER.....	48
2.2.2.	CARACTERISTICAS DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER.....	49
2.2.3.	CLASIFICACIÓN	51
SUB CAPITULO III		53
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS		53
2.3.1.	LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN EN SU GENERALIDAD	53
2.3.2.	REGLAS GENERALES	55
2.3.3.	LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN: COMPLICIDAD EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER	56
2.3.3.1.	LA AUTORÍA	56
2.3.3.2.	LA PARTICIPACIÓN	59
2.3.3.3.	COMPLICIDAD PRIMARIA Y SECUNDARIA	60
2.3.4.	EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER	62
2.3.4.1.	LA TESIS DE LA AUTONOMÍA O DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN	65
2.3.4.2.	LA TESIS DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN	67
2.3.4.3.	LA TEORÍA DE LA <INFRACCIÓN DEL DEBER>	70
SUB CAPITULO IV		76
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD		76
2.4.1.	FUNDAMENTO AXIOLÓGICO	78
2.4.2.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	80
2.4.2.1.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA CONSTITUCIÓN	80
2.4.2.2.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL ARTÍCULO II DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL.....	82
2.4.2.3.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	83
2.4.3.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA	85
SUB CAPITULO V		87
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD		87

2.5.1.	CONSTITUCION Y DERECHO PENAL.....	88
2.5.1.1.	RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	89
2.5.1.2.	PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO	90
2.5.2.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO	94
2.5.2.1.	IDONEIDAD.....	95
2.5.2.2.	NECESIDAD.....	96
2.5.2.3.	PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.....	98
2.5.3.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INFLUENCIA EN LA INDIVIDUALIZACIÓN Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	101
SUB CAPITULO VI	103
CONTROL DIFUSO	103
2.6.1.	ANTECEDENTES.....	103
2.6.2.	NOCIÓN.....	104
2.6.3.	NATURALEZA JURIDICA	106
2.6.4.	CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL.....	107
2.6.4.1.	PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN	107
2.6.4.2.	SIETE GRANDES PRINCIPIOS	109
SUB CAPITULO VII	113
LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	113
2.7.1.	LA PENA Y SUS CARACTERISTICAS	115
2.7.1.1.	TEORIA DE LA PENA.....	116
2.7.1.2.	EL FIN DE LA PENA	118
2.7.2.	PRINCIPIOS RECTORES.....	119
2.7.3.	DETERMINACIÓN LEGAL Y JUDICIAL DE LA PENA	123
2.7.4.	LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	126
2.7.5.	LAS ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.	127
2.7.5.1.	LA IDENTIFICACIÓN DE LA PENA BÁSICA O DETERMINACIÓN DE LA PENA BÁSICA.-	127
2.7.5.2.	LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA CONCRETA O DETERMINACIÓN DE LA PENA CONCRETA.-	130
2.7.5.3.	INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA ATENDIENDO A LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE AGRAVACIÓN Y ATENUACIÓN. -	133

2.7.6. SISTEMA DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	134
CAPITULO III	137
HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES	137
3.1. HIPOTESIS.....	137
a) HIPÓTESIS GENERAL:.....	137
b) HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:	137
3.2. VARIABLES E INDICADORES.....	137
a) HIPÓTESIS GENERAL:.....	137
b) PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:.....	138
c) SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:.....	138
CAPITULO IV	139
MARCO METODOLÓGICO	139
4.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	139
4.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	139
4.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	139
4.2. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA	140
4.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO.....	140
4.3.1. POBLACIÓN	140
4.3.2. MUESTRA.....	141
4.3.3. SELECCIÓN DE MUESTRA	141
4.3.4. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA.....	142
4.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	143
4.4.1. TÉCNICAS	143
4.4.2. INSTRUMENTOS	143
4.4.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	144
CAPITULO V	145
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS	145
5.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO – FICHA DE OBSERVACIÓN	145
5.1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	145
5.1.2. TABULACIÓN DE LOS DATOS	145
5.1.3. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS	146
5.2. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO – ENCUESTA.....	153

5.2.1.	FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	153
5.2.2.	PROCESAMIENTO DE LOS DATOS	153
5.2.3.	RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO	153
CAPITULO VI.....		163
VERIFICACIÓN Y/O COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS		163
6.1.	PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA.....	163
6.2.	SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA.....	163
6.3.	HIPÓTESIS GENERAL.....	164
CAPITULO VII		166
CONCLUSIONES		166
	PRIMERA:	166
	SEGUNDA:.....	166
	TERCERA:.....	167
SUGERENCIAS		168
APORTE		169
CAPITULO VIII		171
BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.....		171
1.	BIBLIOGRAFÍA:	171
2.	WEBGRAFÍA:.....	174
CAPITULO IX.....		176
ANEXOS		176
	ANEXO 1	176
	ANEXO 2	178
	ANEXO 3	184

CUADROS DEL TRABAJO DE CAMPO

a) Sentencias Judiciales:

CUADRO N°01.....	148
CUADRO N°02.....	149
CUADRO N°03.....	150
CUADRO N°04.....	151
CUADRO N°05.....	152

b) Encuestas dirigidas a profesionales del derecho:

CUADRO N°06.....	155
CUADRO N°07.....	156
CUADRO N°08.....	157
CUADRO N°09.....	158
CUADRO N°10.....	159
CUADRO N°11.....	160
CUADRO N°12.....	161
CUADRO N°13.....	162

RESUMEN

La proporcionalidad constituye un principio fundamental en las decisiones de los Jueces y que hasta el momento sigue logrando parcialmente su objetivo. El problema está en la determinación de la pena al cómplice primario extraneus quien es un sujeto que carece de deberes funcionales y no tiene un vínculo con el bien jurídico protegido en los delitos de Corrupción de Funcionarios, por lo cual la pena debe ser menor al del autor y no la misma o similar dado que con ello se estaría afectando el principio de proporcionalidad.

Para el desarrollo de la investigación se ha utilizado la técnica de la observación de sentencias judiciales, usando como instrumento la ficha de observación, asimismo la recopilación de información concerniente a todos los temas que engloban el tema de investigación. Además, con la finalidad de obtener una visión más amplia, se ha empleado la técnica de la encuesta y siendo el instrumento el cuestionario siendo aplicada a Jueces, Fiscales Especializados y abogados independientes teniendo diferentes puntos de vista y apreciaciones vinculadas con el tema descrito, pero cada uno desde un rol diferente.

Ciertamente, con las técnicas empleadas, se obtuvo una visión amplia y la consideración de emplear el test de proporcionalidad mediante el Control Difuso, valiéndonos de la doctrina, la legislación y la realidad, con el único fin de obtener un resultado equitativo para el cómplice primario extraneus.

En consecuencia, se concluye que: existe una afectación al principio de proporcionalidad cuando se le impone la misma o similar pena con la del autor al cómplice primario extraneus, es por ello la importancia de utilizar el test de proporcionalidad mediante el Control Difuso, con la finalidad de aplicar una pena razonable, justa y proporcional.

ABSTRACT

The proportionality constitutes a fundamental principle in the decisions of the Judges and that until now it still partially achieves its objective. The problem is in determining the punishment of the extraneous primary accomplice who is a subject that lacks functional duties and does not have a link with the protected legal right in the crimes of Corruption of Officials, for which the penalty must be less than that of the author and not the same or similar since this would be affecting the principle of proportionality.

For the development of the investigation, the technique of observation of judicial sentences has been used, using as an instrument the observation file, as well as the compilation of information concerning all the subjects that encompass the research topic. In addition, in order to obtain a broader view, the survey technique has been used and the instrument is the questionnaire being applied to Judges, Specialized Prosecutors and independent lawyers having different points of view and appreciations related to the subject described, but each from a different role.

Certainly, with the techniques used, a broad vision was obtained and the consideration of using the proportionality test by Diffuse Control, using the doctrine, legislation and reality, with the sole purpose of obtaining an equitable result for the primary accomplice extraneous.

Consequently, it is concluded that: there is an affectation to the principle of proportionality when the same or similar penalty is imposed with the author's primary extraneous accomplice, that is why the importance of using the proportionality test by Diffuse Control, with the purpose of applying a reasonable, fair and proportional penalty.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación constituye la búsqueda de un cambio que refleje proporcionalidad y razonabilidad cuando se trata el sancionar al cómplice “extraneus” en los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, para ello se realizó con el objetivo de determinar si se afecta al principio de proporcionalidad al momento de imponer la misma pena al cómplice primario “extraneus” con la del autor en los casos de Delitos de Corrupción de Funcionarios, en Tacna años 2013 al 2016. En la misma línea se tiene la alternativa de que el Juez por Control Difuso aplique la pena básica prescrita en el artículo 29 del Código Penal mediante el test de proporcionalidad para resolver la determinación judicial de la pena, lo cual no significa la vulneración del principio de legalidad.

Para el desarrollo de la investigación, en primer lugar, entendiendo que es una investigación básica o pura, nos basamos en la obtención de la información en documentos, libros y revistas referente al tema, asimismo en la interpretación, sistematización y categorización de principios y teorías. Además, se ha utilizado como instrumento el cuestionario con el fin de obtener toda la información posible con el conocimiento o sugerencias de estudiosos del derecho, en este caso recaen en Jueces, Fiscales y Abogados independientes, también se tiene la técnica de la ficha de observación de sentencias judiciales respecto a los Delitos de Corrupción de Funcionarios.

Al respecto, cabe precisar que el planteamiento del problema surge por el hecho de atribuirle al cómplice una pena igual o similar al del autor y asimismo el no contar con una interpretación uniforme respecto al cómplice primario “extraneus” en los Delitos contra la Administración Pública dado que empezando por los Fiscales tienen una posición respecto al proponer una pena a este cómplice y que al momento de que el Juez expida la sentencia suelen aplicar la teorías reconocidas en el ámbito penal que son la unidad y ruptura del título de imputación teniendo en cuenta que ambas tienen una postura diferente y esto conlleva a que los Jueces puedan crear espacios de impunidad para el cómplice primario “extraneus” o que se vulnere el principio de proporcionalidad al sancionar con una pena similar del autor, es por ello que se requiere una posición justa y razonable.

En efecto, como primer sub capítulo se refiere al tema de la Administración Pública y su relación con el Derecho Penal ello con el fin de encontrar la relación que existe al momento de que una persona asume el cargo de un funcionario o servidor público, dado que en dichos sujetos recae responsabilidades no solo administrativas sino también penales por el incumplimiento de funciones cuyos hechos encuadran en tipos penales que regula el Código Penal. El segundo sub capítulo viene hacer el desarrollo y conceptualización de los Delitos de Infracción de deber como término en la Dogmática Penal, para ello es importante su definición, su clasificación y entre otros.

El tercer sub capítulo, abarca la autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios, dando lugar a las diferencias entre ambos sujetos respecto al grado de responsabilidad, pero a la vez el papel que cumple un “extraneus” en estos delitos y las teorías reconocidas por la legislación peruana que son la unidad y ruptura del título de imputación y cuál es su función al momento de determinar la pena judicialmente.

El cuarto y quinto sub capítulo se trata de los principios de legalidad y proporcionalidad por el hecho que estos principios cumplan un papel fundamental en la presente investigación, como es el caso de la legalidad dado que no se busca su vulneración. Respecto al principio de proporcionalidad se busca determinar una pena más justa y razonable al cómplice primario “extraneus” bajo la aplicación del test de proporcionalidad por el simple hecho que es el autor, es decir, funcionario o servidor público que conoce sus funciones, límites y a pesar de ello incumple dichas atribuciones y solo perjudican el desarrollo del país.

El sexto sub capítulo viene hacer el Control Difuso dado que los Jueces si bien se encuentran sujetos a la ley, bajo esta facultad tiene la potestad de aplicar el test de proporcionalidad sin que ello signifique vulnerar el principio de legalidad y con ello poder aplicar una pena distinta a la prescrita en el tipo penal. Por último, el séptimo sub capítulo es respecto a la Determinación Judicial de la pena que es la última etapa para el Juez y llegar a una sentencia, pero ello implica que deba tener en cuenta diversos aspectos con el objeto de sancionar con una pena proporcional al cómplice primario “extraneus” sin la necesidad de vulnerar principios y que el

autor reciba una pena mayor y severa para así erradicar la corrupción en nuestro país demostrando la fortaleza jurídica.

Cabe precisar que como hipótesis de la presente investigación se probó que se afecta el principio de proporcionalidad de la pena, por razón que no implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, al señalar una pena similar para el autor y cómplice primario “extraneus”. Asimismo, el no aplicar la pena conminada del tipo penal no significa la vulneración del principio de legalidad, por razón que no se va a imponer una pena que corresponda a otro tipo penal, distinta al hecho ilícito cometido sino más bien aplicar la pena general que señala el artículo 29º del Código Penal. Además, aplicar dicho artículo, los jueces utilizaran el test de proporcionalidad mediante el Control Difuso para llegar a sancionar de forma razonable y equilibrada la responsabilidad del cómplice primario “extraneus” en los Delitos contra la Administración Pública cometido por funcionarios públicos.

Empero, con la respectiva comprobación podremos confirmar nuestras hipótesis planteadas a través de las técnicas y sus respectivos instrumentos que reforzaran el marco teórico para así llegar al propósito y que los instrumentos se reflejaran en cuadros y gráficos.

Finalmente, las conclusiones que son reflejo de la confirmación de las hipótesis de las cuales se tiene que al imponer la pena al cómplice “extraneus” la misma o similar del autor se vulnera el principio de proporcionalidad dado que no existe un valor ideal entre el delito y la pena, también se concluye que no se vulnera el principio de legalidad al no aplicar la pena conminada del tipo penal dado que el Juez tiene la facultad a través del Control Difuso apartarse sin transgredir derechos y que a su vez aplique el test de proporcionalidad para llegar a una pena justa y razonable. Además, la Constitución Política del Perú regula este tipo de Control en caso de colisionar normas y principios, y, por último, según el grado de responsabilidad que tuvo el cómplice “extraneus” deberá ser el reflejo de la pena a imponerse.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En la actualidad, la corrupción viene hacer uno de los problemas más complejos en el Perú y que ha afectado el desarrollo de todo un país, esta situación se viene presentando hace años, pero tuvo una mayor relevancia en el régimen del Ex Presidente Alberto Fujimori donde se conoció por primera vez actos de corrupción graves y quienes cometían estos hechos ilícitos eran altos funcionarios relacionados al gobierno y hasta el momento varios de estos funcionarios se encuentran cumpliendo una condena. A raíz de todo lo sucedido las Fiscalías Especializadas en Delitos de esta materia, las Procuradurías de Anticorrupción y el Poder Judicial vienen realizando diferentes esfuerzos para poder combatir esta problemática que nace en la esfera de la Administración Pública donde personas que, contando con un cargo, cometen actos delictivos de esta materia. Cabe mencionar que los cargos son elegidos por elección popular y otros por sus conocimientos técnicos y profesionalismo, en donde se asume el cargo con el fin de cumplir las funciones que se encuentran debidamente establecidas en Reglamentos y Manuales internos que tiene cada institución del Estado.

Cuando nos referimos a Delitos de Corrupción de Funcionarios debemos diferenciar de los demás delitos que se encuentran consagrados en el Código Penal, estos delitos son especiales por razón que el sujeto activo son personas que ostentan un cargo público dentro de la Administración Pública, y que no importa la labor que desempeñen, tampoco la jerarquía que ocupan, por el hecho que en general ellos tienen el deber primordial de brindar a los ciudadanos los servicios esenciales y que actúan en representación del Estado, Según Francisco FERREIRA DELGADO "La Administración Pública es entendida como toda actividad cumplida o realizada por los funcionarios y servidores públicos, encargados de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía

o niveles en todos sus órganos o entidades”¹. Como se menciona, todos quienes trabajan para el Estado sin diferenciar el cargo superior o inferior que desempeñen son sujetos a cumplir con las funciones respectivas al área que pertenezcan. “La Administración Pública en un Estado Democrático de Derecho está debidamente organizada por la Constitución, leyes, reglamentos y directivas que deben ser observados y cumplidos por los funcionarios o servidores en el desempeño de sus labores y actividades al interior de la administración. El quebrantamiento de aquellas normas, sin duda, acarrea responsabilidad administrativa, civil o dependiendo de la magnitud hasta penal por parte del sujeto público.”²

Si bien en estos delitos el sujeto activo (autor) viene a ser el funcionario o servidor público que es quien infringe el deber funcional, a razón que se encuentra sujeto a normas que debe cumplir desde el momento que asume el cargo, y en el Código Penal se encuentran establecidas los delitos y con la sanción correspondiente para así determinar el grado de autoría o participación y posterior la aplicación de la pena del delito que cometió. En este caso no se pretende cuestionar la pena que deba imponerse al autor en los Delitos de Corrupción, por razón que en el tipo penal de forma clara señala **FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO**, y son ellos quienes se encuentran sujetos a estos delitos y como autor deben responder a la acción que hayan realizado cuando se encontraban ejerciendo un cargo, sin dejar de lado el análisis respectivo al momento de subsumir el hecho a la norma y la adecuada identificación del sujeto activo, la conducta típica, el grado de culpabilidad y la pena que ha de imponerse al autor del delito.

Al referirnos a la determinación judicial de la pena para el autor y cómplice primario el Código Penal en su artículo 23 y 24 establece la pena que corresponde, en el caso del autor serán reprimido con la pena establecida en el tipo penal y para los cómplices primarios serán reprimidos con la pena prevista con la del autor, es decir, que al imponer la pena al cómplice primario debe ser aquella que se encuentra prescrita en el tipo penal y concordante con la impuesta al autor, esta teoría es la de unidad del título de imputación.

¹ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro, (2014) Delitos contra la Administración Pública, Editora y Librería Jurídica Grijley, 3ra edición, Lima – Perú, pág. 3.

² *Ibídem* pág. 4.

Ahora, en los Delitos de Corrupción de Funcionarios el cómplice, puede ser un funcionario o servidor público, como también una persona ajena a la Administración Pública conocido como <extraneus> quien este último no vulnera un deber especial por lo cual es inconcebible su autoría, pero si supuestamente su participación. El autor Fidel ROJAS VARGAS señala “donde se han presentado problemas de enfoque (...), es el tema de los aportes de los particulares, que necesariamente son de complicidad, integran realmente la estructura delictiva de los delitos especiales, de forma tal que tengan que responder también por peculado, enriquecimiento ilícito (...), o es que ésta posee autonomía delictiva, de modo que los partícipes deban responder por tipicidades distintas de las imputadas a los agentes públicos y que vayan acorde con sus contribuciones”³. Si bien la participación del cómplice supone actos propios de naturaleza accesoria y de colaboración al autor para que se cometa el ilícito, cuando nos referimos a delitos especiales cometidos por funcionarios o servidores públicos son ellos quienes de forma clara constituyen autores del delito, por lo cual al cómplice <extraneus> debería imponerse una pena proporcional, razonables y justa, entendiendo que no posee deberes funcionales propios.

La Casación N°782-2015 del Santa en el numeral 10 señala “el artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación, esto significa que, en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta a él (...), todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad”. Asimismo, en el numeral 11 señala “el artículo 25 del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso de cómplice primario (...) nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo o aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales”. En esta casación uno de los puntos más relevantes es de la no punibilidad del partícipe en los delitos especiales, en donde se presenta la teoría de ruptura de la imputación, es decir, procede la absolución del cómplice <extraneus> al no haber infringido deber alguno, pero ello

³ ROJAS VARGAS, Fidel (2007), Delitos contra la Administración Pública, 4ta edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima – Perú, pág. 91.

tendría como resultado que las personas sigan cometiendo estos delitos sin establecer algún límite a su conducta ilícita sino impunidad. A todo esto, la tesis recogida por el Código Penal es la Teoría de la unidad de imputación.

El problema nace en atribuirle al cómplice <extraneus> una pena que puede llegar a ser la misma o similar que del autor, es decir, que el <extraneus> entendiendo que este sujeto en calidad de cómplice del delito se le atribuye el mismo tipo penal del autor y con ello la pena, si bien la teoría de unidad de imputación es asumida en mayoría por los jueces peruanos, algunos aplican penas similares para el cómplice y con ello vulnerando el principio de proporcionalidad, sin embargo se presentan varios puntos de vista que ha causado toda una discusión. Por otro lado, se tiene la teoría de ruptura del título de imputación por el cual este extraneus solamente será punible su conducta sobre la base de tipos penales comunes, es decir, que tiene la calidad de cómplice, pero su conducta en la comisión de un delito especial se adecuara a un delito común y con la misma pena que señala el respectivo tipo penal, creando vacíos y consecuencias de impunidad.

En los últimos años, se presentó una nueva teoría creada por Claus Roxin denominada “teoría de los delitos de infracción de deber” cuyo eje principal consiste en que los delitos especiales respecto al tratamiento del extraneus será siempre como cómplice y la pena aplicable deberá ser atenuada por razones de proporcionalidad y entre otros, teniendo argumentos a favor y en contra de la citada teoría. Aunado a ello, según Manuel ABANTO VASQUEZ manifiesta “sea que se aplique la tesis de la unidad del título de imputación o la de la infracción del deber, en los delitos especiales se presentan por igual problemas al momento de la fijación de la pena para el extraneus (...) formalmente tendría que aplicársele el mismo marco penal (...) por razones de justicia, la pena para el extraneus, incluso si solamente son participes del delito especial, debería tener una marco penal menor correspondiente a su condición de extraneus sin el deber específico (...)”⁴.

⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel (En Línea) Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber publicado en la Revista Penal N° 14, Julio 2004, pp. 3-23, Disponible <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf> (Consulta 23 de octubre 2016).

Finalmente, el problema es poder determinar la pena que deba responder el cómplice <extraneus>, siempre que la solución a la cual se quiere llegar tenga como fin brindar una razonable consecuencia jurídica. Para ello es importante, los principios reconocidos por el Ordenamiento Jurídico Peruano, como el principio de proporcionalidad, legalidad, culpabilidad y junto a su aplicación. A lo largo de la descripción se dejó claro que el sujeto activo es un funcionario y servidor público quien tiene el vínculo con el bien jurídico por ende la responsabilidad es mayor y ello debe reflejarse con penas severas, por otro lado, la pena que debe responder un cómplice <extraneus>, es decir, aquella persona que no tiene vínculo alguno con la Administración Pública, deba ser proporcional buscando un equilibrio o solución idónea dentro del marco legal (Ordenamiento Jurídico).

En la ciudad de Tacna, los cómplices en algunos casos son <extraneus>, es decir, y es ahí donde está el problema, no el hecho de imputar el mismo delito sino la pena que debe corresponder. Además, se debe tener en cuenta un equilibrio entre el delito y la pena, para lo cual el Juez y Fiscal no solo deban subsumir el hecho en el tipo penal sino aplicar con un respectivo análisis y así mantener el valor que tiene un derecho fundamental y un principio constitucional.

1.1.1. JUSTIFICACIÓN

Esta tesis plantea la aplicación de un método para determinar la pena con carácter proporcional, que se debe imponer al cómplice “extraneus”, en razón que a nivel nacional los Jueces vienen aplicando la teoría de unidad de imputación, entendiendo que al autor y “extraneus” responderán por el mismo delito y pena, por otro lado, se tiene la teoría de ruptura del título de imputación. En suma, no existe una clara interpretación y aplicación de ambas teorías, dado que el cómplice “extraneus” no ostenta la calidad de funcionario o servidor público sino viene a ser un sujeto ajeno a la Administración Pública, y no tiene el vínculo directo con el bien jurídico al cual se ha vulnerado, y aun así se le impone la misma o similar pena que el “intraneus”

atendiendo que es quien infringe el deber y vulnerándose la proporcionalidad entre ambos sujetos.

De este modo, la presente investigación da a conocer la responsabilidad que tiene el Juez al momento de imponer una sanción al cómplice “extraneus”. Además el Perú se encuentra suscrito a diferentes Convenciones y Tratados que protegen a la persona sin distinción alguna, por lo cual la pena tiene que cumplir el equilibrio correspondiente a la gravedad del acto cometido para que la intervención sea respetando los derechos y principios consagrados en nuestra Constitución y las facultades que tiene el Juez para imponer la pena, la cual debe ser proporcional a la participación que tuvo en la comisión del delito para así evitar una incompatibilidad con los fines de la pena en un Estado Democrático.

1.1.2. IMPORTANCIA

La importancia del estudio radica en determinar judicialmente la pena al cómplice “extraneus” cumpliendo los fines constitucionales de la pena, y considerando el principio de proporcionalidad con el fin de imponer una pena correcta para la cual tiene que existir una armonía entre la calidad del sujeto y el grado de participación, es decir, el vínculo con el Estado y después la sanción a imponer, en razón que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, como se establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, la cual se trata de alcanzar la pena justa que debe imponerse al cómplice “extraneus”.

1.1.3. ANTECEDENTES

En la actualidad no existen investigaciones respecto a este problema, pero si existen teorías respecto al tema, las cuales son la teoría de unidad y ruptura de imputación para los cómplices “extraneus”. Asimismo, doctrinarios que tienen su postura respecto a la autoría y

participación, como también jurisprudencia que se ha venido publicando de casos que han sido resueltos.

Como posturas respecto al tema se tiene a los doctrinarios Ramiro Salinas Siccha, Fidel Rojas Vargas y otros autores que vienen desarrollando los diferentes aspectos que engloba los delitos contra la Administración Pública, pero en algo que coinciden es en reconocer que no cualquier persona puede ser autor en esta clase de delitos, es decir, que existe una condición especial en cuanto al sujeto activo, que viene a ser un funcionario o servidor público.

Respecto a la jurisprudencia en nuestro país, tenemos el Acuerdo Plenario N°2-2011/CJ-116 en la cual como doctrina vinculante señala en su fundamento 18 “los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor”.

Asimismo, en la Ejecutoria Suprema del 14 de enero del 2003 argumentó que “la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo nomen iuris delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriadad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26° del Código Penal”⁵.

⁵ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. p. 22.

Por último, podemos hacer mención del Ensayo realizado por Percy García Caveró cuyo título es “La pena del partícipe EXTRANEUS en los delitos especiales”, en el cuerpo del trabajo desarrolla diferentes ámbitos que engloba los delitos de infracción de un deber, y en la cual concluye el trabajo, sosteniendo que “La disputa entre la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación, en relación con la cuestión de la pena a imponer al partícipe extraneus de un delito especial, debe solucionarse en función de las estructuras de imputación penal que informan el delito especial. Si el delito especial es un delito de dominio deberá seguirse lo establecido por la teoría de la unidad del título de imputación, mientras que si el delito especial es un delito de infracción de un deber, habrá que seguir lo dispuesto por la teoría de la ruptura del título de imputación”⁶.

1.1.4. DELIMITACIÓN

1.1.4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICIDAD

El tema está referido al área de Derecho Penal General y Especial: los Delitos de Corrupción de Funcionarios, formas de participación y El Derecho Constitucional en lo referido a Principios de la Pena.

1.1.4.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

El estudio se desarrolló en el Distrito de Tacna.

1.1.4.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El período que se utilizó como parte de la investigación abarcó desde el año 2013 hasta el 2016.

⁶ GARCIA CAVERO, Percy (En línea) La pena del Partícipe extraneus en los delitos especiales. Ensayo alojado en La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009, Disponible https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf (Consulta 23 de octubre 2016).

1.1.4.4. DELIMITACIÓN SOCIAL

El colectivo que se incluye en la presente investigación son los Jueces, Fiscales de la Fiscalía Especializada de Delitos de Corrupción de Funcionarios y abogados que ejerzan la materia respecto a los Delitos de Corrupción de Funcionarios, con el fin de encontrar opiniones respecto al problema planteado.

1.1.5. ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA

1.1.5.1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema objeto de la presente investigación se puede sintetizar en la siguiente pregunta:

Quando se le impone la misma o similar pena que la del autor, en los casos de Delitos de Corrupción de Funcionarios, ¿Se afecta el principio de proporcionalidad al cómplice primario “extraneus”, en Tacna en los años 2013 al 2016?

1.1.5.2. PROBLEMAS ESPECIFICOS

A partir de esta interrogante, se pueden plantear las siguientes preguntas:

- a)** ¿Se vulnera el principio de legalidad cuando no se aplica la pena conminada del tipo penal al cómplice primario “extraneus” en los delitos de infracción de deber?
- b)** ¿Es posible el empleo del Control Difuso para posibilitar una razonable y equilibrada pena, mediante el test de proporcionalidad sin que ello implique espacios de impunidad para el “extraneus”?

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar si se afecta el principio de proporcionalidad al momento de imponer la misma o similar pena al cómplice primario “extraneus” con la del autor en los casos de Delitos de Corrupción de Funcionarios, en Tacna años 2013 al 2016.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a) Identificar las razones por el cual no se vulnera el principio de legalidad cuando no se aplica la pena conminada establecida en cada tipo penal.

- b) Analizar si con el Control difuso habilita a sancionar a los cómplices primarios “extraneus” con penas justas y manteniendo un equilibrio entre los principios, ponderando cada uno de ellos mediante el test de proporcionalidad.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

2.1.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es el Estado a través de la Administración Pública brinda los servicios de primera necesidad dirigida a toda la población en busca de mantener un bienestar común, si bien el término “administrar” significa servir, ese servicio lo cumplen a través de personas quienes vienen a ser los funcionarios o servidores públicos que representan al Estado.

Francisco ANGELES y Manuel FRISANCHO desde una perspectiva organicista opina que “Administración, es ante todo, organización (...), y si se le adiciona el adjetivo pública, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o gobierno, esto es, el concepto de poder público o actuación del Estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo”⁷, cabe mencionar que la Administración Pública engloba una serie de instituciones quienes lo conforman para poder distribuir a cada Departamento, Provincia y Distrito de todo el Perú los recursos de necesidad inmediata, si bien existe toda una estructura es importante establecer que es el Estado quien controla y supervisa que tales servicios se cumplan.

Según Fidel ROJAS siguiendo una perspectiva funcionalista señala “si bien el terreno del Derecho administrativo existe una tendencia a circunscribir la administración pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo (...), Administración pública comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral, organismos autónomos del Estado; y demás instituciones

⁷ Citado por BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo, (2012) Delitos de Corrupción de Funcionarios, Gaceta Penal y Proceso Penal, Editorial el Búho E.I.R.L., Primera edición, Lima-Perú, p. 77.

especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes especiales”⁸, si bien el autor coincide que la Administración Pública es una organización con los doctrinarios antes en mención, en este caso hace hincapié describiendo que encontramos diferentes ámbitos en donde se desarrolla las actividades que enmarcan la función pública, en la cual hace mención a las instituciones que forman el Estado Peruano.

En una visión mixta, estructural-funcionalista de administración pública, la cual es seguida por Patrón FAURA, Tomás GÁLVEZ, Raúl PEÑA y Luis FRANCIA comparten “que la administración pública es el conjunto de poderes, órganos o entidades dotadas de una esfera de atribuciones o potestades conferidas, realizan una serie de actividades o acciones orientadas a cumplir fines y objetivos que en concreto buscan la prestación de un servicio público eficaz y eficiente, y que en abstracto o en general buscan el bien común de los miembros de la sociedad”⁹, lo que refiere el autor es la importancia que tiene toda institución pública pero ello se materializa mediante los distintos servicios que se brindan a la población y que deben cubrir la mayoría de todas las necesidades que tiene el ser humano, tales servicios llegan por intermedio de funcionarios y servidores públicos que tienen las funciones dentro del marco legal interno de cada institución.

Para Alessi y Báez MARTÍNEZ indica que “la administración pública se concibe en doble sentido: Objetivamente, como el conjunto de actividades realizadas por los agentes públicos y que constituye el desarrollo, la dinámica de la función misma. Y subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquía, entidades, cargos y oficios delimitados en su competencia”¹⁰, es decir, se tiene una doble visión de la Administración Pública, en razón que son los funcionarios o servidores quienes se encargan de toda la maquinaria que conlleva asumir un cargo en el Estado que es cumplir sus funciones y la otra parte es los niveles que tiene toda organización pública para así diferenciar mando – obediencia.

⁸ Ídem.

⁹ Ibídem p. 78.

¹⁰ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. p.3.

Asimismo, para Hesbert BENAVENTE y Leonardo CALDERON se adhieren al concepto de administración pública como “sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos (...), debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos su órganos”¹¹.

En suma, la Administración Pública es un sistema dinámico el cual tiene como finalidad proteger los intereses generales de todos los peruanos para garantizar que los recursos del Estado lleguen a la población, y cubra los tipos de necesidades que tiene el ciudadano y ello solo se materializa a través de las autoridades que tienen el deber de brindar estos servicios.

2.1.1.1. CARACTERISTICAS

Las siguientes características reúnen las más importantes particularidades que tiene la Administración Pública y Según Hesbert BENAVENTE CHORRES son¹²:

- a) **“Organización y funciones.-** Es necesario que la administración pública en sus variadas facetas singularice su función (legislativa, administrativa, judicial), precise el marco de valoración de su actividad y de esta forma se podrá establecer la tutela penal con más o menos acierto. Ciertamente, la administración pública presenta un cuadro organizacional donde quedan establecidas las líneas jerárquicas y la forma y modo de presentación de su servicio.

- b) **Normas y procedimiento.** - La administración pública cuenta con un cuerpo normativo que regula sus funciones y las relaciones que genere con los administrados, conllevando que,

¹¹ BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo. Ob. Cit. p.78.

¹² Ibídem p. 80 (...) e.- **Contexto histórico-social.**- Mediante este se orienta y determina el ambiente político y social que rodea a la administración y a la coyuntura que se presenta en el momento de resolver.

si se presentan contingencias, circunstancias o riesgos en el ejercicio de tales funciones y/o relaciones, pero se presentan dentro de ese cuerpo normativo, todas estas situaciones se convierten en riesgo permitido.

c) Potencial humano.- Esto indica que la administración pública cuenta con agentes dentro de su organización y que estos agentes asumen responsabilidad por las funciones que ejercen, las cuales pueden derivar según sea el caso en responsabilidad administrativa o responsabilidad penal.

d) Circunstancias o coyuntura.- Que le corresponde actuar al funcionario que va a tomar una decisión respecto a una eficiente y conveniente acción administrativa, en la que se resuelve, aconseja o asume una responsabilidad, sobre la base no solamente de la estructura del organismo y a las normas de procedimientos vigentes, sino de manera fundamental a su actitud humana, fruto de sus conocimientos, de su experiencia, de su honradez y de su facultad discrecional que su autoridad moral, la realidad política y social y la ley le franquea, según el caso”.

Al ser un Estado Constitucional de Derecho nos encontramos inmersos en normas y procedimientos que regulan la actividad de la persona y organiza el Estado como un ente que se encarga de cumplir las funciones que se encuentran establecida en normas. Al referirnos de la Administración Pública la relacionamos con funcionarios y servidores por razón que son ellos el potencial humano quienes deben brindar los servicios de primera necesidad a toda la población porque actúan en representación del Estado ya sea en el ámbito político o social, por ende recae en ellos responsabilidades administrativas y penales por incumplimientos de deberes que se les otorgan una vez asumido un cargo dentro de la institución que corresponda, por otro lado, se diferencian de las demás personas sus conocimientos, ética,

moral, honestidad, puntualidad, solidaridad y demás valores que deben predominar ante cualquier acto de corrupción.

Es así, la necesidad de establecer que cada sujeto administrativo tiene la obligación de actuar responsablemente las atribuciones o facultades que poseen y la coherencia de proteger los efectos y caudales para evitar la pérdida de aquello que contribuye al crecimiento del país.

2.1.2. FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

El funcionario y servidor público se diferencian en cuanto al poder que ostentan dentro de la esfera administrativa (*el funcionario tiene el poder de decisión y el servidor se encuentra subordinado*), pero también se distingue en dos ámbitos respecto a la sanción: administrativa y penal, por el cual es importante dilucidar estas diferencias, con el fin de entender la calidad de estos sujetos y cuando comete un acto de incumplimiento sea procesado por vía administrativa o penal. ⁽¹³⁾.

A continuación, diferentes autores definen y conceptualizan el funcionario y servidor público:

- a) El Funcionario Público.-** Para el autor Fidel ROJAS VARGAS nos dice que “El funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o

¹³ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. p. 10 y 11, cita lo siguiente (...) En la exposición de motivos del Proyecto de Ley N°1361/2011-CF indica que “el funcionario público implica una dirección u orientación, además de una responsabilidad, en el desempeño de un cargo de naturaleza pública; el funcionario público es quien ejerce autoridad en la gestión pública de la administración, y como persona física encarna un determinado órgano o ente del Estado, o aquellas cuyas decisiones representan la voluntad de un órgano o ente administrativo”. Luis REYNA ALFARO citado por SALINAS SICCHA, manifiesta que “el servidor público es aquella personal natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de decisión (...), el servidor o empleado público siempre está en una relación de subordinación frente a los funcionarios”. En ese orden de ideas, el funcionario y servidor público si bien se encuentran desempeñando su labor en la Administración Pública, pero cada uno desarrolla su función de acuerdo al cargo que ocupa, por ejemplo, cuando nos referimos a un funcionario es aquel que tiene poder de mando, en el caso de una Alcalde. En cuanto, a un servidor público es un agente sin mando, que brinda al Estado sus conocimientos técnicos o profesionales y que se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios.

negativamente. En el primer caso con la aprobación y reconocimiento de la Nación y la ciudadanía; en el segundo frente a los órganos de control del Estado”¹⁴, la relación del funcionario público y la administración pública nace al momento de que asume el cargo como tal, valiéndose de sus funciones generales y específicas en concordancia del cargo que ocupa en determinada institución pública.

Ello, significa que el funcionario público a lo largo del desarrollo de su trabajo deberá asumir responsabilidades administrativas, civiles o penales cuando se presente un incumplimiento de un deber, asimismo le corresponde fomentar todas las actividades necesarias con el fin de promover el desarrollo del país y el brindar los servicios necesarios a todos quienes forman parte de esta sociedad, es decir, son representantes del Estado.

Para Laura ORTIZ, nos dice que el funcionario público “es uno de los actores de mayor importancia dentro de la estructura burocrática estatal de nuestro país y tiene responsabilidad, ello si se tiene en cuenta la característica especial de su labor, frente a los órganos de control del estado”¹⁵, ejerce un poder de mando en el cual recae funciones que deberá realizar bajo principios de lealtad y probidad para así cumplir con las responsabilidades que posee frente a la sociedad y estando en constante fiscalización, es por ello que recae sanciones administrativas y penales (*en el caso que la conducta desarrollada se subsuma en cualquier tipo penal establecido en el Código Penal*).

- b) Servidor Público.-** Para Gustavo BACACORZO y Jorge OLIVERA TORO señalan que “Tanto el funcionario y servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. La diferencia está, según opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al

¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit., p. 39.

¹⁵ Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2010) Derecho Penal – Parte Especial Tomo V, IDEMSA Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima – Perú, p. 51.

Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o para profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la labor de los funcionarios públicos”¹⁶.

Siguiendo a los autores anteriores, la diferencia entre un funcionario y servidor radica en que el poder que poseen no es el mismo al momento del ejercicio de sus funciones dado que el servidor brinda al Estado conocimientos técnicos y profesionales con carácter de voluntad y sobre todo estando bajo la supervisión del funcionario quien es su jefe inmediato.

CERVANTES ANAYA señala “servidor público es el denominado empleado público, que es la persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización, a cambio de ciertos derechos exigibles a la administración”¹⁷.

Como se mencionó, el servidor a través de su estudios profesionales o técnicos cumple con brindar sus servicios para la realización de actividades que el Estado lo demande o necesite, por ejemplo, cuando se requiere el reforzamiento estudiantil para ello se contrata a docentes para que realizan dicha actividad y pasa igual con ingenieros o arquitectos para ocupar las diferentes áreas que tiene toda entidad pública y cuyas funciones se encuentran establecidas en reglamentos o manuales internos de cada institución del Estado.

¹⁶ Citado por ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit. p. 45.

¹⁷ Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Ob. Cit., p. 51.

2.1.2.1. AMBITOS DE RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PUBLICO

Conforme se ha podido conceptualizar y con ello diferenciar a un funcionario de un servidor, podemos señalar que estas personas de función pueden incurrir en los siguientes ámbitos de responsabilidad sea administrativa o penal, pero para ello debemos diferenciar ambas vías:

- a) **AMBITO ADMINISTRATIVO:** Desde una perspectiva del Derecho Administrativo GUAITA señala que “el funcionario público es toda persona individual, incorporada al Estado o a cualquier otra administración pública a la que presta sus servicios en un régimen de Derecho público. Tal incorporación está sujeta a las denominadas normas base de la carrera administrativa”¹⁸, para la determinación de la calidad de un funcionario o servidor público dentro de la Administración Pública se basa en el criterio de la carrera administrativa que posee función pública.

Ahora bien, se pueden considerar como requisitos para adquirir la calidad de funcionario o servidor público, en el ámbito administrativo a los siguientes¹⁹:

- i. “El título o fundamento jurídico, por el cual el funcionario o servidor accede a la administración pública; este es el componente material del acceso a la carrera, debe ser legítimo, o provenir de una fuente u origen válidos y con capacidad para generar el efecto vinculante entre el titulado y la administración pública, lo que determina que ambas partes asuman los deberes, atribuciones y obligaciones propios del cargo. Las formas pueden ser: elección, nombramiento o designación.

¹⁸ Citado por BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo. Ob. Cit. p. 81.

¹⁹ Ibídem p.82.

- ii. La investidura o juramentación o asunción del cargo, es el elemento formal del acceso a la carrera administrativa, por este el acto el funcionario o servidor asume objetiva y realmente el cargo para el cual fue nombrado, elegido o llamado por la ley (...).
- iii. Estabilidad y permanencia, es decir, que para que el funcionario o servidor se incorpore válidamente a la carrera administrativa, lo hará a un cargo o plaza que tenga el carácter de permanente.
- iv. Remuneración, normalmente, todo cargo o servicio, será remunerado, esto es, el funcionario o servidor público percibirá un sueldo o remuneración, precisamente como contraprestación a la labor que desempeñan (...).

Los requisitos que se menciona resumen las principales condiciones que deben tener un funcionario y servidor público dentro de la carrera administrativa. Asimismo, el cargo que ocupa es de importancia por la investidura que tiene el funcionario o servidor, y a todo ello todo trabajador recibe una remuneración por los servicios que presta al Estado a través de las entidades públicas.

- b) AMBITO PENAL:** Para la aplicación de una sanción penal a un funcionario o servidor público, se resume que en la conducta realizada por ambos sujetos tenga rasgos punitivos, tal es así que se presentan dos posturas respecto al contenido de participación en la función pública.

En primer lugar, se consideran sinónimos el ejercicio del cargo y la participación de la función pública, cuyo defensor de esta postura Joao QUERALT manifiesta “para quien ejerce el cargo y participa en el ejercicio de las funciones públicas es lo mismo a efectos penales por dos razones: a) por una pura cuestión

terminológica, pues, según este autor la coloquialidad de las expresiones del Código Penal en este contexto no permite efectuar preciosismos dialecticos con su terminología; y, b) no parece convincente el limitar la consideración de funcionario público a efectos penales únicamente a quien lo es desde el punto de vista de otros sectores de Derecho Público (...)"²⁰.

En segundo lugar, se encuentra la postura representada por Manuel COBO DEL ROSAL en donde este autor entiende "que se ha de evitar el uso indistinto de participación del ejercicio de la función pública y ejercicio del cargo, ya que se puede participar en la función pública sin ejercer y sin tener un cargo"²¹.

Ambas posturas, tienen como base que el funcionario se encuentra dentro de la esfera de la función pública, pero ello no equivale a que este se encuentre inmerso dentro de los que establece el Código Penal, a ellos nos referimos a quienes recae efectos puramente penales. En el artículo 425 del Código Penal establece quienes son funcionarios o servidores públicos pasibles de una sanción penal, con ello se hace referencia que no se ha definido ambos términos, pero si podemos distinguir a quienes se les puede aplicar los tipos penales referente a la Administración Pública.

Respecto al citado artículo 425^o ha establecido que son funcionarios o servidores públicos:

1. "Los que están comprendidos en la carrera administrativa
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u

²⁰ Ibídem p.83.

²¹ Ídem.

organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley

2.1.3. FUNCIÓN PÚBLICA

En la Administración Pública para el ejercicio de ciertas circunstancias se requiere de la función pública, aquella que debe ejercer con libertad el funcionario y servidor público, por ende el poder que poseen los sujetos de la Administración Pública es importante porque son ellos quienes salvaguardan los interés del Estado, y además deben actuar conforme a sus atribuciones y obligaciones plasmadas en los reglamentos internos de cada entidad al que pertenezcan, aunado a ello la responsabilidad que posee deberá ser desarrollada con el cuidado frente a cualquier tipo de vulneración del bien jurídico protegido.

El autor Fidel ROJAS VARGAS se pregunta si la función pública tiene ¿Noción Jurídico Penal?, para lo cual nos dice que “Para el logro de sus fines, el Estado realiza, a través de sus órganos, numerosas actividades que por el destino de las mismas la fuente de la que emanan, su gran importancia e incidencia en la vida nacional, se las ha denominado función pública”²², todo

²² ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit., p. 20. Por otra parte, El autor Fidel ROJAS VARGAS señala que “La función pública, como institución de derecho público, es un conjunto de actividades de contenido jurídico con destinatarios definidos, es decir, legalmente previstas, reguladas normativamente, asignadas en su planeación y cumplimiento a determinadas personas y órganos e identificadas con los fines de las administraciones públicas y por lo mismo del Estado en sentido amplio”, la función pública se refleja en las diferentes actividades realizadas por los sujetos de Administración Pública, en donde se encuentran reguladas por los diferentes instrumentos legales y cuyos medios para su realización nacen del Estado, la cual brinda las facilidades necesarias para cumplir estos fines.

funcionario y servidor público se encuentra inmerso en la función pública, y solo ellos poseen las facultades que engloba dicha función, cuyo fin es el desarrollo de la sociedad.

2.1.3.1. DEFINICIONES

Dada las circunstancias, es necesario la conceptualización o definición de la función pública por diferentes autores, son las siguientes:

Para Bartolomé FIORINI infiere que “Las funciones públicas además de tener su sustento normativo constitucional son actividades de total exigencia necesarias para la existencia de un Estado, de ahí que sus beneficios sean *uti universi* (...) Las funciones públicas sustentan la existencia del Estado; los servicios públicos sustentan la existencia del bienestar general de los habitantes de un Estado, de ahí que satisfaga necesidades *uti singuli*”²³, como carácter general las funciones públicas ayudan a la presencia de un Estado en la cual se encuentra debidamente organizada en la Constitución a través de su diferentes instituciones públicas que lo integran, además se tiene diferentes servicios que se brindan y ayudan al desarrollo de un país, por lo cual las personas encargadas de ejercer dichas funciones deberán actuar de manera correcta y así evitar que personas ajenas puedan aprovecharse de circunstancias que fomenten el desorden y daño al Estado.

Por otra parte, Fidel ROJAS VARGAS opina que “Función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria,

²³ Citado por ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 22. Ejemplo.- El ejército, la policía o el servicio exterior son tan necesarios para el orden jurídico del Estado que sin ellas no podría existir como ente jurídico (...) Además, Roberto BAEZ MARTINEZ indica que “*Si por función pública ha de entenderse el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado, realizadas como actividades de gobierno, de poder público que implica soberanía e imperio, y si tal ejercicio en definitiva lo realiza el Estado a través de personas jurídicas el empleado público se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad y acción trascienden como voluntad o acción del Estado, lo que justifica la creación de normas especiales para su responsabilidad*”. Nótese que el autor hace referencia a que el Estado posee estas atribuciones para realizar las diferentes actividades que puedan existir en el transcurso de un gobierno, si bien se contempla la necesidad de poder realizar diferentes proyectos que ayuda a brindar las carencias que tiene la sociedad en general, porque el avance se realiza con el trabajo en conjunto, por el cual requiere la ayuda y responsabilidad de personas que fueron designadas para desempeñar un cargo público con relevancia jurídica.

realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”²⁴.

De ello sostiene que, si bien la función pública permite al Estado la realización de diferentes actividades, esto requiere que lo ejerza la persona humana, en este caso viene hacer todo funcionario y servidor público que trabaja para el Estado, por ende se menciona que cuando existe una relación laboral esta deberá ser remunerada y de acuerdo al tiempo que desempeñe dichos cargo que puede temporal o permanente basándose en la estabilidad laboral que es un derecho que permite al trabajador brindarle una seguridad y tranquilidad, aunado a ello la función pública lo que pretende es dar a conocer la importancia que tiene al momento de realizar las imputaciones ámbito penal, en razón que son ellos los encargados de brindar la seguridad respectiva frente a cualquier tipo de acto ilícito que pueda presentarse, y por último en ellos recae el grado de responsabilidad y la medida en cómo se determinara la posible pena.

2.1.3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Fidel ROJAS VARGAS menciona las siguientes características:

- a) “Material y descriptivamente es ejercicio de actividad al servicio de la nación ejercida por funcionarios públicos repartidos mediante niveles y competencia asignadas en las diversas reparticiones de los órganos del Estado o poderes públicos”²⁵, cada funcionario o servidor público ejerce diferentes funciones de acuerdo al cargo que desempeña y la jerarquía que ocupa, por ende, esta función se basa netamente en su competencia y

²⁴ Ibídem p. 23.

²⁵ Al referirnos a la colectividad global del país, <intereses colectivos> que incluye las diversas reparticiones públicas: gobierno central, poderes legislativos, judicial, entes autónomos, empresas públicas, gobiernos regionales y locales <Ibídem págs. 33 y 34.>

en tipo de nivel de gobierno que pertenezca sea: nacional, regional o local.

- b) “El Estado delega el ejercicio de <función pública> en personas físicas bajo delimitadas y estrictas formalidades que le otorgan legitimidad (...). Dicho ejercicio puede igualmente derivarse de un mandato popular, vía elecciones directas o intermediadas en determinados casos, o tener su origen en las previsiones constitucionales o legales”²⁶, como se mencionó anteriormente esta facultad solo la posee los funcionarios que vienen hacer aquellos que tienen un vínculo laboral con el Estado, y estas se encuentran debidamente reguladas para que al momento de ejercer dicha facultad el funcionario este legitimado en desarrollar las diferentes actividades de acuerdo a su competencia funcional.
- c) “Es inherente a su naturaleza la fijación de ámbitos de competencias de los órganos y agentes públicos y por lo mismo plantea un conjunto de deberes y obligaciones, a la vez que derechos de los funcionarios públicos.
- d) Las particularidades actuales del contenido y modo de ejercicio de la función pública han posibilitado una noción penal de función Pública”²⁷.

Estas últimas características definen el impacto que tiene el funcionario en el ejercicio de esta función pública, si bien no podemos encasillar solamente dentro del campo administrativo sino también a

²⁶ <ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. págs. 33 y 34.> Asimismo como otra característica es que dicha función pública está definida por actividades de diverso orden dirigidas a fines constitucionales o legalmente previstas, por lo mismo no existe función pública al margen de la ley, contra la ley o de los mensajes constitucionales. Tales actos de gran importancia pueden ser de imperio o autoridad, de función, administración, gestión o procuración, pudiéndose producir indistintamente a nivel de función legislativa, de gobierno (actos políticos y de ejecución) o de función jurisdiccional y de otros ámbitos. (...) otras dos características a) La función pública no se restringe al exclusivo ámbito administrativo ejecutivo, sino que compromete a la totalidad de los asuntos estatales; b) La función pública es por definición continua, permanente e institucional. No existe función pública en consideración a las individualidades, sino en relación a los fines de política nacional. Lo que, por excepción, no excluye la existencia de funciones temporales a tiempo determinado o determinable.

²⁷ *Ibidem* págs. 33 y 34.

través de diferentes campos o áreas que el funcionario pueda ejercer con libertad y responsabilidad sus funciones. Por otro lado, si bien este tipo de facultad u obligación es única para los sujetos del Estado, ello está compuesto por políticas nacionales, con el fin de realizar diferentes actividades dirigidas a la población y en el caso de que no se cumplan recae en ellos responsabilidades penales que los llevarían a una sanción concordante a las señaladas en el Código Penal.

2.1.4. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En cada tipo penal encontramos elementos o categorías positivas de un delito que viene hacer la acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, a través de ello se realiza un análisis para que la conducta desplegada por el sujeto se subsuma a una norma penal y estando tipificada se deberá contrastar con los requisitos, categorías o aspectos del delito antes en mención y que constituyen elementos esenciales, junto a esto, se desprende que en cada tipo penal establecido en el Código Penal contiene un distinto bien jurídico. En este caso, al referirnos a delitos contra la Administración Pública, se tiene como bien jurídico el correcto funcionamiento de la Administración Pública y ello es vulnerado por los funcionarios o servidores públicos que posean un cargo en el Estado.

2.1.4.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURIDICO

En aspectos generales la Administración Pública dentro del campo penal constituye un bien jurídico, para lo cual el autor Fidel ROJAS VARGAS nos dice que “La administración pública es vital para la sociedad y el Estado, ya que es el instrumento que hace posible la relación dialéctica entre ambas realidades, material la primera, jurídica la segunda. Resulta difícil concebir una sociedad organizada jurídicamente que carezca de administración pública, como es impensable un Estado que para cumplir con sus fines prescindiera de la organización administrativa y del ejercicio de funciones públicas”²⁸, desde épocas antiguas el Estado y la sociedad han sido pilares

²⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit., p. 14.

importantes para el desarrollo del país, por lo cual como menciona el autor no podemos concebir una sociedad organizada sin aquella administración pública que procura en brindar los servicios necesarios dirigidos a la sociedad.

Por otro lado, Bernardo FEIJOO SANCHEZ indica “lo que se pretende tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, la eficacia y objetividad con las que se debe servir a los intereses generales, sin que se pretenda con ello exigir la perfección, excelencia o lo impecable sino el cumplimiento de unos <mínimos> por parte de la Administración a la hora de servir dichos intereses”²⁹.

En este caso son los funcionarios y servidores públicos quienes deberán actuar de manera correcta protegiendo los recursos del Estado para lo cual deberán cumplir las obligaciones que se encuentran regulados en Manuales y Reglamentos Internos de cada entidad y así no cometer delitos que puedan agravar situaciones que pasen del campo administrativo al campo penal, por ello recae salvaguardar los intereses del Estado.

Para Enrique BACIGALUPO refiere que “Los delitos contra la administración pública *lesionan o ponen en peligro cualquiera de dichos valores e intereses sociales institucionalizados que el Estado ha considerado valiosos y que constituyen las condiciones ideales o mínimas de funcionamiento del sistema de la administración pública para el logro de los fines del Estado*”³⁰, cuando se comete un ilícito penal que en este caso, es contra la Administración Pública, no solo

²⁹ Ídem. Asimismo, Fidel ROJAS VARGAS señala que “Para el derecho penal la administración pública como objeto jurídico genérico de tutela penal, es decir, como bien jurídico, implica los siguientes elementos: a) *Un profuso marco de previsiones legales que regulan las funciones públicas y los servicios;* b) *Un conjunto de principios rectores que vinculan positivamente la administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto, racionalizando y dotando de norte el marco legal y la actividad funcional;* c) *Ejercicio de funciones y servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos, bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, que confirman así la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la Nación*”(pág. 15). La Administración como bien jurídico implica tres elementos, de las cuales se encuentra lo que es el ejercicio de la función pública que posee los sujetos del Estado, pero esta deberá ser ejercida de forma razonable y en concordancia con los parámetros que la ley, asimismo, deberá respetarse la competencia de cada cargo o jerarquía que se encuentra ubicada la función pública.

³⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 16.

vulnera un bien jurídico sino aunado a ello vienen los valores e intereses sociales que son vitales para el desenvolvimiento del ejercicio como es la regularidad, el correcto uso del patrimonio público, la probidad en el desempeño funcional de los funcionarios y servidores públicos, la objetividad e imparcialidad en los procedimientos y decisiones, entre otros.

Además, se tiene que todos estos valores e intereses reflejan la responsabilidad que tiene el funcionario y servidor público con el Estado, porque si acarrea a una acción ilícita, serán susceptibles de sanciones no solo administrativas sino también penales.

En suma, la protección que debe tener el bien jurídico es de acuerdo a la competencia, es decir, las funciones o cargos que desempeñen los sujetos del Estado, porque todos quienes tiene un vínculo laboral con el Estado ejercen diferentes funciones y ello se basa en el cargo y jerarquía que desempeñan. Asimismo, por ejemplo, las Procuradurías de las Municipalidades ejercen una función de cuidado y protección de los bienes del Estado prescindiendo de la autoridad o el gobierno de turno, por lo cual la función administrativa si bien la posee los funcionarios o servidores públicos, ellos deberán responder por sus actos y es el Procurador quien defenderá los intereses del Estado por el perjuicio cometido por cualquier autoridad. Por consiguiente, la base fundamental de un bien jurídico es la Administración Pública transparente y bajo el correcto funcionamiento por parte de quienes conformen la entidad, y es que en ellos recae la responsabilidad de actuar de acuerdo a ley sin la necesidad de cometer delitos corruptos cuyo fin es retroceder y no avanzar.

2.1.4.2. OBJETO JURÍDICO GENÉRICO Y ESPECÍFICO DE LA TUTELA PENAL

Dentro del catálogo que señala el Código Penal respecto a los Delitos contra la Administración Pública encontramos que, en estos delitos especiales, se busca proteger en dos formas, la primera consiste correcto desenvolvimiento de la Administración y el segundo bien

jurídico que se protege es individual, es decir, que cada tipo penal tiene un objeto jurídico específico.

En primer lugar, desarrollaremos el bien jurídico general, para lo cual Fidel ROJAS VARGAS señala que “Al integrar el bien jurídico <administración pública>, diversos valores e intereses en un todo único, es perfectamente admisible hablar en este caso del objeto genérico de la tutela penal, dando a entender de este modo la naturaleza denotativa amplia de la administración pública como bien a proteger jurídico-penalmente. Esto es, el normal o correcto funcionamiento de la administración pública”³¹.

En los delitos contra la Administración Pública se tiene un bien jurídico genérico que abarca a todos los funcionarios y servidores públicos, es decir, el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, si bien cada tipo penal es distinto por sus elementos o características, la imputación requiere que el sujeto este identificado su grado de responsabilidad, por ende, que el autor y cómplice “extraneus” son imputados de manera distinta y que el bien jurídico no sea interpretado genéricamente sino específico, pero cabe mencionar que en los delitos contra la Administración Pública se divide en secciones siendo la tercera que tipifica los delitos contra los funcionarios y servidores públicos, para lo cual es necesario que el Fiscal pueda imputar con seguridad al autor y cómplice.

La Administración Pública en la actualidad viene a constituir un pilar fundamental para la sociedad y el Estado, por ende, su protección frente a cualquier vulneración, con ello el doctrinario Ramiro SALINAS SICCHA nos dice “se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común. La lesión o puesta en peligro de normal correcto

³¹ Ibídem p. 19.

funcionamiento de la administración pública pone en directo peligro la organización misma del Estado (...)"³².

El lesionar o vulnerar el bien jurídico protegido del Estado, implica poner en peligro los intereses y recursos de la administración pública, por ello, frente a estas vulneraciones existe una sanción previstas en el Código Penal, de acuerdo al delito que se haya cometido por el funcionario o servidor público o un ajeno a la Administración Pública "extraneus", teniendo en cuenta que los primeros nombrados tienen deberes de fomento, cuidado y protección frente a cualquier acto que lesione el correcto funcionamiento de la administración pública.

Asimismo, en segundo lugar, se tiene el bien jurídico específico, en la cual cada delito como peculado, malversación de fondos, colusión y otros se protege un distinto bien jurídico.

Para ello el autor Fidel ROJAS VARGAS indica que "A la vez que se está afectando en sentido general a la administración pública, se lesiona o pone en peligro un valor o interés específico, por ejemplo, el patrimonio público en los delitos de peculado y malversación o la dignidad de la función y del funcionario en el desacato, o el principio de imparcialidad y probidad en los delitos de corrupción. Estamos entonces hablando del objeto específico de la tutela penal, o bien jurídico específico"³³, en los delitos de Administración Pública encontramos un bien jurídico genérico que abarca a todos quienes alteren el correcto funcionamiento de la administración pública, pero de ello se desprende que cada tipo penal se establece un bien jurídico específico con el fin de individualizar al autor y cómplice, asimismo si se cumplen los elementos previstos en los tipos penales para una susceptible imputación.

Por otro lado, es importante que el Fiscal deba conocer el bien jurídico general y posterior desarrollar el bien jurídico específico, es decir, que

³² SALINAS SICCHA, Ramiro (2014) Delitos contra la Administración Pública. Tercera Edición. Editora y Librería Jurídica Grijley. Lima – Perú, p. 4 y 5.

³³ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 19.

deberá individualizar y formular una investigación en la cual se determine qué bien jurídico específico se vulneró por el funcionario y servidor público y a su vez concordante con el grado de responsabilidad que tuvo el sujeto activo, pero en estos delitos solo se concibe como autor el funcionario y servidor público, y además la presencia de un cómplice “extraneus”.

SUB CAPÍTULO II

DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En la Administración Pública son los funcionarios y servidores públicos quienes representan al Estado y se encuentran encargados de brindar los servicios para la población, y estando sujetos a diferentes normatividades para su correcto cumplimiento. El quebrantamiento o vulneración de normas administrativas conlleva a que estos trabajadores se encuentren inmersos en un proceso administrativo, siendo este el primer filtro que se encarga de sancionar con el despido, previo procedimiento disciplinario. Asimismo, existe una vía penal ^{última ratio}, en el cual encontramos los Delitos de Infracción de Deber o Delitos contra la Administración Pública que sancionan la conducta ilícita del funcionario o servidor público, con la respectiva sanción que conlleva dicho actuar ilícito.

2.2.1. DEFINICIÓN

El término de “Infracción de deber” fue incluido por Claus Roxin en el Derecho Penal, y este a lo largo de los años ha tomado una mayor relevancia para diferenciar de los demás delitos que se encuentran tipificados en el Código Penal, para comenzar es importante conceptualizar o definir los Delitos de Infracción de deber o también llamados delitos especiales.

Para empezar, el autor Fidel ROJAS VARGAS manifiesta que “los delitos de infracción de deber son llamados así por cuanto en ellos el sujeto activo que comete delito mantiene vinculación con la administración pública, mediante deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal <administración pública>”³⁴, estos delitos se distinguen de los demás a razón que la calidad del sujeto activo es especial, es decir, que sólo los funcionarios o servidores públicos son pasibles de recibir una sanción penal, dado que ellos poseen deberes que se encuentran debidamente reglamentados en diferentes textos de acuerdo al

³⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, (2016) Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Nomos & Thesis EIRL. Primera edición. Lima Perú. p. 72 y 73.

cargo que ocupen, y así poder administrar con lealtad y probidad todo aquello relacionado a la Administración Pública.

Asimismo, José Antonio CARO JOHN nos dice que los delitos de infracción de deber son aquellos “tipos penales que (...) sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, (...). En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública”³⁵, nótese que el autor no conceptualiza o especifica un solo elemento para determinar la autoría, si bien se requiere cierta calidad, esta no basta, dado que lo primordial es que este sujeto posea deberes especiales lo cual distingue frente a cualquier persona, es por ello que recae la existencia de un sujeto conedor de sus funciones en el marco Público.

En otro orden de ideas, Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE indica que “algunos tipos de la Parte Especial del CP, exigen normativamente una determinada calificación especial del sujeto activo, a efectos de ser considerado autor. Se parte de determinadas vinculaciones especiales que tiene el autor con el bien jurídico objeto de tutela, quien asume ciertos deberes en cuanto a la tutela y conservación de los bienes y servicios que brindan las diversas entidades que comprende la Administración Pública”³⁶, como se mencionó desde el comienzo, los delitos de Infracción de Deber también son llamados delitos especiales, a razón que la diferencia recae en el sujeto activo quien este es un funcionario o servidor público y no cualquier persona como pasa en los delitos comunes, pero a la vez, es necesario que la autoría que posee no solo nazca del cargo que ocupa sino también de la relación funcional con el bien jurídico protegido de acuerdo al delito consumado.

³⁵ CARO JOHN José Antonio (En Línea) “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, Disponible https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf (Consulta 22 de julio del 2017).

³⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2011) Derecho Penal – Parte General Tomo I, IDEMSA Importadora y Distribuidora – Editorial Moreno S.A., Tercera Edición, Lima – Perú, págs. 554 y 555. [Javier SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES nos dice que “son delitos especiales propios que solo pueden ser cometidos por denominados “intraneus”, pues sólo ellos poseen ese deber especial; (...) se considera que estos delitos no son de dominio, sino que constituyen delitos de infracción deber, por lo que no puede ser cometidos a título de autor por parte de un particular (extraneus) o de un funcionario no calificado”].

Por otro lado, Claus ROXIN manifiesta “(...) el segundo método se sirve el legislador cuando, más que la cualidad externa de la acción de un sujeto, le interesa tipificar la infracción de determinados deberes que se derivan del papel que el sujeto desempeña en el grupo social. A este segundo grupo le llama ROXIN <delitos consistentes en la infracción de un deber> y su esencia radica, en que lo decisivo es el deber emanado de una normal no penal infringido por el autor del delito”³⁷, en términos generales el Derecho Penal se encarga de sancionar aquellas personas que comentan actos ilícitos y su conducta o acción realizada se subsuma a una norma penal que se encuentra debidamente tipificada en el normativa correspondiente, en este caso si bien el comportamiento ilícito realizado por el funcionario o servidor público va contra la normativa penal, esta debe ir acompañado con el quebrantamiento de un deber en el campo de la Administración Pública muy aparte de una infracción penal.

Para afirmar lo antes mencionado, se tiene a dos grandes doctrinarios y juristas que desarrollan bajo diferentes puntos de vista los Delitos de Infracción de Deber:

2.2.1.1. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER SEGÚN ROXIN

Para Claus ROXIN “el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho”³⁸, como se mencionó anteriormente estos deberes emanan de una relación que tiene la persona con el campo

³⁷ CITADO por MUÑOZ CONDE, Francisco (2007) Introducción al Derecho Penal, Euros Editores S.R.L., Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, págs. 56 y 57. Claus ROXIN indica [“en los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo puede ser autor quien lesione el deber extrapenal, sin que interese en los más mínimo el dominio del suceso externo”].

³⁸ CITADO por CARO JOHN José Antonio (En Línea) “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, Disponible https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf (Consulta 22 de julio del 2017).

administrativo, en este caso, aquellos que pertenezcan a la esfera de la Administración Pública, que sus servicios se encuentren relacionados con el Estado dado que son ellos quienes llevarán un cargo que se complementa con sus funciones y obligaciones frente a la sociedad.

2.2.1.2. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER SEGÚN JAKOBS

Günther JAKOBS señala que “la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor. Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal”³⁹, nótese que el autor para empezar realiza una distinción entre dos teorías conocidas y que han sido una discusión para los juristas respecto a la aplicación para determinar la autoría, complicidad y posterior sanción que tiene dicha responsabilidad.

A su vez, los deberes de materia y competencia que posee cada funcionario o servidor público tienen distinto impacto en su conducta, a razón que las funciones en algunos son de campo abierto y en otros solo obedecen una acción indicada por un cargo mayor a ellos, y que posterior ambas conductas configuran actos ilícitos, por ello es importante el incumplimiento de un deber y no gira en torno a un dominio de la acción.

José Antonio CARO JOHN menciona que JAKOBS tiene dos fundamentos, que son los siguientes:

- “El primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de

³⁹ Ídem.

que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general y el primero que antecede a todos el de no lesionar a los demás en sus bienes (...).

- El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional a los que pertenecen los delitos de infracción de deber. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial⁴⁰.

Ambos postulados para JAKOBS son límites de diferenciación entre un deber jurídico y un deber especial, en su generalidad se busca que la persona no vulnere o quebrante bienes jurídicos protegidos por Estado, siendo la primera <la vida> aquella que viene hacer del prójimo y que nadie puede vulnerar dicho derecho reconocido nacional e internacionalmente y posterior para enfocarnos solo en los delitos de infracción de deber es primordial que el sujeto posea un deber por el cargo que ocupa y por lo tanto esta persona tiene funciones y obligaciones que cumplir para la correcta y transparente Administración del Estado para luego fundamentar una imputación jurídico-penal.

2.2.1.3. TIPO DE DEBER

El deber es una obligación profesional, personal, civil y religiosa que tiene toda persona para consigo mismo y frente a terceros, pero en estos delitos la exigencia de este deber conlleva al fiel cumplimiento de funciones que son encargos que tiene el Estado como representantes frente a la sociedad.

⁴⁰ Ídem. [Javier SANCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES señala que “La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico. En este sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho”].

Para empezar, José Antonio CARO JOHN afirma que “En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como <obligado especial>. La lesión del deber es contemplada en el ámbito de la valoración abstracta y no en el nivel del suceso fáctico del mundo exterior. Con tal de que el autor sea portador de un deber, da lo mismo lo que él domine fácticamente”⁴¹, el deber que tiene el sujeto activo lo configura y determina su autoría frente a una conducta ilícita que contraviene la correcta Administración Pública y por lo cual estaría siendo pasible de una sanción por el incumplimiento, quebrantamiento o violar la obligación específica.

Por otro lado, Tomás GÁLVEZ VILLEGAS y Ricardo ROJAS LEÓN señalan que “el deber especial deberá estar referido directamente a la protección del bien jurídico atacado por el delito, porque de otro modo, será considerado como un particular más y no se le podrá atribuir la calidad de autor”⁴², en los delitos de infracción de deber el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento del Estado en términos generales, pero como se señaló en el anterior capítulo se tiene bienes jurídicos específicos para cada delito y si este sujeto carece de tal deber no podrá calificarse como autor y por lo tanto la conducta o acción no se podrá subsumir en una norma penal dentro de los artículos 382º al 401º del Código Penal.

2.2.2. CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER

Entre las características principales, en esta clase de delitos, se tiene las siguientes:

- a) No admiten la teoría del dominio del hecho para fundamentar la intervención intelectual.-** El profesor Claus ROXIN indica que “en los delitos de infracción de deber, la autoría se encuentra determinada por

⁴¹ Ídem.

⁴² GÁLVEZ VILLEGAS Tomás Aladino y ROJAS LEÓN Ricardo César (2012) Derecho Penal – Parte Especial – Introducción a la Parte General – Tomo I, Jurista Editores E.I.R.L., Primera Edición, Lima – Perú, pág. 245.

la lesión del deber específico al cual se encuentra obligado el autor y no así sobre el dominio del riesgo prohibido”⁴³, para determinar y calificar su autoría se requiere la vulneración o quebrantamiento de un deber que posee por su cargo dentro de la esfera de la Administración Pública, dejando a un lado la teoría de dominio del hecho. Asimismo, dentro de la comisión de estos delitos se presenta la complicidad, que en este caso nos enfocaremos en el “extraneus” teniendo como base la accesoriedad, es decir, su intervención solo es como participe por lo cual la imputación realizada al sujeto será de cómplice, más no de autoría.

b) El deber especial radica en una institución.- El autor Eliu ARISMENDIZ AMAYA señala que “por <institución> se entiende como una <fuente generadora del deber>, esto es, toda aquella categoría social que contiene deberes cualificados que demandan una exigencia superior a la genérica”⁴⁴.

En esta característica, se tiene como principal sustento que, en los delitos especiales, se centra en el origen de un deber, si bien cada funcionario y servidor público posee un deber de acuerdo a la jerarquía que ocupa dentro del Estado, sus deberes son importantes para ambos y por tal su cumplimiento.

Además, PARIONA ARANA nos dice que “surge la necesidad de precisar que la lesión al deber específico, para un sector de la doctrina, fundamenta únicamente la autoría; y el deber especial es un deber de naturaleza penal”⁴⁵, en este caso el autor, señala que solo la autoría recae en aquel sujeto que lesiona un deber que le pertenece y al haberlo vulnerado es pasible de una sanción penal de acuerdo al delito cometido, donde el agraviado es el Estado.

⁴³ GACETA JURIDICA (2016) Actualidad Penal – Proceso Penal – Penitenciario – Criminología – Columna especial respecto a la Autoría y participación en los delitos de infracción del deber, Actualidad Penal N°29, Pacífico Editores S.A.C., Lima-Perú, p. 91.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁵ *Ídem*.

2.2.3. CLASIFICACIÓN

Los delitos de infracción de deber se dividen en delitos de infracción de deber propios y delitos de infracción de deber impropios⁴⁶:

a) **“Los delitos de infracción de deber propios.-** Son los que en sentido estricto definen a un delito de infracción de deber delimitados por características específicas: calificación especial del sujeto activo que mantiene una vinculación con el bien jurídico sobre la base de normas administrativas previas, comportamiento típico pasible de ser cometida solo por estos autores, existencias de infracción de un deber funcional, potenciando por el tipo penal como fundamento para imputar delito y responsabilidad penal.

b) **Los delitos de infracción de deber impropios. -** Son aquellos en los que si bien interviene un funcionario público infringiendo deberes, sin embargo, les falta la segunda característica de los especiales propios, esto es, construyen sobre la base de la conducta de un delito común, vale decir, pasible de ser cometido por cualquier persona”.

Existen diferencias que distinguen estas dos clasificaciones, por ejemplo en el delito de infracción de deber propios se presenta una restricción respecto a los autores del delito en razón que solo los funcionarios y servidores públicos tienen la calidad de sujetos especiales para incurrir en estos actos ilícitos, además la participación de un “extraneus”, es decir, aquella persona que puede ser un funcionario o servidor o en todo caso una empresa debidamente representada por una persona natural. Y en cuanto, al delito de infracción de

⁴⁶ ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit. p. 73 y 74. [los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la Administración Pública, en el ámbito de los artículos 376º al 401º, son en su inmensa mayoría delitos de infracción de deber, (...). Esto significa que cuando el funcionario comete delito de función, lo que hace es infringir, quebrantar o violar deberes a los que él se halla sometido – deberes de función o de servicio – lo que no sucede en los delitos comunes de dominio y control del sujeto activo indeterminado, los cuales por su propia naturaleza no afectan la Administración Pública en vinculación con deberes positivos normatizados que le sean atribuibles al infractor]; [Asimismo, “el quebrantamiento de deberes explica la lógica de los delitos de función. Para acreditar e incluso para apreciar probatoriamente el quebrantamiento de deber es una regla de partida que el analista tenga previamente que verificar cuál es la atribución, cuál es el deber administrativo que el funcionario quebrantó o violó con su comportamiento. Si no se precisa cuál es el deber, no es posible construir la figura del delito”, cuando se tiene identificado a la persona que en este caso es funcionario o servidor, se deberá encontrar cual es deber que transgredió o que allá realizado una función que no le corresponde, para lo cual es importante precisar, para así imputar o acusar a los funcionarios o servidores por los delitos tipificados en el Código Penal].

deber impropio, el autor si bien puede ser un funcionario público, carece del vínculo con el bien jurídico protegido y por lo tanto puede ser cometido por un sujeto que carezca de esta cualidad especial y existe la posibilidad que responda por un delito común.

SUB CAPITULO III

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

En general, en la comisión de un delito, se presenta varios tipos de sujetos activos según el grado de responsabilidad o intervención autoría, autoría mediata, coautoría, instigación, complicidad primaria y secundaria, las cuales se encuentran establecidas entre los artículos 23º al 27º del Código Penal y para llegar a individualizar e imputar el grado de intervención deberá realizarse una investigación y al final el juez sancionará con una pena o medida de seguridad la responsabilidad del sujeto reflejada en la acción típica.

2.3.1. LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN EN SU GENERALIDAD

En primer lugar, dentro del sistema normativo penal peruano se tiene que la autoría y participación se encuentran debidamente reguladas en el Código Penal cuya aplicación es de forma universal para todos los delitos tipificados y legislados en el Perú, por ello es importante diferenciar ambas intervenciones para distinguir la imputación en un delito común o especial.

En este orden de ideas, Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE señala que “el tema de autoría y participación supone una relevancia de primera orden, en cuanto a los criterios que se adopten, repercutirán en el ámbito punitivo, toda vez que nuestro Sistema Penal vigente asume una posición diferenciadora de autor, es de recibo que el autor no puede ser penado con las misma pena del partícipe y, viceversa, por lo que las consecuencias jurídicas de un Derecho penal democrático, debe asegurar que su aplicación (ejecución), sea revestida de los principios rectores del ius puniendi, de legalidad, de proporcionalidad, de lesividad, de culpabilidad y humanidad de las penas”⁴⁷, dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico en el campo penal se tienen dos grandes sujetos y su distinción radica en su responsabilidad frente

⁴⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Ob. Cit., p.523. [Gunther STRATENWERTH refiere que “la necesidad de diferenciar al autor del partícipe se sustenta fundamentalmente en la modulación de la respuesta jurídico-penal, en cuanto respuesta punitiva racional, que debe someterse al principio de proporcionalidad; no puede recibir la misma pena, quien sólo proporciona un dato de mínima relevancia para concreción típica, que aquel que tuvo el dominio fáctico en la ejecución del delito, p.527.]

a la comisión de un delito, es decir, la autoría y participación, pero lo que varía es la pena dado que la conducta o comportamiento de ambos es diferente y por lo tanto la pena del autor debe ser mayor al del cómplice.

Por otro lado, la autoría para Hans WELZEL refiere que “El autor es aquél a quien se le puede imputar un hecho como suyo (...) siendo este concepto bastante lato de autor nos obliga a agregarle cuotas de certeza, así como determinar los criterios para <imputar/atribuir> a una persona determinado acontecimiento como consecuencia de su conducta”⁴⁸, la autoría de una persona nace de su conducta, comportamiento y acción que realiza y esta contraviene la ley penal, en este caso, que vulnera bienes jurídicos protegidos por lo tanto la atribución e imputación no solo debe basarse en su acción sino también en la voluntad o culpabilidad.

En cuanto a la participación, Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA refiere que “La teoría de la participación se ocupa de analizar la contribución del partícipe en la ejecución de un hecho punitivo, puesto que participación quiere decir apoyo en el hecho principal realizado por otro, que es el autor, ya que, por esencia, aquélla ha de relacionarse con una conducta principal”⁴⁹, para la consumación de un delito puede efectuarse con la intervención de una persona o varias y posterior a través de una investigación se comienza a individualizar los grados de participación en la comisión del delito, por lo cual debe existir un autor porque el papel que desempeña dentro del iter criminis es de direccionar a todos para la consumación del delito, y además aparecen los partícipes cuya labor es de ayudar al autor para agotar todos los medios necesarios, rigiendo el principio de accesoriedad, dado que no se concibe la comisión de un delito sin autor y solo el cómplice.

Junto a esto, para Eugenio Raúl ZAFFARONI la complicidad indica que “Por cómplice, la doctrina entiende a la persona que auxilia o coopera dolosamente en la ejecución de un delito con actos posteriores, anteriores o simultáneos. Cómplice será el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la

⁴⁸ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y VV.AA. (2007) Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal, Idemsa, Primera Edición, Lima – Perú <descargado en Word – no se tiene las páginas>.

⁴⁹ PLASCENCIA VILLANUEVA Raúl (2004) Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera Reimpresión – Primera Edición, México – México DF, pág. 218.

realización del hecho, sino sólo favorece o facilita que se realice”⁵⁰, la conducta del cómplice desarrollado en el transcurso del delito para su consumación, solo es de carácter accesorio cuya intervención se basa en asistir al autor para que ejecute la acción ilícita.

2.3.2. REGLAS GENERALES

Se pueden establecen las siguientes reglas generales para los delitos de función recogidos en el Capítulo II de Delitos cometidos por Funcionarios Públicos del Código Penal⁵¹:

- a) “Por regla general, autor del delito de función puede ser solo quien sea funcionario o servidor público desde una perspectiva administrativa o penal.
- b) Sin embargo, y por regla general, no basta ser funcionario o servidor, sino que deberá tratarse de agentes públicos que se hallan ejerciendo las atribuciones del cargo, función, comisión o servicio que por ley o reglamento les corresponde.
- c) En los casos en los que el tipo contemple como sujeto activo únicamente al funcionario público, solo este será autor. Por ejemplo, en el caso del abuso de autoridad (artículo 376º).
- d) No cabe admitir la hipótesis de autoría mediata de un particular o extraneus en el delito especial de función, porque en el particular no concurren las condiciones normativas de funcionario o servidor. Pese a que material u objetivamente el particular instrumentaliza al sujeto público, dicho fenómeno será irrelevante a efectos de considerar al particular o extraneus como autor de delito funcional.
- e) En el ámbito de la participación, el determinador o inductor a la tentativa o consumación de un delito de función puede ser tanto un particular o

⁵⁰ Ibídem, pág. 223.

⁵¹ Citado por ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 100, 101 y 102.

un funcionario (...). Para calificar el título de imputación por determinación, inducción o instigación no se requiere la calidad de funcionario o servidor público.

- f) En el segundo nivel de la participación, el de la complicidad, caracterizada por la contribución al delito mediante aportes que no ejecutan ni consuman el mismo, sino que tan solo contribuyen a su ejecución o consumación, al igual que en la inducción, cualquier persona puede ser cómplice, ya sea otro funcionario o servidor público, como un particular”.

Estas reglas generales definen a modo de síntesis las principales características que se diferencian con los delitos comunes, en razón que argumenta que el sujeto activo tiene una condición especial, y el “extraneus” tiene la condición de cómplice, asimismo se sostiene que el cómplice no necesariamente debe ser funcionario o servidor público sino también puede ser un extraño de la Administración Pública.

2.3.3. LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN: COMPLICIDAD EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En el presente subcapítulo se desarrollará de forma individual cada grado de responsabilidad de los sujetos en la comisión de un delito especial.

2.3.3.1. LA AUTORÍA

La autoría se encuentra en cada tipo penal, pero respecto a los delitos de infracción de deber, el tipo penal exige una cualidad especial, para ser pasible de una imputación, en este caso hacemos referencia al funcionario y servidor público quienes tienen un tratamiento punitivo diferente a los demás porque así lo determina el legislador. En suma, para la determinación judicial de la pena se requiere dicha cualidad por parte del autor para que se configure un delito especial.

Para el autor argentino Enrique BACIGALUPO señala que “los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser

cometidos por un número limitado de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor; se trata de delitos que importan la violación de una norma especial⁵², en el Perú se encuentra tipificado los delitos contra la Administración Pública (Estado), también llamados delitos especiales, donde solo aquel funcionario o servidor público es pasible de una imputación por su estatus especial y el vínculo con sus deberes, por lo que se limita la esfera de personas que puedan accionar estos delitos.

El delito de Infracción de Deber tiene como regla principal, que el sujeto activo (funcionario o servidor público) vulnere alguna norma que se encuentra prescrita en Reglamentos Internos o Manuales Internos de cada entidad pública, donde se enumera las diferentes atribuciones y obligaciones que tiene el alcalde, Gerente Municipal y las distintas áreas donde encontramos funcionarios y servidores públicos, por lo cual se configura el elemento subjetivo con lo mencionado.

Junto a esto, el doctrinario colombiano William Fernando TORRES TOPAGA, como se mencionó “fue Claus ROXIN abanderado de la teoría de dominio del hecho, quien analizando unos delitos de la parte especial, consideró que en unos particulares eventos, para determinar quién era autor del delito, no era importante el dominio que se tuviere sobre el hecho, sino que era establecer en cabeza de quién se encontraba el deber especialísimo de protección del bien jurídico⁵³, el autor en estos delitos es quien infringe un deber funcional que se le otorga a razón que ocupa dentro de la Administración Pública un cargo, y asimismo tenga un vínculo directo con el bien jurídico protegido.

En pocas palabras, Enrique BACIGALUPO afirma “que delitos de infracción de deber son todos aquellos, cuyos autores están obligados

⁵² Citado por NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA Erika (2013) Delitos contra la Administración Pública – Tomo I – Parte General/Parte Especial – Acuerdos y Sentencias Plenarias - Informes y Dictámenes. Ara Editores E.I.R.L. Primera Edición. Lima – Perú, p. 133.

⁵³ TORRES TOPAGA, William Fernando (En Línea) “Autoría en los Delitos de Infracción de Deber”, Disponible file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-AutoriaEnLosDelitosDeInfraccionDeDeber-5319427.pdf (Consulta 22 de julio del 2017).

institucionalmente a un cuidado del bien”⁵⁴, en términos generales el bien jurídico protegido es la correcta administración pública, es decir, que todo funcionario o servidor público tiene la obligación de proteger y actuar con probidad los bienes y dinero bajo su cuidado a fin de evitar sanciones penales y defraudaciones al Estado. Asimismo, José Antonio CARO JOHN indica que “En los delitos de infracción de deber el autor responde sólo por la infracción de un deber especial, independientemente de cómo él organice su conducta, o de cómo él domine el hecho”⁵⁵, en los delitos especiales se aplica para la responsabilidad del autor la teoría de infracción de deber y por lo cual se aparta de la teoría de dominio del hecho.

Asimismo, Javier SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES nos dice que “lo más conveniente es considerar que el intraneus es autor inmediato (no es necesario denominarlo autor mediato) mientras que el sujeto no cualificado (extraneus) es un partícipe. Se fundamenta esta conclusión en el sentido que en el delito especial la violación del deber incumbe al sujeto activo. Entendemos que el dominio del hecho es esencialmente dominio de la acción y no de la voluntad de otro, entonces, dominio del hecho de la infracción de un deber sólo puede tenerlo el sujeto cualificado y no quien carece esta cualidad”⁵⁶, en resumen, la autoría es igual al deber especial que tiene solo el funcionario y servidor público, y respecto a la complicidad recae en un funcionario o servidor, o caso contrario en el “extraneus” quien carece de dicha condición especial.

⁵⁴ BACIGALUPO, Enrique (2004) Derecho Penal – Parte General, Ara Editores E.I.R.L. Primera Edición, Lima – Perú, p. 480. [“en los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es únicamente la infracción de un deber especial que incumbe al agente, con total independencia de si tuvo o no dominio del hecho”, pág.480].

⁵⁵ CARO JOHN José Antonio (En Línea) “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, Disponible https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf (Consulta 22 de julio del 2017). [“En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe. Esto es así porque el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto”].

⁵⁶ Citado por VILLAVIGENCIO TERREROS, Felipe (2007) Derecho Penal – Parte General, Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Primera Edición - Segunda reimpresión, Lima – Perú, p.491.

2.3.3.2. LA PARTICIPACIÓN

La teoría de la accesoriedad viene hacer la participación del sujeto en la comisión del delito, cuya responsabilidad gira en torno a su contribución y ayuda.

Para comenzar, Gonzalo QUINTERO OLIVARES indica que “la tipicidad de los comportamientos realizados por los demás partícipes se construye a partir del hecho típico que realiza el autor principal. La única diferencia real, en los delitos especiales, es que el partícipe no cualificado nunca hubiera podido ser autor principal, lo que no ocurre en los delitos comunes, pero no por eso varía el fundamento del castigo”⁵⁷, en el caso que dentro de la comisión del delito no existe un autor, no cabe la participación dado que el partícipe actúa por dirección del autor principal, en cambio para los delitos especiales se presenta que el partícipe pueda tener el dominio del hecho pero carece del deber especial por lo tanto la sanción solo será por su participación.

Junto a esto, Claus ROXIN indica que “(...) partícipe será aquel que coopera en la realización del hecho y que no infringe el deber especial que se desprende del tipo, de manera que para nada es incompatible si el autor obró o no con dolo, ya que la estructura de la participación, a diferencia de los delitos de dominio, ya no se refiere a la cooperación sin dominio del hecho”⁵⁸, nótese que el jurista señala que es imprescindible si el autor actuó con dolo o sin dolo, basta el infringir un deber especial y el partícipe será aquel “extraneus” que fue favorecido o ayudado a la apropiación de los bienes o dinero que pertenece al Estado.

⁵⁷ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo (2007) Parte General del Derecho Penal, Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Tarragona – España, p.639.

⁵⁸ CITADO por TORRES TOPAGA, William Fernando (En Línea) “Autoría en los Delitos de Infracción de Deber, Disponible file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-AutoriaEnLosDelitosDeInfraccionDeDeber-5319427.pdf (Consulta 22 de julio del 2017).

2.3.3.3. COMPLICIDAD PRIMARIA Y SECUNDARIA

El Ordenamiento Jurídico Peruano respecto al campo penal considera dos tipos de participaciones las cuales son la primaria y secundaria, se encuentran prescritas en el artículo 25 del Código Penal, cuya diferencia gira en el accionar de ambos sujetos para determinar la pena.

Para David ROSALES ARTICA señala que “Derecho Penal peruano (artículo 25) y así también en el español (artículos 28 literal b y 29) legalmente se reconoce la existencia no de una, sino de dos formas de complicidad, diferenciándose ambas por un criterio netamente **cuantitativo**, a saber, el nivel de relevancia del aporte del cómplice para incrementar las posibilidades de materialización del suceso en el cual interviene y también por uno de corte **cuantitativo**, pues el cómplice primario, a pesar de ser un mero partícipe en un <hecho ajeno>, será castigado con la misma pena destinada o prevista para el autor; mientras que el secundario verá disminuido prudencialmente su sanción penal”⁵⁹, ambas complicidades se encuentran debidamente reguladas en el Código Penal donde se establece quien es cómplice primario y secundario dentro de la comisión de un delito obteniendo una conceptualización al momento de la imputación por parte del fiscal y la pena que se le impondrá por la autoridad judicial respectiva.

En cuanto a los delitos de infracción de deber, el autor Ramiro SALINAS SICCHA nos menciona sobre una complicidad única, la se desprende que “para la teoría de infracción de deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública, que comete un sujeto público con deber especial penal, será cómplice. Según la teoría de infracción del deber la complicidad también es única”⁶⁰, la teoría más utilizada por la mayoría de los jueces es la de teoría de dominio del hecho cuya

⁵⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R y VV.AA. Estudios Críticos de Derecho Penal Peruano. Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima – Perú. págs. 181 y 182.

⁶⁰ GACETA JURIDICA (2016) Actualidad Penal – Proceso Penal – Penitenciario – Criminología – Columna especial respecto a la Autoría y participación en los delitos de infracción del deber, Actualidad Penal N°29, Pacífico Editores S.A.C., Lima-Perú, p. 45.

aplicación se basa en los delitos comunes como robo, homicidio, entre otros. A su vez, existe la teoría de la infracción de deber cuya aplicación son para los delitos especiales que viene hacer los delitos contra la Administración Pública, donde el sujeto activo tiene una calidad distinta a los demás.

Esta última teoría se basa en que el funcionario o servidor público infringe un deber que se encuentra establecido en normas internas de las entidades públicas que representa al Estado, por lo cual se configura los delitos contra la Administración Pública.

Siguiendo al mismo autor, nos dice que “la diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito. (...) En el artículo 25 del Código Penal establece que al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor, y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena, no debe obviarse que este artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho”⁶¹, si bien este artículo es aplicado para los delitos comunes, cuando nos referimos a delitos especiales es un tratamiento diferente al anterior, donde se deberá aplicar al cómplice una pena menor al del autor y no lo mismo para ambos, considerando que el cómplice, en este caso “extraneus” no infringe un deber especial de carácter administrativo, pero el autor si deberá responder con una pena superior.

En resumen, la pena para el cómplice será menor a la impuesta al autor cumpliendo los lineamientos del principio de proporcionalidad y culpabilidad, teniendo en cuenta que este funcionario posee un poder-mando y el servidor cumple una función de apoyo y deberán proteger los bienes jurídicos del Estado y que en general es el correcto y normal desenvolvimiento de la Administración Pública.

⁶¹ Ídem.

2.3.4. EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

El “extraneus” cumple un rol diferente, es decir, su grado de participación es de cómplice asumiendo que este sujeto no quebranta un deber o no tiene un vínculo directo con el bien jurídico protegido, por lo cual la acción que desarrollo solo será calificada como de participación en este caso de complicidad.

Para comenzar, Fidel ROJAS VARGAS manifiesta que “la calificación de los aportes desarrollados por el extraneus en la generación de un delito de función cometido por funcionario o servidor público solo será a título de partícipe cómplice o partícipe instigador, dependiendo de cuál sea la naturaleza de su contribución en el delito”⁶², en este caso el autor señala que el papel que ocupa el “extraneus” dentro de un acto ilícito de función solo tendrá la calidad de cómplice independientemente si es primario o secundario.

Para el profesor José Antonio CARO JOHN manifiesta que “según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás intraneus es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice. Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el intraneus (el obligado) puede fundamentar la autoría”⁶³. El intraneus es el único que puede ser autor de los delitos de infracción de deber, en razón que es quien tiene un vínculo con el bien jurídico de forma directa.

La complicidad en estos delitos se basa en que los “extraneus” son sujetos que, al no contar con el deber especial, no son pasibles de ser calificados como autores de los delitos de infracción de deber.

Asimismo, Hans WELZEL nos dice que “en el caso de los delitos especiales propios, el extraneus podrá ser considerado partícipe, siempre y cuando el hecho sea obra de una infracción del deber del intraneus, deber que se basa

⁶² Citado por ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 35.

⁶³ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. p. 16. [el autor Raúl PARIONA ARANA señala que “se concluye que el intraneus es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica a través de otro, infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el dominio del hecho, el extraneus es solo un cómplice, él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo”].

en la función de naturaleza institucional que no puede ser contravenida por obra del particular, de tal suerte que si se sigue la unidad en el título de la imputación, la intervención será constitutiva de complicidad (primaria o secundaria)⁶⁴, para la calificación del partícipe es necesario la existencia de la autoría, es decir, del “intraeus” que infrinja el deber especial para luego el cómplice sea considerado como un “extraneus” y así poder atribuirle las responsabilidades a cada uno y posterior el juez determine la pena judicial para ambos.

Por otro lado, Claus ROXIN refiere “El agente ha lesionado el bien jurídico contenido en el tipo a través de la infracción del deber especial extrapenal a cuya observancia estaba obligado. En cambio, el *extraneus* es solamente un cómplice del autor, pues, aunque tiene el dominio sobre la acción y según las reglas del domino del hecho sería autor; sin embargo, no tiene ningún deber especial⁶⁵, esta opinión refuerza lo antes señalado, en cuanto al “extraneus” siendo una persona ajena a la Administración Pública no tiene deber o vínculo con el Estado, y que definitivamente su participación será de cómplice siendo la pena un punto de discusión.

El profesor Manuel ABANTO VASQUEZ indica que “en forma atinada enseña que si se requiere respetar el principio de proporcionalidad, también deben tenerse en cuenta las diferencias de injusto (atenuado) de las distintas conductas que pueda ejecutar el partícipe extraneus al momento de participar en la comisión de un delito especial⁶⁶, un “extraneus” dentro de la Administración Pública tiene la calidad de cómplice, es decir, su intervención es de coadyuvar a que se consuma el delito o llegue al grado de tentativa junto al autor, por lo cual es necesario que se determine dicha condición. Este cómplice es ajeno a la esfera de administración pública, es decir, que no tiene vínculo alguno con el Estado por lo cual es llamado <extraño>.

⁶⁴ Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Ob. Cit., p.587.

⁶⁵ CITADO por PARIONA ARANA Raúl (En Línea) La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber – Fundamentos y consecuencias, Derecho Penal Parte General, Gaceta Penal 2011, Disponible http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3267_3._delitos_de_infraccion_de_deber___parion a.pdf (Consulta 22 de julio del 2017).

⁶⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel (2014) Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública, Editora Grijley, Lima – Perú, p. 405.

En los delitos especiales es necesario que se determine dicha participación porque si no se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad, por el hecho que se estaría sancionando a un cómplice con la misma o similar pena que la del autor basándose en la teoría del dominio del hecho ya que viene siendo una controversia a nivel nacional sobre la posición que deben tomar los jueces, pero en estos delitos se debe aplicar la teoría de infracción de deber dado que son delitos distintos y requieren un tratamiento diferente.

En suma, según Hugo CANEVARO y Vladimir CHICANA manifiestan que “lo que se discute es cómo deben aplicar las reglas de la autoría y la participación en estos delitos especiales, cuando participan en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal como otros que no la poseen. En esta participación de extraneus, la que genera una serie de controversias sobre el título de imputación que este debe tener, lo cual se reflejará también, en algunos casos, en el título de imputación del intraneus”⁶⁷, como menciona el autor, una vez identificado al “extraneus”, se aplicará la regla que corresponda, pero es allí donde se presenta una controversia dado que existen dos grandes teorías que son: ruptura de imputación y unidad del título de imputación que son aplicadas en los delitos de corrupción de funcionarios.

El “extraneus” no puede ser autor de los Delitos contra la Administración Pública, en razón que su intervención solo es de contribución para la ejecución del delito. Cabe mencionar que el funcionario o servidor público pueda ser cómplice y pasible de una sanción, pero en la presente investigación nos enfocaremos en el extraño, es decir, aquel sujeto que no tiene vínculo laboral con el Estado y por lo tanto no posee deberes preexistentes, en ambos casos, se configura la complicidad, más no la autoría. Al momento de identificar al “intraneus” y “extraneus” lo que sigue es aplicar el tipo penal y con sujeción a la pena correspondiente, en estos casos se presenta todo un debate respecto a la imputación que debe establecerse al “extraneus”, es decir, si debe responder con el mismo delito del autor y con ello conlleva la pena, teniendo en cuenta que no infringe deberes y no tienen

⁶⁷ Citado por HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016) Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial el Búho E.I.R.L. – Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima-Perú, p. 259.

vínculo directo con el bien jurídico, o la otra que es imputar un delito conexo al delito principal de función, estas son las siguientes teorías:

2.3.4.1. LA TESIS DE LA AUTONOMÍA O DE LA RUPTURA DEL TÍTULO

DE IMPUTACIÓN: El autor Felipe VILLAVICENCIO TERREROS nos dice que “según esta teoría, el “extraneus” ajeno a la administración pública, al carecer de las condiciones de funcionario o servidor público y al no estar vinculado con dicha administración por deberes de aseguramiento no puede ser imputado por delito de función a título de complicidad, dado que al tratarse de delitos de infracción de deber funcional, el ámbito de autores y cómplices debe circunscribirse a quienes posean dichos deberes ya en grado de vinculación estricta ya en grado de roles generales en relación a la administración pública”⁶⁸, mediante esta tesis se quiere romper la imputación a favor del cómplice, en razón que al no tener un vínculo laboral con la esfera de la Administración Pública, es decir, no tiene cargo alguno por lo tanto no existe obligación o funciones de cumplimiento por parte del “extraneus” todo ello indica que deberá responder por un delito común.

Junto a esto, Tomás GÁLVEZ VILLEGAS y Ricardo ROJAS LEÓN indican que esta teoría “están referidos exclusivamente a los intraneus, por lo que de participar un extraneus, este responderá solo por el delito común homologable, subyacente o subsidiario del delito especial (...) genera impunidad para los extraneus que participan en los delitos especiales propios, puesto que estos delitos no tiene su equivalente común o delito homólogo, como sí lo tienen los delitos especiales impropios, y por tanto, no se los podrá comprender en el delito especial ni en delito común alguno”⁶⁹, ello viene hacer algo positivo para el cómplice, dado que en algunos delitos especiales carece de un delito común por lo cual se llega a la conclusión que este cómplice no puede imputarse otro delito por razones jurídicas y crea espacios de impunidad para este sujeto.

⁶⁸ Citado por ROJAS VARGAS, Fidel, (2007), págs. 196.

⁶⁹ GÁLVEZ VILLEGAS Tomás Aladino y ROJAS LEÓN Ricardo César, Ob. Cit., pág. 247.

Por lo tanto, esto comienza a formarse como un precedente y los abogados de dicho cómplice argumentan estas decisiones, un claro ejemplo es la Casación N°782-2015 del Santa en el cual recoge la tesis de la ruptura de imputación y se procede a la absolución del cómplice, dado que al no cumplir el status de quebrantar un deber por ser un “extraneus” no se le puede sancionar bajo un conducta basada en un delito especial, a todo ello es que podemos señalar que esta Casación permite que se originen impunidad a los partícipes y no recibir la sanción que corresponde.

Como se mencionó, la complicidad tiene dos categorías una que viene hacer la primaria cuya participación es necesaria para consumir o llegar a la tentativa del delito, y la secundaria son aportes que pueda permitir al autor a consumir el delito, siendo imprescindible su intervención a razón que de igual manera se puede ejecutar el acto ilícito. A la vez, esta tesis sostiene que por el simple hecho que el cómplice no posee deberes de protección o aseguramiento a los bienes jurídicos protegidos, no es imputado por un delito contra la Administración Pública.

Asimismo, Felipe VILLAVICENCIO TERREROS nos dice que “Según esta perspectiva de análisis cada quien debe responder por la naturaleza de sus contribuciones al delito; contribuciones de autoría que son diferentes a las de complicidad o participación; por lo mismo las contribuciones de autoría deben ser imputados a título del delito especial (peculado, colusión defraudatoria, abuso de autoridad), las de complicidad a título de un delito común (hurto o apropiación ilícita, estafa, coacciones); dado que el cómplice domina también la realización de su propio aporte; no siéndole comunicables las calidades personales del injusto del autor vinculado (artículo 26 del Código penal)”⁷⁰, el grado de participación que tuvo el autor y cómplice en cualquier delito establecido en el Código Penal, deberán responder por la el grado de intervención en la comisión del delito, lo cual es correcto lo mencionado por el tratadista en razón que la naturaleza de

⁷⁰ Ídem.

sus contribuciones claramente son distintas y que imputar a los sujetos con el mismo grado de participación, se estaría vulnerando derechos y apartándose del principio de legalidad, donde se requiere la individualización de cada sujeto y establecer si es autor o cómplice.

A su vez, no podemos imputar al autor y cómplice con diferentes delitos porque como se mencionó anteriormente ello acarrea a consecuencia como la impunidad y tratándose de esta clase de delitos que requieren la sanción severa de acuerdo a ley siendo la corrupción un flagelo que ha impedido al país un correcto desarrollo, donde los únicos perjudicados son la sociedad al no brindar los servicios de primera necesidad por la corrupción. Además, bajo la teoría de infracción de deber, todo sujeto que participe en la comisión de un delito contra la Administración Pública deberá responder por el mismo delito, sin la necesidad de distinguir si es o no funcionario o servidor público, reforzando lo señalado por Ramiro Salinas Siccha respecto a la complicidad única.

Por otro lado, que mediante Acuerdo Plenario N°3-2016/CJ-116 de fecha 12 de junio del 2017, cuyo asunto es “La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”, se deja en claro que el artículo 26 del Código Penal no significa que el “extraneus” deba responder por un delito común tal como lo indica la Casación N°782-2015 del Santa que evidencia la aplicación de la teoría de ruptura de imputación, dado que el autor o participe de un mismo hecho punible se le atribuye el mismo título de imputación, asimismo “extraneus” deberá responder por el mismo delito pero a título de cómplice.

- 2.3.4.2. LA TESIS DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN:** Para el autor Fidel ROJAS VARGAS señala que es aquella en donde “el cambio parte de la idea central de que todos quienes concurren a la comisión del delito especial, con diferente naturaleza en sus aportes sea en calidad de autores - coautores o partícipes (determinadores y cómplices) responden por el mismo delito a título de autores o

partícipes, sin necesidad de que se tenga que fracturar la imputación en dos delitos distintos, uno especial para los autores vinculados, otro común para los partícipes extraneus. Ello supera el problema de la doble calificación por un mismo hecho, impide búsquedas erráticas y elimina la sombra de la impunidad⁷¹, la referente tesis viene hacer todo lo contrario a la anterior, dado que la imputación tanto para el autor y cómplice será por los delitos contra la Administración Pública, dejando a un lado a una doble imputación, es decir, que el cómplice no responderá por un delito común.

Sustentando la complicidad única esta tiene como significado que el “extraneus” deberá responder con el tipo penal respecto a los delitos de infracción de deber, sin la necesidad de distinguir si posee o no un deber jurídico y tampoco ser calificado por diferentes delitos para así eliminar cualquier la impunidad. Si bien el autor y cómplice al momento del desarrollo del delito su conducta es distinta como su contribución, ello no implica que bajo la teoría de infracción de deber sean calificados sus conductas de distintas maneras, por lo cual esta tesis refuerza el hecho de que sin importar la concurrencia de los sujetos en el acto delictivo y que sus aportes fuesen distintos, no se configura una doble imputación sino más bien todos deberán responder con el mismo delito, y es en la pena que deberá ser proporcional.

Por otro lado, Manuel ABANTO VÁSQUEZ refiere que “respecto a la aplicación de la pena, conforme al artículo 25º del Código Penal, le correspondería la misma pena que al intraneus, no obstante, como quiera no ha infringido deber especial alguno, el reproche penal exigido no puede ser el mismo (...) el juzgador deberá aplicar una pena al partícipe dentro de los límites de la pena conminada pero siempre por debajo de la pena que le corresponda al autor⁷², dentro de la normativa penal como menciona el jurista, la pena que deberá recaer al cómplice es la misma que del autor, pero al tratar de delitos contra la Administración Pública deberá aplicarse la teoría de infracción de

⁷¹ Ibídem p. 198.

⁷² CITADO por GÁLVEZ VILLEGAS Tomás Aladino y ROJAS LEÓN Ricardo César, Ob. Cit., pág. 248.

deber por la distinción del autor y del cómplice, es por ello que la pena para el último será menor que del funcionario o servidor público, si bien cada tipo penal tiene la respectiva pena conminada está igual sería elevada para el “extraneus” por lo cual en la presente investigación no se quiere impunidad sino una sanción razonable, justa y proporcional.

Asimismo, Fidel ROJAS VARGAS señala que la presente teoría “fundamenta en la tesis de la accesoriedad limitada de la participación que contemplan varios de los códigos penales occidentales, entre ellos el alemán, español y peruano. (...) Pese a lo excesivo de sus consecuencias que suponen la aplicación de inhabilitaciones a los extraneus y los efectos de rotulación que implican en la actualidad los delitos de infracción de deber. Tesis que si bien aceptada mayoritariamente debe merecer la debida ponderación por parte del Magistrado a fin de tomar en cuenta que no es lo mismo el injusto del intranei que del extraneus en un delito de función, y por lo tanto la individualización de pena de este último debe ser marcadamente inferior a la del sujeto vinculado”⁷³, esta tesis es asumida de forma mayoritaria en nuestra legislación nacional, donde se basa en la accesoriedad y que ello implica que tanto el “intraneus” como el “extraneus” serán imputados con un mismo delito de infracción de deber, y deja a un lado la impunidad.

Además, la sanción que se le impondrá al “extraneus” deberá ser proporcional, es así que se plantea esta tesis porque si bien bajo esta teoría se le imputa tanto al autor y cómplice con el mismo delito ello no implica que la sanción deba ser la misma, y que los jueces no pueden basarse en lo establecido en el artículo 25º Código penal dado que se interpreta y aplica para los delitos comunes, asimismo se sustenta bajo la teoría de dominio de hecho y que entendiendo que los delitos contra la Administración Pública se aplica la teoría de infracción de deber y además la complicidad única. Por lo tanto, los jueces a través del control difuso aquella facultad que les confiere la Constitución podrá aplicar de manera correcta la sanción respetando el principio de

⁷³ Ídem.

proporcionalidad a través del análisis y evaluación sin vulnerar derechos que tiene todo sujeto inmerso en un proceso penal y tampoco el principio de legalidad.

A su vez, cabe mencionar que dentro del artículo 25 de Código Penal se adiciono un tercer párrafo por el artículo 2º Del Decreto Legislativo 1361 que expresamente señala “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”, mediante esta adición algunos doctrinarios refieren que el tercer párrafo refleja la aplicación de la teoría de unidad del título de imputación dejando a un lado vacíos de impunidad por la otra teoría. Aunado a ello, es importante señalar que el particular “extraneus” deberá responder por la misma imputación respecto al delito, pero muy aparte es la pena, dado que sigue siendo elevada, igual o similar al del autor sin poseer un estatus especial y vínculo general con el deber.

2.3.4.3. LA TEORÍA DE LA <INFRACCIÓN DEL DEBER> la propone Claus ROXIN en donde explica “que existirían dos grupos de delitos: los <delitos de dominio>, en las cuales el tipo penal exigiría del autor un <dominio del hecho>, y los <delitos de infracción de deber>, en los cuales el tipo penal solamente exigiría la <infracción> de un deber especial en el autor. Luego, en los delitos especiales se trataría precisamente de este último grupo de delitos, motivo por el cual debiera bastar con la <infracción del deber> para admitir la autoría, sería totalmente prescindible el <dominio del hecho>”⁷⁴.

Esta tesis se basa en la infracción de un deber especial del sujeto activo y que solo ellos son pasibles de imputar un delito especial, y en el caso de presentarse varios sujetos en la comisión del delito, deberá determinarse el grado de responsabilidad de cada uno de ellos, y

⁷⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel, (En línea) El tratamiento penal de los Delitos contra la Administración Pública, Trabajo que se descarga en forma directa en Word, Disponible http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ivTdWmCXKYJ:www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clink&gl=pe (Consulta 21 de octubre 2016).

establecer autores y cómplices a fin de no vulnerar el principio de proporcionalidad con penas elevadas.

Además, Manuel ABANTO VÁSQUEZ nos dice que la teoría de infracción de deber "(...) el tipo penal solamente exigiría la <infracción> de un <deber especial> en el autor (...) motivo por el cual debiera bastar para admitir la autoría"⁷⁵, como se mencionó anteriormente en los delitos especiales el funcionario o servidor público es autor por el solo hecho de poseer un deber, por lo cual el "extraneus" al carecer dicha cualidad solo responderá como cómplice.

La teoría presenta dos variantes, la primera es la teoría de los delitos de infracción de un deber extrapenal cuyo autor es Roxin y la segunda es la teoría de los delitos de infracción de un deber institucional por Jakobs y Sánchez – Vera Gómez – Trelles, para lo cual debemos conceptualizar ambas variables:

2.3.4.3.1. Teoría de los delitos de infracción de un deber extrapenal:

Aquella teoría planteada por Claus ROXIN en la cual señala "estos delitos tienen a la infracción de deber extrapenal como fundamento configurador de la autoría, por tanto, no alcanza a los sujetos implicados en la realización del delito que no infringe un deber extrapenal. (...) En donde su fundamento para determinar la autoría se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas"⁷⁶, esta teoría fundamenta la razón por la cuales se imputa como autor a los funcionarios y

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ GACETA JURIDICA (2016) Actualidad Penal – Proceso Penal – Penitenciario – Criminología – Columna especial respecto a la Autoría y participación en los delitos de infracción del deber, Actualidad Penal N°29, Pacífico Editores S.A.C., Lima-Perú, p. 53. [Roxin indica que "la autoría en estos delitos no está caracterizada en primera línea por una acción, sino por la lesión de un deber especial que no recae en cualquiera. Sin embargo, aclara que: i) la infracción del deber es solo fundamento de la autoría, pero, ii) el fundamento de la imputación jurídico – penal se encuentra en la lesión del bien jurídico"⁷⁶, en este caso la conducta desplegada por el sujeto activo se desenvuelve bajo dos formas, de la cual se tiene que bajo la teoría de infracción de deber se determina el grado de participación de los sujetos y que la imputación realizada por el fiscal se basara en el vínculo con el bien jurídico vulnerado y con ello la lesión que se ocasiona].

servidores públicos que forman parte de la esfera de la Administración Pública.

En el campo administrativo se sanciona conductas que contravengan el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y ello se refleja en las sanciones en concordancia al cargo que desempeñaban, pero las consecuencias pueden llegar hasta el despido que es un acto unilateral ejercida por el empleador, pero en el campo penal se requiere que el autor tenga un deber que se refleja en sus obligaciones y funciones plasmadas en reglamentos internos de la institución, en la cual posee al asumir el cargo frente al Estado y sociedad,

Siguiendo al mismo autor, considera que solucionando toda impunidad, se establece que “i) el autor – intraneus – responde como autor mediato en virtud de que infraccionó su deber previsto en una normativa extrapenal valiéndose de otro, sin ser relevante si tuvo o no el dominio de la situación, ii) también responderá el extraneus como cómplice, nunca como autor, porque no infraccionó ningún deber extrapenal, pues no está vinculado a ninguno: el dominio del hecho no determina la intervención como autoría, pues lo determinante será siempre la infracción de un deber extrapenal”⁷⁷, queda claro que el intraneus solo responde como autor en los delitos de infracción de deber dado que solo un funcionario o servidor público puede ser autor de estos delitos y en cambio, el “extraneus” deberá responder como cómplice sin la necesidad de distinguir si es primario o secundario, en razón que solo existe la complicidad única, y que al no tener vínculo con la Administración Pública no posee deber alguno siendo determinante para la imputación a título de cómplice.

Cabe mencionar, respecto a la presente teoría de un deber extrapenal en la actualidad ha sido abandonada por Claus Roxin

⁷⁷ Ídem.

dado que nos plantea sobre un deber social que nace por la posición de garante o de poder que tiene el funcionario y servidor público, dando lugar a no solamente buscar en el MOF, ROF o reglamentos internos deberes para encontrar una imputación individual.

2.3.4.3.2. Teoría de los delitos de infracción de un deber institucional:

el autor Gunther JAKOBS señala que “los delitos de infracción de deber denominados <responsabilidad en virtud de competencia institucional>, se fundamenta en un deber jurídico que tiene su razón estricta en instituciones positivas. Se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera (...) esta institución se caracteriza por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que preexiste con anterioridad al hecho”⁷⁸.

El funcionario y servidor público posee el deber cuando asume los cargos en cualquier entidad que pertenezca al Estado y que ese vínculo laboral determina la calificación en calidad de autor en los delitos contra la Administración Pública. Al momento de imputar el fiscal deberá analizar si es funcionario o servidor público y si tiene vínculo con el bien jurídico vulnerado para así proceder con la formalización de una investigación dado que es un requisito prescindible para continuar con la investigación para así el juez proceda con la sanción tipificada en la pena conminada del tipo penal.

Además, Nelson SALAZAR SANCHEZ indica que “Gunther JAKOBS sostiene que, en cuanto al deber institucional, afirma que los deberes a los que se refieren los delitos de infracción de deber son altamente personales y se constituyen por medio de un acto especial (...) en donde solo importa la infracción del

⁷⁸ GACETA JURIDICA (2016) Actualidad Penal – Proceso Penal – Penitenciario – Criminología. Ob. Cit. p.55

deber positivo, independientemente de la forma fáctica de cómo se realice, pues si la vinculación normativa es directa, directa también es la infracción de las instituciones. Por tanto, el intraneus responderá como autor inmediato en razón de la infracción directa de las instituciones positivas⁷⁹.

En la referente teoría basta con la infracción de un deber establecido en cualquier normativa interna de la institución para proceder con la investigación, constituyendo que el acto desarrollado por el intraneus se basa netamente en dicha infracción e independientemente de los hechos suscitados, cabe mencionar que en los delitos de infracción de deber solo se configura la autoría sin la necesidad de calificarlo como otra clase de autor.

Junto a esto, Percy GARCÍA CAVERO concluye que “en relación a la cuestión de la pena a imponerse al partícipe extraneus de un delito especial, debe solucionarse en función de las estructuras de imputación penal que informan el delito (...)”⁸⁰, nótese que el autor menciona que la pena es una problemática que deriva solamente cuando estamos frente a un delito especial, dado que el “extraneus” al no contar con el deber específico y tampoco el vínculo directo con el bien jurídico protegido, es por ello que la pena deberá ser impuesta de forma razonable y justa sin vulnerar el principio de proporcionalidad, pero sin la necesidad de aplicar la teoría de la ruptura de la imputación porque estaríamos frente a la impunidad del “extraneus”.

En definitiva, dentro de la legislación peruana, predomina la teoría de <unidad del título de imputación>, en donde reconoce que tanto el autor y cómplice deberán responder por el mismo delito, teniendo en cuenta que no es funcionario y servidor público, claramente es la teoría

⁷⁹ Ibídem p. 55 y 56.

⁸⁰ GARCÍA CAVERO, Percy (En Línea) La pena del partícipe extraneus en los Delitos Especiales, forma parte de la Reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú, publicado en el Anuario de Derecho Penal 2009, Disponible http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_05.pdf (Consulta 23 de octubre 2016).

de accesoriedad que domina al momento de determinar la imputación al cómplice. A su vez, el hecho de imputar con el mismo delito no significa que el “extraneus” deberá responder con la misma pena, dado que bajo el principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad deberá cumplirse con los estándares exigidos por el tipo penal en razón que el “extraneus” será sancionado con un pena justa y razonable, para lo cual los jueces con el uso del control difuso podrán realizar una debida ponderación de acuerdo a la gravedad de su conducta en la comisión del delito y demás características que no posee, sin la necesidad de vulnerar derechos y aplicar sanciones desproporcionales.

SUB CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La legalidad es expresión de ley, y que constituye en el Ordenamiento Jurídico Peruano base fundamental para el campo penal y con reconocimiento de la Constitución Política del Perú, asimismo se encuentre establecida en el Código Penal cuya función principal es que el hecho ilícito será punible si la conducta fue realizada cuando estuvo vigente la norma penal.

Para el autor José URQUIZO OLAECHEA nos dice “En un Estado de derecho donde impera el sistema romano germánico, el principio de legalidad constituye, si no el más, uno de los pilares o piedra angular más importante del Derecho en general y del Derecho Penal en particular”⁸¹, el principio de legalidad teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico prima la ley, por ende este principio predomina de las demás fuentes al momento de resolver un caso por parte del Juez, reconocido constitucionalmente y en el campo penal es pieza fundamental para que el hecho ilícito sea sancionado, para ello es importante la existencia de su tipificación.

Asimismo, Claus ROXIN afirma que el principio de legalidad exige “que el Estado proteja al individuo y a la sociedad no solamente con el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”⁸², es decir, que el Derecho Penal debe tener un objeto preventivo en la cual se cumpla con las sanciones establecidas en cada tipo penal. Para lo cual José URQUIZO OLAECHEA nos dice que “Esto significa que el principio de legalidad obliga al Estado, por un lado, a preocuparse por disponer de los medios o instrumentos más eficaces para prevenir el delito y, por otro, a encontrar dentro del ordenamiento jurídico, límites a su actividad punitiva”⁸³, como mencione anteriormente, el principio de legalidad tiene como eje principal el

⁸¹ VV.AA. Código Penal Comentado – Tomo I- Título Preliminar y Parte General, 1era Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima-Perú, 2004, pág. 40.

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem. [José URQUIZO OLAECHEA refiere que “Es en el Derecho Penal donde el principio de legalidad cobra superlativa importancia (...). No cabe la aplicación del Derecho Penal, si no es para restringir, mediante sus mecanismos o instrumentos, bienes jurídicos elementales de los ciudadanos, sobre quienes actúa su fuerza coercitiva (...). Esto implica que solamente se van a restringir las libertades individuales de los ciudadanos mediante la aplicación de una pena cuando una ley así lo establezca en forma previa, expresa, clara, inequívoca e indubitable.]

cumplimiento por parte del Juez al momento de emitir una sentencia, que significa ceñirse a la pena conminada prescrita en cada tipo penal.

A su vez, Enrique BACIGALUPO menciona que “el principio de legalidad aparece básicamente como una consecuencia del principio de culpabilidad, que, además garantiza la objetividad del juicio de los tribunales, pues sólo con la distancia que da una ley previa es posible un enjuiciamiento objetivo de los hechos”⁸⁴.

El principio de legalidad en el Derecho Penal tiene una mayor relevancia dado que una de las principales funciones que tiene este principio es el fiel cumplimiento de la norma prescrita en el Código Penal, para ello el sujeto activo debe realizar el hecho voluntariamente y tener plena conciencia que sus acciones son ilícitas. Posterior, será pasible de una investigación donde su conducta se subsuma a una norma penal previa y la vulneración del bien jurídico protegido, para que el Juez pueda determinar el grado de responsabilidad y dictar sentencia, todo bajo el principio de legalidad.

Por otra parte, el marco que debe existir respecto a lo legal y razonable frente a lo arbitrario, en el Perú siendo una país democrático nos enfocamos netamente en garantizar los derechos de todo ciudadano que este siendo procesado por cualquier delito para así no incurrir en formas abusivas de poder como sucede en países autoritarios, donde si bien nuestro Código Penal actual es garantista, ello no significa que el investigado, imputado, acusado y culpable no deba responder por el delito cometido, pero para ello se requiere el respeto al debido proceso y aquellos derechos que tiene toda persona.

Por último, Franz von LISZT indica que “el principio de legalidad es la <MAGNA CHARTA del delincuente, (...) en un Estado democrático de Derecho el Juez nunca tiene ante sí un delincuente, sino a un ciudadano que está amparado por el derecho de presunción de inocencia y que es el destinatario de la protección del principio de legalidad, (...) y toda restricción de su contenido afectará esencialmente derechos fundamentales”⁸⁵, en este caso el autor hace referencia

⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique, Ob. Cit., p. 103.

⁸⁵ Citado por BACIGALUPO, Enrique, Ob. Cit., p. 103. [Enrique BACIGALUPO nos dice que “se establece que los jueces no pueden decidir sin un fundamento legal sobre la punibilidad o no de una conducta; por otro que deben aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado de esta aplicación (...) si lo que quiere decir es que

que el delincuente es una persona y que como ciudadano tiene derechos reconocidos nacional e internacionalmente y que requieren su protección en el campo penal dado que al final se restringe el derecho a la libertad por ende durante el proceso penal tiene derechos como a la defensa, presunción de inocencia y entre ellos la legalidad.

2.4.1. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO

La norma penal no solo debe ser eficaz o estar en vigencia sino también debe ser justa, es decir, que debe contener valores para su aplicación a los sujetos involucrados en la comisión de un delito.

Para el autor Heinrich HENKEL, refiere que “Una de las principales características del principio de legalidad es la de orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si se la entiende como un valor y fin del orden jurídico referidos a la realización de una función de organización y de realización. La primera función se vincula a la ventaja que se les ofrece a los ciudadanos y la otra a los requerimientos que impone a los tribunales de justicia. La seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito”⁸⁶. En este caso, el autor hace mención a que el principio de legalidad tiene como principal función el crear una seguridad jurídica dirigida en primer lugar a garantizar los derechos que tiene toda persona inmersa en un proceso penal que a ello lo relaciona como una ventaja.

Y el segundo hace referencia a la sentencia que emite un Juez frente a un previo proceso, en el análisis de todo lo actuado durante las diferentes etapas que se deben cumplir para llegar a un resultado. Dando lugar a esta seguridad jurídica que no se basa en lo arbitrario o al desamparo de la persona a quien se le vulnera un derecho fundamental (sujeto pasivo), para así evitar impunidad frente a un hecho delictivo.

los jueces deben aplicar la ley de una manera literal, o, dicho con otras palabras, si el juez está vinculado por un texto legal que no puede interpretar o que sólo puede interpretar en modo limitado”, pág. 104].

⁸⁶ VV.AA. Código Penal Comentado

– Tomo I- Título Preliminar y Parte General, Ob. Cit., 2004, pág.47.

Asimismo, según el autor Luis LEGAZ y LACAMBRA refiere que “En virtud de la seguridad jurídica no se pueden aplicar las leyes penales a supuestos no comprendidos en su tenor literal, por más semejantes o parecidos que sean a los abarcados por la ley, o a pesar de su mayor lesividad para el bien jurídico o su nocividad social. Una decisión judicial que se base en el mero criterio personal del juez, en su subjetivismo o en una percepción emocional de los hechos, o que vaya más allá del tenor o sentido de la ley, deja de ser Derecho y se convierte en un acto arbitrario, que, según el caso, en nuestro ordenamiento jurídico, de dictarse, puede constituir incluso delito de prevaricato. Solo la ley viene a constituirse en el marco que legitima y concede validez a las decisiones judiciales”⁸⁷.

La importancia del principio de legalidad predomina en que los Jueces deben limitarse a aplicar la ley que corresponda para un hecho determinado, por ejemplo, en caso de un homicidio simple ello se encuentra debidamente regulado en el Código Penal en su artículo 106 con el precepto y la sanción, por lo cual al momento de emitir una sentencia debe haberse cumplido con todos los elementos del tipo penal y así encontrar la responsabilidad del sujeto.

Coincido con el autor, el hecho de que no se puede investigar con leyes penales a casos que no tengan la relevancia jurídica o que no cumplan con los elementos que se requiere para investigar y acusar e iniciar un PROCESO PENAL, algo que sucede en estos casos son cuando nos referimos a Delitos contra la Administración Pública donde los sujetos activos son funcionarios y servidores públicos, donde existe un límite al momento de dar inicio una investigación, en ocasiones se confunde cuando partimos del ámbito administrativo y pasamos a lo penal, son dos procesos distintos en la cual puede estar inmerso el funcionario y servidor público, pero su medida sancionadora es distinta, dado que una investigación penal se requiere de varios elementos de convicción para entrar a una Etapa Intermedia.

⁸⁷ Ibídem p.48.

Posterior, el juez tiene plena discrecionalidad al pronunciarse sobre un caso, en esta oportunidad se plantea esta tesis, en razón, que el Juez al emplear el Control Difuso para la resolución de un <extraneus> en calidad de cómplice sobre una investigación de Corrupción de Funcionarios, es importante señalar que si bien en cada tipo penal se encuentra la sanción correspondiente al hecho ilícito, el Juez tiene la potestad de emplear el artículo general que regula la duración de la pena <dos días a treinta y cinco años>, ello no significa que está vulnerando el principio de legalidad, teniendo en cuenta que se está basando en un criterio que está amparado por la ley y que además no está cometiendo arbitrariedad en su decisión, por el contrario está aplicando aquello que es proporcional, razonable y justo para que un sujeto activo que no tiene vínculo alguno con la Administración Pública y que no se encuentra relacionado con el bien jurídico directamente sea pasible de una sanción proporcional. Además, con lo anterior mencionado no se pretende una impunidad frente a dicha conducta realizada por un “extraneus” pero sí que cumpla con una pena razonable y proporcional a la culpabilidad y participación que tuvo en la comisión del delito, y no imponerle una pena igual a la del autor.

2.4.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El principio de legalidad se encuentra consagrado a nivel nacional e internacional y además es reconocido por la Constitución Política del Perú, y también se encuentra regulada en el Código Penal y además se cumplen en las diferentes ramas del Ordenamiento Jurídico, donde tiene la misma relevancia respecto a su aplicación.

2.4.2.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN LA CONSTITUCIÓN

El principio de legalidad se encuentra regulado en el artículo 2 inciso 24 Literal d, que establece <Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley>, ello significa que ninguna persona está sujeta a ser procesado y condenado por un

delito que al momento de cometerlo no se encuentre regulado en el Código Penal, teniendo en cuenta que la ley no es retroactiva en estos casos, asimismo se infiere que ello debe relacionarse no solo con el hecho sino también con la sanción que puede recaer en la persona, dado que se estaría vulnerando derechos.

Para empezar, Gonzalo QUINTERO OLIVARES refiere que “el principio de legalidad ha de hacer posible la aplicación de la ley penal en sintonía con el espíritu y letra de la Constitución, a la que deben subordinarse todas las leyes y también su aplicación por los Jueces, que podrán entenderlas derogadas en aquellos casos que contradigan a la norma fundamental constitucional. La sumisión del principio de legalidad, hoy, no puede pues conformarse con la simple y escrupulosa aplicación de la <lex stricta et scripta> y las demás garantías: ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia materia que el derecho positivo dice perseguir”⁸⁸, si bien el principio de legalidad tiene matices constitucionales y penales, permite al Juez poder aplicar normas que protejan los derechos en general y que a su vez debemos entender de no interpretar o aplicar literalmente la norma como ley muerta sino también el poder analizar y argumentar otros métodos para llegar a una pena justa.

Junto a esto, José Luis CASTILLO ALVA menciona que “el principio de legalidad representa la más valiosa garantía a los derechos y libertades del ciudadano y en el que se sintetizan los demás principios informadores del Derecho Penal, como el principio de intervención mínima, el principio de proporcionalidad, el principio de humanidad de las penas, entre otras. Cualquier cambio que afecte al Derecho penal empieza en la modificación de la ley penal, pues esta es una única puerta de ingreso”⁸⁹.

Nótese que el autor señala que el principio de legalidad debe guardar relación con el principio de proporcionalidad e humanidad de la pena,

⁸⁸ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo, Ob. Cit., p.50.

⁸⁹CITADO por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014) Manual de Derecho Penal – Parte General Volumen I, Pacífico Editores SAC., Primera edición, Lima – Perú, pág. 217.

entre otros, porque resulta que los legisladores no pueden crear normas penales que no guarden relación con los hechos ilícitos dado que estaríamos frente a un populismo jurídico sin tomar en cuenta las verdaderas necesidades de condenar aquellas conductas que vulneren derechos fundamentales.

2.4.2.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL ARTÍCULO II DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL

En el Código Penal en su artículo II del Título Preliminar, proscribire que <Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella>, ello refiere a que la conducta o comportamiento ilícito de cualquier persona no estará sujeta a un sanción que no se encuentre previsto en el Código Penal, como también no se le impondrá una pena o medida de seguridad que no se encuentre debidamente regulada.

A todo esto, Felipe VILLAVICENCIO TERREROS refiere que “el principio de legalidad muestra sus efectos sobre el poder penal limitándolo a lo señalado en la ley (...) en la actualidad no se acepta un poder absoluto del Estado sobre los particulares. Por esta razón, el principio de legalidad cumple una importante rol de garantía para los ciudadanos y se constituye como un límite formal a la función punitiva estatal, pues le está prohibido imponer penas a conductas que no hayan sido previamente calificadas en la ley como delictivas”⁹⁰, cada tipo penal establecido en la normativa tiene un límite mínimo y máximo de pena, esta es llamada <pena conminada> es decir, el juez al determinar judicialmente la pena debe estar entre ambos límites, pero

⁹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2007) Derecho Penal – Parte General, Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Primera Edición - Segunda reimposición, Lima – Perú, p.135. [Alberto BINDER señala que “el principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal. Así, se constituye en una fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo”, pág. 90]. [“El principio de la legalidad de la persecución penal contiene en su esencia la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, consistente en el deber impuesto legalmente al fiscal, de perseguir todos los delitos que llegaren a su conocimiento, y la consecuente prohibición de suspender esta persecución un vez iniciada”, DAVID GRANARA Alberto (2003) Derecho Procesal Penal, Editorial Jurídica NOVA TESIS, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina, pág. 58].

también mediante la potestad discrecional permite al Juez ponderar principios con el fin de determinar una pena con relación a la conducta.

En este orden de ideas, no solo el principio de legalidad se encuentra enfocado en la conducta del sujeto, sino que es importante que ello se encuentre acompañado con una sanción sea una pena o medida de seguridad, asimismo si en el caso de que no se encuentre la sanción dentro del tipo penal, permite a la aplicación de la pena general.

A su vez, cabe mencionar que al momento de señalar una sanción por parte del Juez y dentro de la determinación judicial de la pena, posee la discrecionalidad de poder acogerse al artículo 29 del Código Penal donde se encuentra establecido el mínimo y máximo de la pena, teniendo en cuenta el grado de responsabilidad que tuvo en la comisión del delito el sujeto activo. Si bien en los Delitos contra la Administración Pública, cada tipo penal establece la pena conminada, es importante reconocer que el Juez tiene la potestad de poder aplicar el artículo genérico de las penas mediante el test de proporcionalidad, pero con una debida motivación, en este caso deberá tomarse en cuenta la no existencia de la calidad del “extraneus”, el vínculo con los deberes que posee un sujeto público y con ello el vínculo con el bien jurídico.

2.4.2.3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

Como se mencionó anteriormente, el principio de legalidad no solo se encuentra en la rama constitucional sino también en la penal, y establecida en el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal, pero en el ámbito procesal toma una mayor relevancia dado que el Juez debe tomar en cuenta el delito y la sanción que se encuentra establecida en el tipo penal.

El autor José URQUIZO OLAECHEA nos dice que “La aplicación del principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal también encuentra su fundamento en valoraciones de naturaleza material. Pues el

Derecho Procesal Penal es una parte de todo el sistema punitivo y como tal debe estar sujeto a las mismas reglas que rigen el Derecho Penal sustantivo (...). No es suficiente proteger las libertades individuales con la aplicación del principio de legalidad únicamente en el campo del Derecho Penal, por cuanto la arbitrariedad estatal no se manifiesta solamente en la creación de delitos y penas, sino también mediante la elaboración de leyes procesales que perjudican a los ciudadanos, las cuales desde el punto de vista material son perjudiciales para el ciudadano, ya que restringen derechos fundamentales.”⁹¹.

El autor infiere que, al momento de crear normas penales, estas deben estar dotadas de valores en donde se predominen los derechos fundamentales de la persona, en la cual se quiera proteger frente a cualquier abuso de autoridad, por lo cual menciona la importancia del principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal, ya que en esta etapa el sujeto activo pueda defenderse frente a cualquier arbitrariedad con el fin que la sanción a imponer refleje justicia y proporcionalidad.

Por otro lado, bajo el derecho comparado el autor Enrique BACIGALUPO refiere que “el artículo 2.2 CP español establece que, en principio, los jueces no deberían considerar sus decisiones si el resultado es justo en relación al caso concreto y, más específicamente, si la pena es o no proporcionada a la <malicia> o al daño causado. Ello es tanto como decir que las penas se deben aplicar sin considerar la gravedad del delito concreto, algo que choca con la exigencia de justicia y proporcionalidad de las penas ya requerida por MONSTESQUIEU y BECCARIA”⁹², en España señalan que la consecuencia jurídica impuesta al inculpado deba ser en concordancia al accionar del sujeto, porque ello refleja justicia frente a un resultado que puedan contravenir derechos de la persona.

⁹¹ Ibídem p.62.

⁹² BACIGALUPO, Enrique (2004) Derecho Penal – Parte General, Ob. Cit., págs. 104 y 105.

Respecto al Sistema Peruano existen delitos cuyas penas no son severas dado que no guardan relación con la acción o conducta, es así que mediante este método de ponderación se quiere evitar penas arbitrarias.

En este caso, es importante señalar que ninguna persona puede ser sometida a un procedimiento distinto a lo que previamente se investigó, asimismo durante el proceso no pueda ser desviado su caso a otra jurisdicción que por ley no le corresponde. Cabe señalar que, dentro de nuestro Código Procesal Penal, se encuentra claramente las etapas que deberá transitar toda persona a quien se le está investigando por un delito, para ello tanto el Fiscal y el Juez son concedores y saben en qué oportunidad pueden cambiar el tipo penal, pero siempre que esta no vulnera los derechos que lo amparan constitucionalmente.

2.4.3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El artículo VI del Título Preliminar del Código Penal establece que <No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente>, ello significa que, para la ejecución de una pena esta deba estar previamente establecida en la ley y reglamento, que en este caso sería en el Código Penal y demás leyes que entren en vigencia.

En primer lugar, James REÁTEGUI SÁNCHEZ afirma que “en la Parte General deben contener algunas disposiciones estrictamente indispensables para la operatividad judicial, a modo de un <estándar mínimo> para que la pena pueda ser la reacción justa al ilícito culpable. Esta opción de estándar mínimo no impide que las opiniones o criterios acerca de cuál sea la solución en cada caso más justa pueden ser discutidas constantemente en la dogmática penal”⁹³, si bien en cada tipo penal existe la pena conminada, ello no quiere decir que los Jueces puedan aplicar métodos que tenga un fin justo para la complicidad en los delitos contra la Administración Pública.

⁹³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Ob. Cit., pág. 225.

Para la ejecución de una pena debe cumplirse el principio de legalidad que es el eje importante en los delitos penales, si bien se menciona que no puede sancionarse y condenar a una persona por un delito no regulado, así mismo la prohibición de emplear analogía para determinar la pena. Además, no se debe ejecutar una pena en forma arbitraria o al margen de la ley y reglamento que lo regula, únicamente se debe aplicar aquello que se encuentre dentro del instrumento normativo.

Asimismo, el principio de legalidad no significa aplicar la norma penal sin previo análisis e interpretación y que el sujeto activo sea condenado con una pena elevada. Es por ello que en los Delitos contra la Administración Pública el “extraneus” sea sancionado con una pena proporcional evitando la literalidad del juez sin a ver realizado un debido análisis a todos los elementos que no posee este cómplice.

SUB CAPITULO V

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La proporcionalidad significa justicia y razonabilidad, por ende, en el campo penal se requiere que las consecuencias jurídicas del accionar del humano sean proporcionales a fin de evitar penas o medidas de seguridad que no guarden relación con la responsabilidad y culpabilidad del sujeto activo.

Para empezar, Reinhart MAURACH y Heinz ZIPF nos dicen que el principio de proporcionalidad “consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho”⁹⁴, podemos llamarlo igualdad entre todos los sujetos intervinientes en un procesal penal, y que la proporcionalidad es el reflejo de un equilibrio de poderes donde las penas sean gravosas o menos gravosas según el accionar y participación de los sujetos activos.

Asimismo, Karl LARENZ refiere “el principio de proporcionalidad, planteado en negativo como prohibición de la excesividad, constituye un principio del Derecho justo que deriva de la idea de justicia”⁹⁵, la justicia es un principio que en términos generales significa dar a cada quien lo que corresponde, es decir, que si la persona realiza un hecho que contraviene normas penales será pasible de una sanción pero esta debe ser proporcional en concordancia con su responsabilidad dentro de la comisión del delito.

Por otro lado, Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA menciona que el principio de proporcionalidad “tiene un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de este)”⁹⁶, todo comienza con el legislador quien es el encargado a través de Proyecto de Leyes presentar posibles normas

⁹⁴ Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2007) Derecho Penal – Parte General, Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Primera Edición - Segunda reimpresión, Lima – Perú, p.115.

⁹⁵ CITADO por REYNA ALFARO, Luis Miguel (2006) El Proceso Penal Aplicado, Gaceta Jurídica S.A., Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L., Primera Edición, Lima – Perú, pág. 260.

⁹⁶ VV. AA. Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de carácter Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima –Perú, pág. 55.

penales que sancionan conductas ilícitas y estas penas deben ser proporcionales para que los Jueces puedan aplicar la consecuencia jurídica de acuerdo a la gravedad de los hechos.

El principio de proporcionalidad es aplicado en su mayoría para casos penales donde el Juez deberá ceñirse a la sanción preestablecida en el tipo penal, junto a esto el jurista Fernando de TRAZEGNIES nos dice que “el postulado de proporcionalidad entre la pena y el hecho, pone un límite a un causalismo puro, en efecto, el parámetro de determinación de la sanción penal es hecho directamente vinculado con la acción del imputado, y no las consecuencias de ésta”⁹⁷, nótese que el autor señala que la pena debe solo sancionar la conducta de la persona individualizada por su grado de responsabilidad, por lo cual no cabe que un cómplice se le imponga la misma pena del autor, como sucede en los delitos de Infracción de Deber dado que el cómplice <extraneus> carece de deberes, no tiene vínculo con el bien jurídico y tampoco con la Administración Pública, por ello la pena deber ser proporcional al injusto cometido.

2.5.1. CONSTITUCION Y DERECHO PENAL

Ambas ramas del Derecho abarcan distintos aspectos, pero al final sin duda alguna se juntan, si bien el Derecho Penal se encarga de sancionar aquellas personas que cometen un delito, la Constitución protege que tanto el Ministerio Público y el Poder Judicial garantizan un proceso justo y con respecto a los derechos fundamentales que tiene toda persona.

En este mismo orden de ideas, Teresa AGUADO CORREA nos dice sobre “la innegable relación que existe entre la Constitución y el Derecho Penal, al ser la norma fundamental expresión de los principios fundamentales que inspiran un Ordenamiento Jurídico”⁹⁸, como se menciona anteriormente, existe un nexo entre ambas ramas y que cada una de las normas contenidas en el respectivo dispositivo legal, se encuentra en base al Ordenamiento Jurídico con protección de los derechos fundamentales de la persona.

⁹⁷ CITADO por CHIRINOS SOTO Francisco (2014) Código Penal – Comentado Concordado Anotado, Editorial Rodhas S.A.C., Sexta Edición, Lima –Perú, pág. 67.

⁹⁸ Citado por CARBONELL Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro (2010) El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra Editores. Primera edición, Lima – Perú, págs. 259 y 260.

Como se mencionó en anteriores líneas, todo nace del legislador quien presenta un Proyecto de Ley referido al campo penal para que se tipifique alguna conducta que contravenga bienes jurídicos protegidos nacional e internacionalmente. Es por ello, la importancia de la proporcionalidad entre el delito y la pena, con el fin de que los Jueces no estén sancionando con penas elevadas a responsabilidades que en ocasiones no existen o son menores, y evitar la injusticia reflejada en la sentencia emitida por los administradores de justicia.

Por otro lado, COBO/VIVES señalan que “la relación entre Constitución y Derecho Penal se acrecienta, frente a la que existe con otras ramas del derecho, en la medida en que al ser la pena la principal consecuencias del delito y erigirse en el último recurso del poder del Estado, generalmente se contempla en los textos constitucionales, desprendiéndose de esa regulación consecuencias en lo que respecta a su concepto y finalidad”⁹⁹, en el campo penal la sanción a imponer al delinciente debe estar dentro de la pena conminada del tipo penal, y el Estado se encarga de la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, es decir, la no vulneración de las garantías procesales que posee toda persona y accionar frente a una arbitrariedad.

2.5.1.1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

No sólo en el Derecho Penal se establece el principio de proporcionalidad lo cual es una garantía principal para todo ciudadano, sino también el reconocimiento que debe tener en la Constitución para que el juez pueda utilizar la facultad discrecional e imponer penas que constituyan y reflejen la equidad existente entre el delito y la pena, es entonces que la pena viene hacer una sanción que restringe derechos como también los limita, a lo cual la Constitución tiene una función principal respecto al Derecho Penal que tiende hacer aquello que protege los derechos fundamentales de la persona cuyo significado es garantizarlo frente a terceros.

⁹⁹ Ibídem p. 261.

Para el autor José URQUIZO OLAECHEA nos dice “desprende el principio de proporcionalidad de la dignidad de la persona humana, además los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de la esencia del Estado de Derecho social y democrático, así como de la aplicación al ordenamiento jurídico de los valores de justicia, libertad e igualdad”¹⁰⁰. Otro autor que defiende una fundamentación compleja es José Luis CASTILLO ALVA “para quien el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento en la consagración constitucional al respecto de la dignidad de la persona, obedeciendo, por otra parte, a criterios inmanentes de justicia como realización de los valores sociales constitucionales más importantes que integran la idea de Estado de Derecho”¹⁰¹, los valores de justicia, libertad e igualdad deben reflejar el principio de proporcionalidad dentro del Ordenamiento Jurídico, estos tres valores se presentan a lo largo de todo un proceso penal.

Es necesario realizar un balance de lo no correcto que se ha venido realizando en los últimos años respecto a la determinación de la pena, a razón que los sujetos activos en ocasiones son sancionados con penas elevadas y que no reflejan la responsabilidad que tuvieron en la comisión del delito, es por ello que la valoración de la igualdad y justicia deben estar presentes para todas las partes, dado que está en juego la libertad de la persona.

2.5.1.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO

El Derecho Penal es de sistema garantista, donde se puede encontrar distintos principios que conforman esta rama del Derecho y una de ellas es la del principio de proporcionalidad que significa un equilibrio entre la acción ilícita y la sanción correspondiente.

¹⁰⁰ Citado por CARBONELL Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro. Ob. Cit. p. 267.

¹⁰¹ *Ibíd*em págs. 267 y 268.

Para Gloria Patricia LOPERA MESA y Diana Patricia ARIAS HOLGUÍN indica que “la reflexión sobre la proporcionalidad en el pensamiento penal aparece vinculada, ante todo, a la idea de correspondencia entre la gravedad de la sanción penal y la de los hechos castigados”¹⁰².

Nótese que encontramos en el Título Preliminar del Código Penal el principio de proporcionalidad como un medio garantista, por el hecho de que, al momento de emitir la Sentencia por el Juez, debe tener en cuenta que la pena a imponerse este vigente y no pueda sobrepasar la responsabilidad del hecho cometido.

Por otra parte, como ha sostenido José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, el principio de proporcionalidad “sólo prescribe al legislador fijar las sanciones, atendiendo a la importancia de lo tutelado, la gravedad del ataque y el ámbito establecido de responsabilidad subjetiva. (...) Esta segunda exigencia se cumple no sólo mediante la previsión legislativa de marcos penales en lugar de penas fijas, sino también, estableciendo reglas que permitan graduar la pena según el grado de ejecución, las formas de participación en el delito y las circunstancias agravantes o atenuantes de la culpabilidad (...)”¹⁰³, dentro del Código Penal en el artículo 46 se establece las circunstancias de atenuación y agravación que aumentan o disminuyen la pena a determinar por el Juez, asimismo estando de acuerdo que tales circunstancias varían la pena pero al referirnos a los Delitos contra la Administración Pública, los funcionarios o servidores agravan la pena dado que su responsabilidad penal es mayor a la de cualquier persona, en cambio un <extraneus> en calidad de cómplice la pena debe ser proporcional y no similar con la del autor.

¹⁰² LOPERA MESA Gloria y ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia (2010) Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena, Consejo Superior de la Judicatura, Primera Edición, Colombia – Colombia, Pág. 123. <artículo VIII en los siguientes términos: Proporcionalidad de las sanciones. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes>.

¹⁰³ *Ibíd*em, Pág. 127.

La autora Teresa AGUADO CORREA nos dice que “El principio de proporcionalidad posee actualmente en el Derecho Penal un significado muy relevante, aun cuando mucho más restringido que en otras ramas del ordenamiento jurídico, como pudieran ser el Derecho Procesal Penal o el Derecho Administrativo. Ello se debe, fundamentalmente, a dos razones. En primer lugar, a que el fin que se persigue a través de las normas penales es único: protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro a través de la amenaza penal”¹⁰⁴. En el campo penal el principio de proporcionalidad cumple una parte fundamental al determinar la pena que deba corresponder al grado de naturaleza de la persona que cometió un delito, ello significa el equilibrio gradual que debe existir entre ambos elementos típicos. Ahora, dentro de cada tipo penal se protege un bien jurídico, por lo cual sea autor o cómplice debe valorarse el grado de lesividad en contra de este bien que se encuentra protegido por el Estado.

Las normas penales deben estar dirigidos con el propósito de sancionar las conductas delictivas realizadas por los sujetos, y si bien la ejecución de un delito transgrede un derecho fundamental esta debe estar protegida por el Estado y la colectividad, las cuales siendo un país que se encuentra suscrito a Tratados internacionales que protegen al ser humano. Es por ello, que las sanciones deben guardar relación con el grado de impacto que tuvo la participación del sujeto activo.

Este principio no solo es utilizado cuando se crea una norma penal por parte de los legisladores, sino también los jueces deben valorar este principio al momento de determinar judicialmente la pena al autor o cómplice, y es lo que se pretende con esta investigación, es decir, que en los Delitos contra la Administración Pública existe una falta de valorización de este principio en la sanción por el hecho que los jueces a nivel nacional vienen aplicando la tesis de unidad de imputación donde las personas quienes concurren a la ejecución de un delito

¹⁰⁴ Citado por CARBONELL Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro, Ob. Cit., pág. 268 y 269.

deberán responder con el mismo delito y con ello la pena, pero debemos considerar que dentro de estos tipos penales el sujeto activo tiene una condición especial FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO siendo ellos quienes pueden ser autores de estos delitos. Pero no solamente se encuentran ellos sino también un EXTRANEUS una persona ajena a la Administración Pública pero que su grado de participación es a título de complicidad, por lo cual los jueces al momento de determinar una pena deben ponderar el principio de proporcionalidad.

En este orden de ideas, es importante que el principio de proporcionalidad no deba ser solamente dirigido a equilibrar el delito y la PENA sino también debemos considerar que en nuestro Código Penal existe clases de penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias que debe tomar en cuenta el juez al momento de imponer una sanción jurídica. En los delitos contra la Administración Pública encontramos penas privativas de libertad, inhabilitación y multa, por lo tanto, la proporcionalidad debe estar reflejada en los tres tipos para encontrar ese equilibrio que debe existir entre el delito y la consecuencia jurídica.

Junto a esto, en el caso del “extraneus” lo que se afecta es la proporcionalidad, porque no se puede comparar el vínculo de un deber especial que tiene el funcionario o servidor público a un extraño o ajeno que no tiene un vínculo con la Administración Pública, es decir, no posee cargo alguno dentro de la esfera administrativa y por lo tanto es desproporcional sancionar con una pena igual al que del autor quien si tiene dicha condición especial.

Por último, Carlos BERNAL PULIDO nos dice que “El principal ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio es el de los derechos fundamentales, dado que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional español, la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando

esa falta de desproporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”¹⁰⁵, el derecho penal tiene como fin el proteger el bien jurídico lesionado y que ello se desprenda la sanción jurídica, pero nuestro código penal es garantista y el principio de igualdad de armas, es decir, que tanto la víctima como el investigado son asistidos de la misma igualdad en todo proceso penal, por lo cual la sanción que se imponga al sujeto activo debe ser respetando los derechos que la Constitución lo establece.

2.5.2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

El principio de proporcionalidad constituye un balance que en varios Ordenamientos Jurídicos es notorio su valorización, pero existen casos que se deja a un lado este principio. Al final es el Juez o Magistrado quien determina la pena que deba responder el sujeto activo, que en ocasiones este principio ha sido un límite para que no se lesione derechos fundamentales.

Para Teresa AGUADO CORREA nos manifiesta que “Es obvio que al formular o dotar de contenido al principio de proporcionalidad en sentido amplio, el Tribunal Constitucional peruano ha utilizado, como en su día hicieron otros, el conocido test de proporcionalidad alemán, es decir, la distinción y el análisis sucesivo de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”¹⁰⁶, nuestra legislación ha adoptado la mencionada test para determinar judicialmente la pena, y a la vez ayuda a deducir en sentido amplio las prohibiciones o excesos, para lo cual es importante conocer el significado de cada requisito.

Estos subprincipios son los siguientes:

¹⁰⁵ Ídem. <Bernal Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, 2003>. [el Tribunal Constitucional Peruano, en los siguientes términos: “Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad, su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional. En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal, <Expediente 0012-2006-PI, de 15 de diciembre de 2006, FJ 33.>].

¹⁰⁶ Citado por CARBONELL Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro, Ob. Cit., pág. 271.

2.5.2.1. IDONEIDAD

En este requisito el análisis que se debe realizar es graduar la vulneración o lesión al bien jurídico protegido para así poder aplicar la proporcionalidad, porque es diferente la naturaleza que tuvo el sujeto en la comisión de un delito, ya sea a título de autor o cómplice, ambos deben ser valorados en su comportamiento que tuvieron en los hechos para así determinar la sanción jurídica que les corresponde.

La jurisprudencia nacional ha tenido un precedente importante para la aplicación en casos similares, teniendo en cuenta que no solo debemos enfocar este principio como un medio de protección al bien jurídico que para ello está el principio de lesividad, este subprincipio debe ser ponderado por el Juez al momento de determinar judicialmente la pena, es decir, analizar si la sanción a imponer abarca toda la protección de bien jurídico vulnerado.

El jurista Percy GARCÍA CAVERO sostiene “que el Tribunal Constitucional parece que va en la línea de lo que se dice como derecho garantista, es decir, de quienes defienden que el derecho penal no solo cumple una función de prevención de delito sino también una función garantista frente al delincuente, y ello porque establece la observancia obligatoria de los principios de la dignidad de la persona y de la libertad”¹⁰⁷.

Actualmente las normas jurídicas penales están dirigidas a sancionar el actuar del delincuente, pero este sujeto tiene derechos de los cuales no pueden ser vulnerados en cualquier etapa del proceso, por ende, las garantías que tiene toda persona para accionar frente al abuso de autoridad o aquello que restrinja el derecho a la defensa, igualdad de armas, entre otros.

Para el Magistrado ALVA ORLANDINI en el Expediente 0014-2006-PI/TC nos dice que “Las implicaciones del principio de idoneidad en el

¹⁰⁷ Ibídem p. 273.

ámbito del Derecho Penal no se agotan aquí, sino que también conlleva la necesidad de que el mismo sea realizable a través de las normas del Derecho Procesal y de Derecho Penitenciario. De nada serviría una regulación que no se puede llevar a la práctica, no pudiéndose justificar los cambios legislativos que consiste en la evaluación de penas por la falta de los medios necesarios para realizar el Derecho Penal”¹⁰⁸. Como en su día afirmará BECARRIA, “tanto más justa y más útil será la pena cuando más pronta fuere y más vecina al delito cometido”¹⁰⁹.

Es importante conocer que el Derecho Penal no abarca solamente aquello en lo cual se delimita, sino también este subprincipio requiere que tanto el Derecho Procesal y Derecho Penitenciario guarden relación con el Derecho Penal, por ende, es importante que en la práctica sean aunados para poder imponer con penas justas al imputado y que guarden relación con el hecho ilícito cometido. Asimismo, en este primer subprincipio es necesario analizar si la sanción a imponer al “extraneus” sea la medida adecuada por la acción ilícita desplegada por el cómplice.

2.5.2.2. NECESIDAD

El subprincipio de necesidad significa que la sanción a imponer al acusado sea de acuerdo al hecho cometido con el fin de no vulnerar derechos, por otro lado, permite que antes de determinar una pena es necesario analizar la existencia de otras medidas coercitivas que puedan tener la misma proporcionalidad a su conducta ilícita.

Asimismo, Teresa AGUADO CORREA nos dice que “Pareciera que, a diferencia de otros Tribunales Constitucionales, el del Perú ha pasado por alto en este análisis un aspecto muy importante: el legislador debe buscar medidas alternativas menos gravosas, pero igualmente eficaces”¹¹⁰. Lo que se requiere en un Ordenamiento Jurídico respecto

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Ibídem p. 274.

¹¹⁰ Citado por CARBONELL Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro. Ob. Cit. p. 275.

al campo penal es que los legisladores emitan normas severas pero proporcionales al delito, es decir, que no se debe buscar una sanción que vulnere derechos, sino el protegerlas y que a la vez estas normas penales se cumplan en su totalidad a fin de prevenir posteriores acciones ilícitas.

Por otro lado, Gloria Patricia LOPERA MESA y Diana Patricia ARIAS HOLGUÍN refiere que “en los demás supuestos, la existencia de sanciones alternativas igualmente idóneas para alcanzar los fines preventivos y menos lesivas para los derechos fundamentales afectados por la imposición de pena, sólo podrían justificar la sustitución o la aplicación de una pena menor en aquellos casos en los cuales pueda afirmarse con certeza que todos los fines que el legislador se propuso alcanzar, pueden ser satisfechos con una pena sustitutiva o con la aplicación de una pena menor”¹¹¹, nótese que el autor menciona la posibilidad de que la sanción a imponer no solo gire dentro de la pena conminada del delito, sino también otras alternativas pero que cumpla el suficiente medio de prevención y protector de los bienes jurídicos, con el fin de aplicar penas menores pero que no vulneren principios.

En este mismo orden de ideas, Teresa AGUADO CORREA manifiesta que “Si bien el principio de necesidad adquiere especial relevancia en el momento legislativo, en el momento de seleccionar las conductas a incriminar, también opera en el momento de aplicación de la ley penal. Por ello, para los casos en los que no sea necesario castigar o no sea necesario hacerlo con una pena tan grave, el Código Penal debe prever mecanismos que permitan al Juez o Tribunal prescindir de la pena o que permitan sustituirla por otra menos grave o, incluso, por medidas de otra índole”¹¹².

En resumen, el Juez debe tener plena facultad al momento de determinar judicialmente la pena, ello requiere que exista esta

¹¹¹ LOPERA MESA Gloria y ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia, Ob. Cit., Pág. 160.

¹¹² Citado por CARBONELL Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro. Ob. Cit. p. 276.

proporcionalidad entre el acto cometido y la sanción, dado que mediante este segundo subprincipio permite la aplicación de una pena menos gravosa u otra medida coercitiva. En la presente investigación mediante la facultad de aplicar Control Difuso y con ello ponderar el principio de proporcionalidad frente al principio de legalidad, con el fin de imponer una sanción justa, razonable y proporcional al “extraneus” en los delitos contra la Administración Pública.

2.5.2.3. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

El último subprincipio del examen de proporcionalidad se entiende como aquella afectación a la libertad pero que mediante este subprincipio permite poder justificar la medida coercitiva adoptada y que esta permita alcanzar el fin del delito, pero a la vez que guarde una coherencia y relación razonable sin la necesidad de vulnerar principios o derechos.

Para Teresa AGUADO CORREA “Se habla el seno de la doctrina de proporcionalidad abstracta y proporcionalidad concreta, para hacer referencia de los *dos momentos o ámbitos en los que la proporcionalidad en sentido estricto actúa: momentos legislativos y momentos judiciales, respectivamente*. En tanto que la exigencia de proporcionalidad abstracta entendida como proporción entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena con la que este se conmina se dirige al legislador; la exigencia de proporcionalidad concreta interpretada como la necesaria proporción entre la gravedad del hecho concreto cometido y la pena aplicada al autor, tiene como destinatario al Juez o Tribunal”¹¹³.

A todo esto, ambas clasificaciones de la proporcionalidad en sentido estricto son momentos tanto legislativos como judiciales, cuya exigencia es distinta, entendiendo que bajo la proporcionalidad abstracta solo es entendida desde el punto de vista de la gravedad del delito y pena, es decir, el legislador deberá tener en cuenta que ambos

¹¹³ Ibídem p. 276 y 277.

elementos debe existir un equilibrio entre la premisa del tipo penal para lo cual el legislador deberá examinar la vulneración del bien jurídico y con ello se refleja la pena, todo en mérito a lo normativo con el fin de buscar, regular y sancionar conductas. Asimismo, la otra clasificación es la responsabilidad concreta, en este caso se trata de la proporcionalidad entre el hecho concreto cometido y pena aplicada al autor, ello se refiere a la labor del Fiscal la cual a primera instancia es de investigar los hechos para una imputación basada en elementos de convicción y así una vez superada la etapa intermedia, el Juez en etapa de juzgamiento determine judicialmente la pena para el sujeto activo del delito.

Dentro de este principio se divide en dos partes importantes que permiten establecer de forma clara la relación razonable que debe existir entre el delito y pena que será impuesta a los sujetos activos, para lo cual la autora Teresa AGUADO CORREA menciona las siguientes:

a) PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA

Este tipo de proporcionalidad solo tiene inferencia el legislador y partiendo que este sujeto deberá conocer no solo el campo penal sino también diferentes ramas del Derecho para establecer a cada tipo penal una pena que tenga congruencia con la gravedad del delito, sujeto a los tecnicismo y conocimientos que es necesario para justificar las medidas que luego el Juez deberá aplicar con base a los prescrito y a su respectivo análisis.

Para Teresa AGUADO CORREA nos dice que “Debido a la heterogeneidad que existe entre delito pena, en el momento de establecer el marco penal abstracto de la pena que le corresponde a un tipo delictivo, el legislador se rige por una multiplicidad de criterios. A falta de ese nexo natural al que hacíamos referencia, son criterios pragmáticos basados en consideraciones de oportunidad los que sirven al legislador para

determinar la relación de proporcionalidad que debe guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna¹¹⁴.

Como se menciona anteriormente, respecto a la proporcionalidad abstracta es aquella que se basa netamente en el carácter normativo, es decir, la intervención del legislador es en establecer una sanción para cada tipo penal del Código Penal y ello se basará en los diferentes criterios que adoptará el legislador en el proceso de creación, pero a todo estos criterios el legislador deberá considerar el nexo que debe existir entre el delito y la pena, ello quiere decir que debe guardar una relación con base al principio de proporcionalidad, pero sin dejar a un lado que existen conductas reprochables y que requieren penas elevadas pero el punto de quiebre será el grado de responsabilidad que tuvo los sujetos en la comisión del delito.

b) PROPORCIONALIDAD CONCRETA

Respecto a este principio es diferente al anterior, en razón de que no solo se basa en el carácter netamente normativo, sino que la intervención del Fiscal es pilar fundamental para esclarecer los hechos a fin de que la conducta desplegada por el sujeto activo se encuentre tipificada en el Código Penal, para lo cual deberá establecerse el grado de culpabilidad que tuvo el imputado en la comisión del delito y posterior el Juez deba sancionar demostrando su culpabilidad para así condenar dicha acción en relación al principio de proporcionalidad.

Asimismo Teresa AGUADO CORREA nos dice también que “El principio de proporcionalidad en sentido estricto en el momento de la determinación de la pena, opera fundamentalmente cuando el legislador deja en manos del Juez o Tribunal un cierto grado de discrecionalidad en la imposición de la pena, estando

¹¹⁴ Citado por CARBONELL Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro. Ob. Cit. p. 277 y 278.

obligado el Juez o Tribunal a ajustar la pena exacta a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad”¹¹⁵, esta discrecionalidad que puede emplear el Juez es respaldada por la Constitución, en este caso podemos mencionar al Control Difuso en donde el Juez deberá ponderar principios como el de proporcionalidad sobre la legalidad para así determinar una pena que sea razonable y justa, pero sobre todo que esta deba ajustarse al grado de culpabilidad que tuvo en la comisión del delito, como es en el caso del “extraneus” en los delitos contra la Administración Pública.

2.5.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INFLUENCIA EN LA INDIVIDUALIZACIÓN Y DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La pena debe ser proporcional con el injusto cometido, es por ello que una vez que culmine todo el Juicio Oral los Jueces emitirán una sentencia donde se determinará e individualizará a cada sujeto y la pena que debe cumplir, esta puede ser privativa de libertad, suspendida o en el extremo de su liberación al no encontrar su culpabilidad.

En primer lugar, el jurista Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE afirma que el principio de proporcionalidad sirve “para impedir penas superiores a dicha proporción, pero debe permitirse siempre al juez la posibilidad de reducir la pena por debajo de su mínimo genérico e incluso las penas de prisión por otras más leves, o llegar a prescindir de la pena como tal”¹¹⁶, si bien cada tipo penal tiene una pena conminada donde se parte la determinación judicial de la pena, la proporcionalidad ayuda a que los Jueces puedan ubicar la pena en la inferior del mínimo para ello cabe la posibilidad de aplicar la pena general establecida en el Código Penal, como también debemos considerar que para el “extraneus” en los Delitos contra la Administración Pública en la mayoría de los casos son empresas que si bien tienen responsabilidad penal y que son

¹¹⁵ Ibídem p. 282. <Expediente 0014-2006-PI/TC, FJ26>.

¹¹⁶ Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2007) Ob. Cit., p.117. [Expediente 3119-1996 Callao en Anales Judiciales se tiene “el Derecho Penal peruano reconoce al Magistrado la potestad de fijar la pena privativa de libertad, en atención al principio de proporcionalidad de las sanciones que recoge el Código Penal; por el cual la sanción debe guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido”].

pasibles de una pena, también cabe una reparación civil y que nunca más contrate con el Estado y a su vez cuando se trate con personas naturales.

Asimismo, Alberto BINDER y Peter HABERLE nos dicen “el principio de proporcionalidad no es solo un principio de naturaleza sustancial, sino también un principio de orden procesal de especial aplicación en el momento de determinar medidas coercitivas y determinación e individualización judicial de la pena. Este principio exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados”¹¹⁷, este principio cumple una función importante al momento de determinar judicialmente la pena y a la vez individualizar la pena para cada sujeto en concordancia con su responsabilidad o participación en la comisión de un delito.

Por último, Ricardo POSADA y Harold HERNÁNDEZ refiere “la discrecionalidad judicial en cuanto a la determinación de la consecuencia jurídica no es ilimitada, pues además de las decisiones del legislador relativas a la clase de pena a imponer respecto de cada delito, los jueces tendrán que atender a un conjunto de agravantes y atenuantes genéricas, así como de otros factores, para determinar en el caso concreto el *quantum* de ella”¹¹⁸, como se mencionó anteriormente dentro del Código Penal se encuentra establecido agravantes y atenuantes que pueden o no disminuir la pena para los sujetos procesales (se utiliza los tercios), es por ello que cabe la facultad discrecional de los Jueces para determinar una pena proporcional, justa y razonable.

¹¹⁷ CITADO por REYNA ALFARO, Luis Miguel (2006) Ob. Cit., pág. 259.

¹¹⁸ CITADO por LOPERA MESA Gloria y ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia (2010) Ob. Cit., Pág. 184.

SUB CAPITULO VI

CONTROL DIFUSO

El tema de Control Difuso de la Constitución constituye un método de control constitucional antiguo, actual y hasta el momento sigue siendo recurrente para los Jueces, y es aquella facultad que ejerce con la libre disponibilidad frente a la existencia de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía. A su vez, la Constitución Política del Perú consagra “un sistema mixto de control de la constitucionalidad de las normas; en pureza, una coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo, que no se cruza ni se opone en lo esencial. Incorpora tanto el control difuso, a cargo del Poder Judicial, y el control concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional”¹¹⁹. Ambas, controles reflejan la discrecionalidad que tiene Juez y Magistrado dentro de un Estado democrático de Derecho, con el fin de resolver la controversia e interpretación conforme a la Constitución.

2.6.1. **ANTECEDENTES**

Surge en el derecho anglo-americano por el año 1803 donde el control difuso de la constitucionalidad de las leyes tuvo un mayor auge mediante el famoso caso Marbury Vs. Madison en la Corte Suprema de los Estados Unidos siendo el juez John Marshall Chief Justice del Tribunal Supremo cuya cuestión de fondo surgió si una ley emitida por el Congreso puede ser contraria a la Constitución, es ahí donde con esta sentencia nació el principio de supremacía constitucional, es decir, la Constitución se impone en caso que haya contradicciones entre su contenido o cualquier otra norma jurídica, nos dice Marshall en su sentencia.

Asimismo, en la sentencia el juez John Marshall señala “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se

¹¹⁹ Citado por SAN MARTIN CASTRO, Cesar Eugenio (2012) Estudios de Derecho Procesal Penal. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Primera Edición, Lima – Perú, p. 89.

encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza"¹²⁰, de ello podemos analizar que debe predominar la primera alternativa por el hecho que la Constitución es norma fundamental de cada país, además es la ley suprema que no puede ser alterada por cualquier norma ordinaria que pueda emitir el Congreso, porque si no estaríamos en una anarquía donde el Congreso haría lo que le plazca sin importar que en la Constitución se encuentren plasmados derechos fundamentales y sobre todo la autonomía que tiene cada poder del Estado.

2.6.2. **NOCIÓN**

Conocido también el Control Difuso como revisión judicial o *judicial review*, donde los jueces tienen la facultad constitucional en prevalecer la Constitución sobre una ley inferior, es decir, un mecanismo que consiste en proteger los derechos fundamentales de la persona frente a una norma que vulnere y contradice la Constitución, se llama <PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL>.

El autor Marcial RUBIO CORREA refiere que “el control difuso es un poder, es decir una atribución, pero también un deber del juez. Esto quiere decir que corresponde a la función jurisdiccional ejercer el control difuso cuando él deba ser aplicado en el caso concreto”¹²¹, esta facultad permite a los Jueces tengan la libertad de aplicar normas con contenido constitucional por sobre normas que vulneren la Constitución, y en cuanto a las normas penales si bien el objeto es sancionar todo acto hecho ilícito realizado por la persona esta debe ser proporcional y cumplir con todos los derechos y garantías para un debido proceso.

¹²⁰ El caso Marbury contra Madison (Caso: 5 U.S. 137 1803) es un proceso judicial abordado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y resuelto el 1803.

¹²¹ RUBIO CORREA, Marcial (2006) El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima – Perú, págs. 99 y 100.

Para Aníbal QUIROGA LEÓN “el llamado sistema difuso de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales, una funcional y otra espacial: la primera, que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional innominado de toda Constitución escrita, y en segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en escenario de un proceso judicial concreto y real”¹²², ambas forman las características principales de este sistema, en la cual se deja en claro que es un atributo entre los órganos del Poder Judicial y solo los agentes quienes conforman este poder del Estado encargados de administrar justicia en una sociedad pueden operar y funcionar como tal, formulando una interpretación jurídica de acuerdo a la Constitución.

La importancia de que los Jueces tenga este control difiere del actuar de un Tribunal Constitucional, este primero se basa en conferir al Poder Judicial una facultad cuando existe incompatibilidad en dos normas con diferente jerarquía, pero en este caso, si bien se plantean principios y no normas, deberán ser interpretadas y aplicadas bajo la Ley de Ponderación, es decir, deberá ver un equilibrio y razonamiento al momento de determinar judicialmente la pena.

Como se mencionó, Para Jaime ARAÚJO RENTERÍA la ponderación de los principios constitucionales de Ricardo Guastini es aquella que “puede suceder que dos principios al igual que acontece con las normas entren en conflicto. Más aún, algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios el que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otros”¹²³, en esta presente investigación estaríamos frente a la colisión de dos principios ya desarrollados en anteriores capítulos como el de legalidad y proporcionalidad, a razón que mediante la test o examen de los subprincipios permita a que los Jueces

¹²² QUIROGA LEON, Aníbal (2005) Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional. Ara Editores E.I.R.L. Primera Edición, Lima – Perú, págs. 175 y 176.

¹²³ VV.AA. (2006) Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 12º año – Tomo II, Impreso en Mastergraf, Montevideo – Uruguay, pág. 863. [Luis CASTILLO CÓRDOVA señala que “la judicial review, o modelo norteamericano o control difuso de la constitucionalidad de las leyes atribuye a todos los magistrados del sistema judicial la potestad de inaplicar, al caso que resuelven, una ley que consideren inconstitucional (...) su labor jurisdiccional concluye que una norma contraviene la Constitución, tiene el deber de preferir la norma constitucional antes que la norma legal y, consecuentemente, inaplicar ésta al caso que resuelven]. [A su vez, el Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución indica que “el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez que habilita el artículo 38º de la Constitución. No es una simple facultad que el juez decidirá emplear o no, arbitrariamente, sino que, ahí donde considere que una norma contraviene la Constitución, tiene el deber de inaplicarla y preferir la norma constitucional].

pueden aplicar al “extraneus” una pena por debajo del mínimo pero conservando la severidad de su actuar para ello no estaríamos frente a la vulneración del principio de legalidad porque mediante el Control Difuso permite ponderar la proporcionalidad frente a la legalidad sin ir contra la ley.

A su vez, debemos tener en cuenta que se aplicara la teoría de unidad del título de imputación, es decir, que el “extraneus” responderá por el mismo delito del autor (Delito contra la Administración Pública), pero será la pena el punto de diferencia a razón que el grado de responsabilidad no es la misma y por lo tanto se requiere una pena proporcional, justa y razonable. Por otro lado, dicha sanción se basará cumpliendo el test de proporcionalidad por sobre el principio de legalidad para ello es importante mencionar que existen sentencias donde los Jueces resolvieron el caso con la imposición de la pena por debajo del mínimo legal como por ejemplo en la Casación N°335-2015 mediante el cual se debatía dicha situación y concluyeron que cabe la posibilidad de sancionar con un pena fuera de la establecida en el tipo penal, lo cual si se encuentra respaldado por la Constitución y que no se estaría vulnerando el principio de legalidad a través de la ponderación.

2.6.3. NATURALEZA JURIDICA

La jurisprudencia en el Perú ha servido como un medio de establecer interpretaciones, características, requisitos y en este caso dos ámbitos para la aplicación del control difuso, en primer lugar tenemos como un poder-deber de los jueces que consiste en la facultad plena respaldada por la Constitución que deben aplicar cuando exista un caso donde se presenta una incompatibilidad entre normas o principios, y en segundo lugar como un complemento al anterior es que los jueces deberán analizar con diligencia su aplicación, en razón que son actos complejos que requieren una responsabilidad por partes de los operadores de justicia.

A su vez debemos señalar que el control de la constitucionalidad en la ley peruana señala de manera clara en su artículo 138 de la Constitución Política del Perú “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la

Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”, por lo cual constitucionalmente los jueces se encuentran facultados y respaldados bajo esta norma.

Por otro lado, Marcial RUBIO CORREA señala que “las decisiones del juez deben ser apegadas a la justicia, punto de partida de la jurisdicción. Deben ser tomadas, también, en aplicación del Derecho (...) el Derecho no es solo la norma legislativa positiva sino también un conjunto de principios que lo informan y que permiten aplicarlo acertadamente a los casos concretos. Aplicar el Derecho para el juez no será solamente aplicar las normas legislativas sino también los principios que subyacen a ellas”¹²⁴, para algunos Jueces el ser positivistas limitan la posibilidad de aplicar las normas penales con argumentación proporcional y razonable dado que solo estaríamos aplicando normas sin una debida interpretación, es por ello que los principios forman parte importante en el campo penal para así no estar vulnerando derechos de los sujetos procesales.

2.6.4. CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Ambas ramas del Derecho trabajan en unidad y su aplicación siempre es simultánea dado que los principios y derechos forman parte importante para todo ciudadano e incluso tiene una mayor relevancia cuando está inmerso en un proceso penal.

2.6.4.1. PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN

El Derecho Penal se constituye por los diferentes delitos que se persigue para sancionar aquellas personas que vulneren bienes jurídicos protegidos por la Constitución.

Para ello, el autor Juan Carlos CARBONELL MATEU nos dice que “el poder legislativo queda limitado por la necesidad de que las normas

¹²⁴ RUBIO CORREA, Marcial, Ob. Cit., p.303.

penales supongan la mínima restricción posible de las libertades para asegurar dichas libertades, del que son consecuencias la necesaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos y la adecuación de las consecuencias jurídicas (principio de proporcionalidad), y el Ejecutivo y el Judicial, por su sometimiento a la ley (principio de legalidad) y por los que derivan, en los casos concretos de su aplicación, de dignidad de la persona (principio de culpabilidad)”¹²⁵, si bien se pueden crear normas que sancionen conductas punibles, estas deben ser creadas con protección al derecho a la libertad.

A todo esto, debe considerarse el principio de proporcionalidad y junto a ello el principio de legalidad que deben cumplir los Jueces, pero con la posibilidad de que a través del Control Difuso se pueda ponderar la proporcionalidad por sobre la legalidad, ello no significa vulnerar uno de los principios más importantes en el campo penal y constitucional, sino buscar un equilibrio entre su responsabilidad y la pena que corresponda.

El autor Cesar Eugenio SAN MARTIN CASTRO nos dice que “los principios rectores del ius puniendi están considerados como principios constituyentes del derecho de castigar; es consustancial al Derecho Penal la función de garantía de los valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen”¹²⁶, lo que refiere este autor es el hecho que los principios establecidos en el Código Penal son apreciados como un castigo, sanción o corrección, pero otorgándole una valoración e interés constitucional.

A su vez, los principios están consagrados en todos los dispositivos legales con el fin de cumplir un medio de garantía frente a cualquier arbitrariedad que se presente en el proceso o en la sentencia. En la actualidad, la política cumple una función importante en la criminalidad del país, por lo cual su participación y ayuda es esencial al momento

¹²⁵ Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2011) Ob. Cit., p.62.

¹²⁶ SAN MARTIN CASTRO, Cesar Eugenio, Ob. Cit., p. 94.

de luchar contra actos ilícitos, por lo tanto, el juez tiene las herramientas necesarias para dictar medidas a favor de la ciudadanía.

2.6.4.2. SIETE GRANDES PRINCIPIOS

Estos siete principios son argumentos en el campo Penal que reconocen la importancia de los bienes protegidos penalmente y condenar conductas o comportamientos gravosos, como también la valorización de los tipos penales, medidas coercitivas y la proporción entre el hecho ilícito y la pena que se impone por la conducta realizada, para lo cual el autor Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE señala los siguientes principios:

- a. “El principio de legalidad, que se vincula con el impero de la ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, (...), así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales”¹²⁷, este principio significa en el campo penal que toda acción cometida por el sujeto deberá estar establecida en el Código Penal y con la consecuencia jurídica, pero sin recaer en arbitrariedades que vulneren derechos de las personas que estén inmersos en un proceso penal.

- b. “El principio del non bis in ídem, que tiene su ámbito no solo en lo procesal, sino también en lo material. En su virtud, no debe recaer duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecia identidad del sujeto, hecho y fundamento”¹²⁸, en este principio prima el hecho que una persona no puede ser sometida a una doble investigación o proceso bajo los mismos hechos o fundamentos, por lo cual no cabe tal duplicidad, por ello existe la acumulación de casos para así no entorpecer la justicia y buscar una mejor celeridad en estos procesos.

¹²⁷ *Ibíd*em p. 95.

¹²⁸ *Ídem*.

c. “El principio de proporcionalidad, que tiene una triple dimensión, expresado a través de los sub principios de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad. En el Derecho Penal, este se expresa a través de los subprincipios de:

- *Protección de bienes jurídicos – la punición debe dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses constitucionalmente legítimas en un estado social y democrático;*
- *Adecuación, que en lo penal se traduce en el subprincipio de intervención mínima, ello significa que la intervención penal debe ser el último de los recursos para tutelar los bienes jurídicos, y debe resultar lo menos gravoso posible para los derechos individuales siempre que con ello resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que correspondan;*
- *Proporcionalidad en sentido estricto, que exige una relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y, a su vez, entre esta y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar”¹²⁹.*

La proporcionalidad refleja lo razonable y justo, es decir, que para su aplicación debe considerar un análisis de los tres subprincipios cuyo fin es determinar una sanción proporcional al injusto realizado, se deberá evaluar la correcta adecuación del hecho ilícito a la norma para que la consecuencia jurídica refleje la proporcionalidad, para ello es necesario la individualización de los sujetos y su responsabilidad, para luego determinar judicialmente la pena.

d. “El principio de culpabilidad, que fluye del principio de dignidad de la persona y del Estado de Derecho, y se plasma en dos sub principios:

¹²⁹ Ibídem p. 96.

- *Personalidad de las penas – solo autores del hecho delictivo y los que participan en él como partícipes pueden ser sancionados; y,*
- *De exigencia de dolo o culpa – rechaza la responsabilidad objetiva e imputabilidad del autor. Por lo demás, la pena no solo tiene como única finalidad la prevención especial, sino también la prevención general, lo que no puede confundirse con la ejecución de la pena”¹³⁰.*

Solo los sujetos que sean imputados como autores o partícipes pueden responder por un delito, para ello se requiere la configuración del principio de culpabilidad, para así sancionar con penas que guarden relación con el injusto cometido.

- e. “El principio de resocialización, en la cual se ofrece los condenados medios y oportunidades de reinserción.
- f. El principio de igualdad, que impide una prohibición de las diferencias de trato injustificadas o discriminatorias.
- g. El principio de presunción de inocencia, que en lo material proscribire los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad, (...), en donde se preferirá el sentido más favorable al reo”¹³¹.

Estos tres últimos principios, reflejan la igualdad, oportunidad e imparcialidad ante un proceso que deben tener todos los sujetos procesales, por ejemplo, el principio de resocialización se ejecuta posterior al cumplimiento de la sanción, es decir, que el interno tenga la oportunidad de reinsertarse a la sociedad. Además, la igualdad significa la imparcialidad, justicia y equidad

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Ibídem p. 97.

que debe existir en un proceso penal, para así no recaer en injusticias que lo único que fomentan son actos discriminatorios. Por último, el principio de inocencia, tiene como base fundamental, argumentar con pruebas la responsabilidad penal de los sujetos y no adelantar juicios sin tener las pruebas que demuestren lo contrario, porque el derecho a la libertad de la persona se encuentra pendiente a una decisión judicial con fundamentos y argumentos razonables.

Estos principios resumen la importancia que tiene el Control Difuso no solo en aspectos normativos sino también en ponderar principios que nos permitan buscar en el campo penal un sanción justa y razonable, además, el no caer en injustas sanciones para los sujetos procesales.

En los Delitos contra la Administración Pública respecto a la imputación y posterior determinación de la pena, se aplica la teoría de unidad del título de imputación, es decir, el autor y cómplice en estos delitos deberán responder por el mismo tipo penal y la pena establecida en ella, si bien ambos dentro de la comisión del delito cumplen papeles diferentes, como también la cualidad es distinta como se mencione en anteriores capítulos, hasta el momento se vienen aplicando sanciones dentro de la pena conminada sin considerar que la responsabilidad de ambos es distinta, a razón que un funcionario o servidor público tiene la obligación de actuar con probidad, lealtad y protección a los bienes del Estado porque ellos son profesionales y conocen las consecuencias de su incumplimiento, en cambio un “extraneus” que es ajeno a la Administración Pública desconoce y tampoco tiene deberes de cumplimiento con funciones que no posee, es por ello que bajo esta facultad pueda permitir al Juez ponderar el principio de proporcionalidad frente al principio de legalidad con el fin de establecer un mayor equilibrio en las sanciones para este partícipe.

SUB CAPITULO VII

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Al momento de determinar judicialmente la pena el juez debe tener en cuenta diversos aspectos, en razón que debe ceñirse a principios rectores con el objeto de sancionar con una pena justa y razonable a fin de no transgredir derechos que le corresponde a toda persona sujeta a un proceso judicial, en el cual deberá cumplirse con todas la etapas que contiene un debido proceso, si bien en nuestra legislación existe cierta ambigüedad respecto a la determinación judicial de la pena por el hecho que a lo largo de estos años las sentencias emitidas por los jueces no ha tenido cierto equilibrio respecto a actos que se subsumen a un delito pero hay veces que el juzgador decide aplicar una pena distinta, lo cual desencadena una serie de contradicciones y cuestionamientos.

En este mismo orden de ideas, Fernando VELASQUEZ VELASQUEZ describe que el objetivo esencial, es solamente “se persigue jalonar la elaboración de una teoría de la medición de la sanción que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible lograr la imposición de una sanción racional, proporcional y como consecuencia, adecuada en cada caso de la vida real”¹³², el autor reafirma que la labor principal del juez al momento de determinar la pena deberá ser bajo el principio de proporcionalidad, es decir, una pena justa y razonable para el acusado.

Por otro lado, Gonzalo QUINTERO OLIVARES nos dice que “el marco de decisión del juez vendrá acotado por la idea de proporcionalidad. La cuantía máxima de pena imponible, por lo tanto, no es expresión cuantificada de la entidad del reproche dirigible al autor, sino fruto de una decisión político-criminal en la que se habrán conjugado la gravedad del hecho, la utilidad de la pena para el autor y la sociedad, y siempre bajo el presupuesto, demostrado ya, de que nada sirven los castigos innecesariamente severos”¹³³, la pena debe tener como base el principio de proporcionalidad, es decir, que el juez deberá considerar todos los hechos expuestos en juicio acompañado de la prueba, y que ello reflejara la pena que

¹³² Citado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2010) Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima-Perú, p. 120.

¹³³ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo, Ob. Cit., págs. 718 y 719.

debe guardar relación con la responsabilidad y así el juez tenga la facultad de imponer una pena.

A su vez, Bernardo FEIJÓO SANCHEZ reflexiona respecto “Si se asume que el delito es un injusto culpable graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable”¹³⁴, el autor toma una posición respecto a la igualdad que debe tener el juez con el hecho ilícito cometido por la persona, asumiendo una culpabilidad probada y que ello se refleje en la pena, que exista el equilibrio en ambas.

Para el autor Víctor PRADO SALDARRIAGA infiere que “La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ira de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal”¹³⁵, de ello podemos afirmar que para determinar judicialmente la pena es importante seguir un procedimiento en la cual se probara que el sujeto fue el autor o cómplice de un hecho ilícito y que ello conlleva a una sanción, por lo tanto coincido el hecho de que se debe respetar todas las etapas en un proceso penal para que el juez tenga la certeza de imponer una pena y posterior su ejecución.

Asimismo, Miguel TOYOHAMA ARAKAKI afirma que “La determinación judicial de la pena es un procedimiento de exclusiva competencia del juez, que culmina con la aplicación de una pena al responsable de un injusto penal, previa valoración de las circunstancias que se suscitaron durante su comisión y las condiciones personales, económicas y sociales del infractor”¹³⁶, para determinar judicialmente la pena, previo debe pasar un procedimiento que solo le compete al juez en la cual como fin tiene imponer una sanción a la conducta ilícita realizada por las personas para ello deberá tomar en cuenta condiciones humanas al momento de sancionar.

En suma, podemos señalar la importancia que tiene la determinación judicial de la pena como última etapa, después de todo un proceso penal con el respeto de

¹³⁴ Citado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. Cit. p. 129 y 130. [El autor Percy GARCIA CAVERO destaca que “la legislación penal nacional ha optado por un modelo normativo que regula la determinación judicial de la pena a partir de una decisión legislativa que fija simplemente un límite mínimo y máximo de la clase de pena prevista, dejando en manos del juez la determinación de la pena concreta entre estos límites; o establece, además, ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena”].

¹³⁵ NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Érika, Delitos, Ob. Cit., p. 311.

¹³⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R y VV.AA., Ob. Cit., p. 219.

las garantías procesales que tiene toda persona sujeta a un proceso. Además, esta pena deberá reflejar la responsabilidad que tuvo el sujeto en su accionar, según su participación que tuvo en la comisión del delito para así el juez posterior a un análisis determine una pena razonable.

2.7.1. LA PENA Y SUS CARACTERISTICAS

La pena es una consecuencia jurídica de una conducta ilícita, además de forma parte del concepto de “delito” siendo la última fase o el culminar de todo un proceso penal.

Para Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE indica que “la pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad del contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad”¹³⁷, la pena forma parte de la ley penal, es inseparable del precepto o conducta que realiza la persona, para que exista un delito es necesario una pena, y a su vez este es un límite a imponer a la acción o hecho ilícito del ser humano.

En este mismo orden de ideas, la pena tiene un tiempo como señala Gonzalo QUINTERO OLIVARES que “la duración temporal de la misma (...) ha de estar proporcionada al delito, en atención a la importancia del bien jurídico protegido y las características del hecho y el autor”¹³⁸, la temporalidad de la pena es labor de los legisladores, dado que son ellos quienes se encargan de establecer un mínimo o máximo y en concordancia con la protección del bien jurídico, la responsabilidad de los sujetos activos y el grado de participación.

Por otro lado, Francisco MUÑOZ CONDE refiere “los tres aspectos de la pena: su justificación, su sentido y su fin (...) la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas (...) y los más discutidos son los problemas sobre el sentido y el fin”¹³⁹, el contenido de una pena no

¹³⁷ Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Ob. Cit., p. 45.

¹³⁸ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo, Ob. Cit., p.77.

¹³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit., pág. 70.

solo es la proporcionalidad que debe existir entre la conducta y la consecuencia jurídica, sino también debe ser justificada respecto a la necesidad de su gravedad y el respeto a los derechos de la persona.

2.7.1.1. TEORIA DE LA PENA

Parte fundamental de la pena son las características y funciones que debe tener una consecuencia jurídica.

José Luis CASTILLO ALVA refiere que “(...) La teoría de la pena permite establecer la razón y la finalidad de sanción jurídico-penal y su aplicación al caso concreto al imprimir a la legislación, y a la aplicación y ejecución de la pena, una determinada orientación, que debe ponderar la defensa de la sociedad y la protección de la persona humana, aunado a ello que la sanción tiene que obedecer al principio de proporcionalidad”¹⁴⁰.

Mediante esta teoría se pretende buscar un equilibrio entre la creación, aplicación y posterior ejecución de la pena, la primera consiste que el legislador busque una justicia y proporción, en la segunda su aplicación se basa en la conducta que realiza el ser humano y su posterior sanción. En la tercera significa que una vez culminado el proceso penal, esta deberá ejecutarse en un Establecimiento Penitenciario o bajo otra modalidad.

Se han desarrollado diferentes teorías, entre las cuales se tiene:

¹⁴⁰ CITADO por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014) Manual de Derecho Penal – Parte General Volumen II, Pacífico Editores SAC., Primera edición, Lima – Perú, pág. 1340. [Francesco CARRARA menciona que “el fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemorizen los ciudadanos, ni que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda, el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad. En tal sentido, (...) es la protección y mantenimiento de los bienes jurídicos de la Sociedad, y que la pena debe mantener dicho orden”] y [José ANTÓN ONECA nos dice que “la pena tiene que ser absolutamente determinada y debe existir una proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre ella y el mal causado. Conforme a ello, la pena sirve a la realización de la justicia, en la medida que compensa la culpabilidad del autor (...) el sentido que la pena debe ser proporcionada al delito y englobada en la misma justicia correctiva o rectificadora que rigen las relaciones contractuales, con amplia percepción del principio de culpabilidad”].

a) **Teoría Absoluta.-** Para Dolores Eugenia FERNÁNDEZ MUÑOZ afirma “una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad. Una pena justa implica la retribución de una lesión cometida culpablemente”¹⁴¹, no solo se debe basar la pena en su vigencia y eficacia sino también debe ser dotada de justicia, aquella que reflejara la igualdad en la defensa de sus derechos sin tener que vulnerar los del otro. Por ende, la retribución no significa venganza, sino que sea a la medida de la conducta ilícita.

b) **Teoría Relativa.-** Para José CERESO MIR y Winfried HASSEMER indican que “las teorías absolutas buscan sólo el sentido de la pena en la imposición de la justicia, si tomar en cuenta los fines de utilidad social, estas teorías de la prevención asignan a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales. Son teorías utilitarias de la pena, y por ello, podemos considerar que siempre tienen en cuenta a la realidad”¹⁴², en esta teoría se busca el prevenir delitos y es por ello que para imponer una pena se requiere a su vez, proteger de determinados derechos e intereses, y evitar la continuación de delitos y delincuentes reincidentes.

Junto a esto, se tiene la clasificación de la prevención general y la prevención especial:

b.1) Prevención General.- Winfried HASSEMER señala que “la pena sirve para intimidar a todos los individuos con la finalidad que no cometan delitos. Se trata de una prevención que no actúa frente al delincuente sino frente a la colectividad, por esta razón se le denomina teoría de la prevención general”¹⁴³, esta clasificación busca que en su generalidad la sociedad deje de cometer actos ilícitos que pongan en peligro la vida de la persona y entre otros bienes jurídicos que requieren protección.

¹⁴¹ Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Ob. Cit., p.47.

¹⁴² Ibidem, p.54.

¹⁴³ Ibidem, p.55.

En la actualidad la criminalidad viene creciendo de una manera continua y sin tregua, ello ha significado de aumentar la gravedad de la pena y debate ante una regulación distante de la pena de muerte.

b.2) Prevención Especial.- Santiago MIR PUIG nos dice que “la prevención especial considera que la finalidad de la pena está dirigida a influir directamente sobre el agente de manera individual. Tiende a evitar consecuencias ilícitas futuras mediante la actuación sobre una persona determinada (...) se dirige a individuos ya delincuentes, de ahí radica también su denominación de prevención individual”¹⁴⁴, en esta clasificación se busca en específico al delincuente o individuo que ha cometido el acto ilícito, con el fin de imponer una pena para que en un futuro no vuelva a cometer otro acto ilícito que puede traer como consecuencias una pena más gravosa.

2.7.1.2. EL FIN DE LA PENA

La pena tiene fines preventivos para que las personas no vuelvan a cometer conductas delictivas y evitar vulnerar bienes jurídicos que constitucionalmente se encuentran protegidos en el ámbito nacional e internacional.

A su vez, María Rosa MORENO-TORRES HERRERA señala que “en primer lugar, el merecimiento de pena, es decir, pronunciarse sobre el desvalor, sobre la esencia del ilícito, que a su juicio está constituido únicamente por el desvalor de acción (aspecto valorativo). Y en segundo lugar, significa constatar la concurrencia de la necesidad de pena, que podría esbozarse, en principio, como la utilidad o conveniencia de la sanción penal (aspecto teleológico)”¹⁴⁵, la persona es objeto de una sanción por haber realizado un acto que contravenga la ley en este caso vulnera bienes jurídicos protegidos, y este

¹⁴⁴ Ibidem, p.62.

¹⁴⁵ Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Ob. Cit., p.1054.

merecimiento de pena es esencia del ilícito e ilegal actuar, es por ello la necesidad de establecer una pena para cada conducta.

Por tanto, Cesare BECCARIA nos dice que “el fin, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”¹⁴⁶, la prevención de la pena es evitar que los ciudadanos sigan cometiendo delitos que dañen a la sociedad o a los derechos humanos, por lo tanto aquella pena que se impondrá al sujeto debe ser proporcional pero a la vez eficaz y duradera para que sirva como medio correctivo y de lección, el hecho de elevar las penas no significa que el delincuente cambie sino estas deben reflejar autoridad ante los ojos de cualquier persona que quiera realizar un acto ilícito.

2.7.2. PRINCIPIOS RECTORES

Para una correcta, razonable y justa sanción penal se debe tener en cuenta los principios rectores que rigen la determinación judicial de la pena, para así no incurrir en sanciones que no tengan relación con el acto ilícito cometido.

- a) El principio de la función preventiva.-** En el Código Penal en sus artículos I y IX del Título Preliminar regula el objeto del Código y los fines de la pena y medidas de seguridad, siendo su base el artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

Víctor PRADO SALDARRIAGA señala que “Este principio también denominado teleológico sostiene que toda sanción penal, en tanto expresión del poder estatal, persigue una finalidad preventiva y una utilidad social. (...) En esencia, pues, el Principio de la Función Preventiva, exige que la pena, en su rol funcional de mecanismo de

¹⁴⁶ BECCARIA Cesare (2015) Tratado de los delitos y de las penas, Universidad Carlos III de Madrid, Taller Once, Madrid – España, pág. 33 y 34.

mantenimiento de la confianza social y de la defensa de bienes jurídicos, no puede ni debe ser usada por el Estado de modo prepotente o arbitrario, como un medio perturbador de la seguridad ciudadana (...)"¹⁴⁷.

Este principio tiene como base el artículo 1 de la Constitución Política del Perú donde establece que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, es decir, que la principal función que tiene es el de preservar los bienes jurídicos de cada tipo penal, para ello se requiere que el hecho cometido se subsuma a una norma penal correcta para que se cumplan las etapas de un proceso penal (debido proceso), y así no caer en medidas arbitrarias que dañen el sistema jurídico pero sobre todo a la persona.

Además, la pena debe guardar relación con la responsabilidad que tuvo el sujeto en la comisión del delito, por ello buscando una función preventiva se exige que la pena sea impuesta bajo los lineamientos exigibles teniendo como fin la defensa de los bienes jurídicos.

b) El principio de legalidad.- En el Código Penal en sus artículos II, III y VI del Título Preliminar regula el principio de legalidad, inaplicabilidad de la analogía y el principio de garantía de ejecución, y por su parte la Constitución Política del Perú lo regula en los literales a), b) y d) del inciso 24º del artículo 2º, en el inciso 9º del artículo 139º, y por último en su artículo 103º.

Miguel POLAINO NAVARRETE dispone que "únicamente puede sancionarse al autor de delito con las penas que previamente definió la ley de modo expreso. (...) Igualmente no pueden aplicarse retroactivamente penas desfavorables al imputado o condenado"¹⁴⁸.

Cuando un hecho ilícito ejecutado por una persona y este no se encuentre tipificado o reglamentado, no constituiría una sanción

¹⁴⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Ob. Cit., p. 122.

¹⁴⁸ *Ibíd*em p.123.

porque si no está regulado el supuesto delito por lo tanto no existe una consecuencia jurídica.

Asimismo, José LLORCA ORTEGA menciona “el derecho a la legalidad comprende un doble garantía, una de carácter formal, que da lugar a la exigencia de una Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, y el otro se refiere a la necesaria predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción de las mismas”¹⁴⁹.

Dentro del Estado como mencione anteriormente, son los legisladores encargados de crear normas en concordancia del día a día que se vive en la sociedad y posterior permita a través del campo penal aplicar la sanciones que requieran en contra del hecho ilícito, es decir, del individuo.

c) El principio de culpabilidad.- En el Código Penal en su artículo VII del Título Preliminar regula el principio de responsabilidad penal.

Según Víctor PRADO SALDARRIAGA describe que “el citado principio se resume en la clásica frase no hay pena sin culpabilidad. De ella derivan tres consecuencias de relevante sentido garantista y que son las siguientes:

- No hay responsabilidad objetiva ni pena por el mero resultado.
- La responsabilidad y la pena son por el acto y no por el autor.
- La culpabilidad es la medida y límite de la pena”¹⁵⁰.

Este principio se basa en relación al grado de responsabilidad o culpabilidad que tuvo el sujeto al momento de la ejecución del delito, si bien como mencione anteriormente nuestro Código Penal recoge

¹⁴⁹ LLORCA ORTEGA, José (2005) Manual de Determinación de la Pena, Edita Tirant Lo Blanch, Sexta Edición, Valencia – España, págs. 22 y 23.

¹⁵⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Ob. Cit., p.123 y 124.

dos grados de responsabilidad: autor y participación, es así que la culpabilidad debe estar reflejada a la intervención que tuvo el sujeto para así determinar la pena que corresponda.

- d) El principio de humanidad.-** Este principio se encuentra regulado en los literales g) y h) del inciso 24) del artículo 2, incisos 21) y 22) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y ello se manifiesta en el Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

El autor José Luis CASTILLO ALVA afirma que “El principal cometido del principio de humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No solo se busca, con ello reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino además determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre”¹⁵¹.

Nótese que la pena tiene una estrecha relación con el principio de humanidad respecto a la gradualidad, ello infiere que su aplicación al acusado debe ser razonable y proporcional, la cual debe basarse en el marco del tipo penal o en cuyo caso el juez tiene la facultad de determinar una pena adecuada a la responsabilidad, ponderando la protección del hombre.

- e) El principio de proporcionalidad.-** En el Código Penal en su artículo VIII del Título Preliminar regula la proporcionalidad de las sanciones.

El autor José LLORCA ORTEGA refiere “este principio proscribire el exceso sancionador atendida la entidad del delito cometido (...) que el principio de proporcionalidad está fundamentalmente dirigido al legislador en cuanto que es el autor de las normas jurídicas y el encargado de establecer las sanciones proporcionales a las conductas que tipifica”¹⁵².

¹⁵¹ *Ibíd*em, p. 126.

¹⁵² LLORCA ORTEGA, José, *Ob. Cit.*, pág. 32.

La función del legislador es importante porque de ahí parte la protección de bienes jurídicos y determinar la cualidad de aquellas personas que vulneren, sean pasibles de una sanción por su actuar ilícito, pero a su vez es importante que se encuentre tipificado en la normativa correspondiente, aunado a ello valorar el principio de proporcionalidad.

Para Víctor PRADO SALDARRIAGA señala “también se le conoce como principio de prohibición de exceso o de la pena justa (...) demanda que la pena debe guardar relación con el grado de responsabilidad del agente, con la magnitud del daño ocasionado y con la trascendencia del bien jurídico lesionado. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones penales debe guardar una equivalencia razonable, en sus dimensiones cualitativas o cuantitativas, con el tipo de delito cometido, con las circunstancias de su realización y con la intensidad del reproche que cabe formular a su autor”¹⁵³, el autor sostiene que al momento de imponer una pena esta debe ser justa y proporcional, es decir, que guarde relación con la magnitud del daño causado al bien jurídico protegido para lo cual deberá analizar cuidadosamente su culpabilidad para no sancionar con penas injustas o excesivas.

La proporcionalidad significa el grado de valoración que debe tener el juzgador al momento de determinar la pena, es decir, debe guardar relación en cuanto al delito cometido (acto ilícito) y posterior sanción que debe ser justa en todo aspecto y razonable basado en una debida argumentación a la decisión llegada.

2.7.3. DETERMINACIÓN LEGAL Y JUDICIAL DE LA PENA

Para un mejor desarrollo de la determinación judicial de la pena es importante y pertinente diferenciar, entre la determinación legal de la pena y la determinación judicial de la pena, por lo cual diferentes autores conceptualizan o definen ambos términos de la siguiente manera:

¹⁵³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. Cit. p.127 y 128.

Todo empieza cuando Gonzalo QUINTERO OLIVARES indica que “en términos generales, determinar la pena consiste en fijar cuáles han de ser las consecuencias jurídicas que debe producir un injusto penal, fijación que tendría que hacer el juez teniendo en cuenta la gravedad del hecho, su naturaleza y las condiciones que concurren en el autor. La elección de la sanción deberá hacerla entre las posibilidades legalmente previstas. Esas serán, más o menos, vinculantes para el juez ello depende de criterios fundamentales inspiradores del sistema. Por consiguiente, en todo caso, la determinación de la pena habrá de pasar por dos estadios: el legal y el judicial”¹⁵⁴.

El juez es el encargado de determinar la pena para el sujeto o sujetos concurrentes en la comisión del delito, al referirnos de legal nace de los legisladores y la parte judicial es labor de los administradores de justicia, siendo ellos quienes deban atender todos los aspectos que requieran para llegar a una sanción justa y razonable sin vulnerar derechos.

En este mismo orden de ideas, Miguel TOYOHAMA ARAKAKI nos dice que “La determinación legal de la pena se alude al acto efectuado por el legislador, por medio del cual se formula un marco penal abstracto y similar para la generalidad de situaciones fácticas que se subsuman en la ley penal. Por otro lado, la determinación judicial de la pena es aquella en la que la conminación penal se concretiza a un hecho sometido a conocimiento del juez, valorándose aquí tanto el delito como al autor, lo que no sucede en la determinación legal de la pena”¹⁵⁵.

Nótese que el autor realiza una diferencia clara respecto a la determinación legal y judicial de la pena, dando lugar a que el legislador es el encargado de legalmente formular un marco general respecto a cada delito, estableciendo que dentro del Código Penal existe una pena con un mínimo y máximo, asimismo respecto a la parte judicial dicha labor recae en los jueces, de la cual deberá analizar y con ello argumentar la decisión de la pena impuesta al

¹⁵⁴ QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo, Ob. Cit., págs. 714 y 715.

¹⁵⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, Ob. Cit., p. 221.

sujeto, de acuerdo al delito atribuido y la sucesión de la pena conminada establecida en cada tipo penal, para ello el juez deberá cumplir todos los requisitos que señala el delito, especialmente el principio de culpabilidad y a su vez podrá aplicar las circunstancias de atenuación y agravación.

Asimismo, Raúl PEÑA CABRERA FREYRE nos dice que “La determinación judicial de la pena, como procedimiento coherente y sistemático, demanda un trabajo conjunto del legislador y del magistrado; si bien, el legislador tiene participación activa al momento de desarrollar la determinación legal de la pena, es decir, cuando formula un tipo penal, que constituye el marco punitivo abstracto, es el magistrado el que tendrá la responsabilidad de aplicarlo para un supuesto de hecho determinado teniendo en cuenta los fines de la pena y valorando las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que se presenten”¹⁵⁶.

El autor infiere en dos puntos diferentes, es que después de que el juez emita una sentencia condenatoria con la respectiva pena, el condenado deberá ser recluido en un Establecimiento Penitenciario donde cumplirá la pena establecida y con ello la ejecución de la misma, todo ello bajo los fines de resocialización y reinserción, es decir, darle una nueva oportunidad al condenado de poder formar parte de la sociedad. Además, el siguiente punto es respecto a que tanto el legislador y juzgador realizan una actividad en conjunto donde ambos cumplen papeles diferentes, pero se complementan al sancionar una acción ilícita, dando prioridad al ser humano frente a cualquier gravedad que recae en su persona, asimismo no dejando impune ciertos actos que dañan a la sociedad.

En suma, tanto el legislador como el juzgador actúan en forma conjunta respecto a la determinación legal y judicial de la pena, donde el primero está encargado de establecer un límite en cada delito y el magistrado es quien deberá aplicar dicha pena o medida respecto a la responsabilidad que tuvo el sujeto en comisión del delito, todo ello en base al grado de responsabilidad e intervención.

¹⁵⁶ Ibidem p. 221 y 222.

2.7.4. LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

El juzgador posee facultad discrecional al momento de determinar judicialmente la pena, a su vez está sujeto a un procedimiento jurídico bajo parámetros establecidos en el texto legal siendo un acto de aplicación del Derecho. Cabe mencionar que esta facultad no es equivalente a injusticia, abuso de autoridad o arbitrariedad, sino todo lo contrario, a razón que el juez si bien deberá basarse en el texto legal, ello no impide la posibilidad de aplicar el test de proporcionalidad.

Para Miguel TOYOHAMA ARAKAKI indica que “El procedimiento de determinación judicial de la pena es considerado como un acto de aplicación del Derecho, basado tanto en reglas escritas como en reglas no escritas. Así, debe considerarse que la facultad discrecional del juzgador también está vinculada jurídicamente, por lo que se trata de una discrecionalidad jurídicamente válida (...)”¹⁵⁷, la facultad discrecional del juez está reconocida jurídicamente y es válida para su aplicación por parte de cada juez, siendo una potestad libre e independiente, pero son sujeción al respeto de un debido procedimiento para determinar judicialmente la pena.

Por otro lado, algunos principios consagrados en el Código Penal deberán ser aplicados por el juez al momento de determinar la pena, entre los principios que tenemos son de proporcionalidad, culpabilidad, legalidad, entre otros. Además, en este caso, respecto a los Delitos contra la Administración Pública referente al “extraneus”, deberá valorarse el principio de culpabilidad donde la pena debe reflejar la responsabilidad del sujeto en la comisión del delito y también el grado de participación, como también el principio de proporcionalidad que evidencia lo justo y razonable en la pena.

Aunado a ello, cabe mencionar que en el artículo 21 del Código Penal permite al Juez disminuir prudencialmente la pena hasta por los límites inferiores al mínimo legal, es decir, los jueces poseen la facultad discrecional para imponer una pena por debajo del mínimo de la pena sin que signifique vulneración del

¹⁵⁷ Ídem.

principio de legalidad. Por lo tanto, mediante el test de proporcionalidad se puede aplicar al “extraneus” en los Delitos contra la Administración Pública una pena proporcional, justa y razonable atendiendo una responsabilidad atenuada.

2.7.5. LAS ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La determinación judicial de la pena es un procedimiento de carácter especial por el cual el juzgador está sujeto a tres etapas o fases para llegar a la sanción debida, ello constituye a que el juzgador pueda fundamentar con firmeza las razones por el cual se está imponiendo dicha pena, además se hace referencia a la facultad discrecional que tiene el juez, pero ello debe respetar los límites que se aprecia en el campo jurídico.

Asimismo, se menciona que la doctrina y la legislación según Víctor PRADO SALDARRIAGA se presenta un procedimiento práctico que se resume en dos clases, las cuales son: la identificación de la pena básica o determinación de la pena básica, la individualización de la pena concreta o determinación de la pena concreta e individualización de la pena atendiendo a las circunstancias especiales de agravación y atenuación.

- 2.7.5.1. LA IDENTIFICACIÓN DE LA PENA BÁSICA O DETERMINACIÓN DE LA PENA BÁSICA.-** Para Francisco Celis MENDOZA AYMA refiere que “esta etapa de la determinación legal está vinculado a la calificación jurídica del hecho punible, pues de ella se deduce la pena prevista abstractamente, en efecto, la calificación jurídica implica e identifica la pena abstracta conminada, que generalmente es el marco penal que corresponde al delito, que legislativamente ha sido determinado en función de la gravedad del hecho punible y/o criterios de prevención general”¹⁵⁸, en esta etapa se busca identificar la pena conminada del tipo penal, para ello es importante calificar jurídicamente la conducta de la persona para después conocer cuál es la sanción jurídica del tipo penal y posterior su aplicación.

¹⁵⁸ MENDOZA AYMA, Francisco Celis (2015) Presupuesto Acusatorio Determinación e Individualización de la Pena Procesal Penal, Jurista Editores E.I.R.L., Primera Edición, Lima – Perú, p. 107.

Asimismo, el autor Víctor PRADO SALDARRIAGA señala que “el primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena es precisar los límites de la pena o penas aplicables. Se trata de la etapa denominada identificación de la pena básica. A través de ella el juez establece un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final (...), en aquellos delitos donde por defecto de técnica legislativa sólo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, (...) el juez para completar su pena básica deberá recurrir a los límites genéricos que establece el artículo 29º que trata de las penas privativas de libertad”¹⁵⁹.

En todos los tipos penales que se encuentran en el Código Penal, tienen una consecuencia jurídica que viene hacer la pena conminada donde se establece un mínimo y máximo para que el juez tenga que determinar la pena, si bien en algunos delitos encontramos una de los dos límites, el juez deberá recurrir a lo establecido en el artículo 29º en la cual prescribe como pena mínima dos días y máxima treinta y cinco años. Además, existe jurisprudencia donde el juez aplico dicho artículo para imponer una pena al acusado, teniendo en cuenta su grado de responsabilidad y supuestos que permite colocar por debajo de la pena mínima.

A su vez, atendiendo el principio de legalidad a primera vista, el juez debe aplicar la pena prescrita en el tipo penal en concordancia al delito imputado dado que tiene la pena mínima y máxima para que el juez parta de ello, siempre teniendo en cuenta la responsabilidad de su conducta. Frente a ello, el juez tiene la facultad discrecional de determinar una pena distinta a la solicitada por el Fiscal en el Requerimiento de Acusación, pueda ser que sancione con la misma pena o una menor en relación al desarrollo del juicio oral y la actuación de los medios probatorios.

¹⁵⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Ob. Cit., p. 137 y 138.

Además, el procesamiento de esta etapa, genera dos consecuencias según Francisco Celis MENDOZA AYMA:

- a. “La determinación del marco legal en abstracto para el hecho punible, permite la identificación el espacio punitivo que será dividido en tercios.
- b. La prohibición de considerar otra vez el hecho punible para efectos de la concreción de la pena; en efecto el art. 45-A del Código Penal establece que <para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivos de delito o modificatorios de la responsabilidad>”¹⁶⁰.

Ambas consecuencias son parte fundamental para determinar la pena a los sujetos dado que dentro del marco abstracto será dividido en tercios (según Ley 30076) y que luego para llegar a la pena adecuada, se tomará en cuenta a la gravedad del hecho y la responsabilidad de los sujetos activos.

Por otra parte, en los delitos contra la Administración Pública se presenta una pena conminada cuya sanción será impuesta al autor y cómplice de estos delitos, pero atendiendo la teoría de infracción de deber, el autor es el funcionario o servidor público y el cómplice también pueda ostentar un cargo en la Administración Pública o en todo caso pueda ser un “extraneus”, para lo cual los jueces deberán valorar la condición de este ajeno de la Administración Pública, y así graduar la pena para el cómplice “extraneus”. A su vez, en la presente investigación el juez con facultad discrecional pueda fundamentar su decisión a través del Control Difuso (test de proporcionalidad) para que el cómplice “extraneus” sea pasible de una pena razonable y justa basándose en el principio de proporcionalidad, aunque exista una pena conminada, lo cual se estaría ponderando el principio de proporcionalidad sobre el principio de legalidad.

¹⁶⁰ MENDOZA AYMA, Francisco Celis, Ob. Cit., págs. 108 y 109.

2.7.5.2. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA CONCRETA O DETERMINACIÓN DE LA PENA CONCRETA.-

Para el autor Víctor PRADO SALDARRIAGA, se tiene “En la segunda etapa del proceso de determinación judicial de la pena, le corresponde al juez la individualización de la pena concreta dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se trata, pues, de un quehacer exploratorio y valorativo que se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso”¹⁶¹, una vez que el juez identifique la pena conminada del delito o caso contrario aplicar la pena básica (general) lo que sigue es que el juez individualice la pena concreta entre los límites fijados en el tipo penal u otro, a la vez la pena que fijara el juez se determinara evaluando la concurrencias de circunstancias agravantes o atenuantes y de ello aplicar los tercios inferior, intermedio y superior.

Por otro lado, James REÁTEGUI SÁNCHEZ indica que “en la medida que la realización de derecho a sancionar del Estado solo está justificada cuando se ha lesionado o se pone en peligro bienes jurídicos tutelados (...) solo hay responsabilidad penal si existe vinculación admitida son dolo y culpa; y comprobada esta vinculación es exigible su responsabilidad por la realización de tal hecho; es decir, el injusto tiene carácter personal (...)”¹⁶².

La responsabilidad sea por dolo o culpa del autor y cómplice en los delitos contra la Administración Pública refleja la sanción que recibirá ambos sujetos por haber vulnerado bienes jurídicos protegidos, pero que ello también va en relación a sus atenuantes o agravantes, que deberá ser tomado en cuenta en la fundamentación de la pena por el fiscal, y posterior el juez con facultad discrecional determine la pena a favor del Ministerio Público o una distinta siempre considerando que en los delitos de infracción de deber son distintos a los delitos

¹⁶¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. Cit. p. 138.

¹⁶² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Ob. Cit., pág. 1345.

comunes, por ende requiere que se aplique el test de proporcionalidad para el cómplice “extraneus” por el hecho que debe ser menor al autor, partiendo de los deberes que infringe este sujeto y que el cómplice “extraneus” es una persona ajena a la Administración Pública.

A su vez, el proceso de individualización de la pena tiene dos pasos según Francisco Celis MENDOZA AYMA, las cuales son las siguientes:

a) “El producto del primer paso es una pena exacta, resultado del juicio de culpabilidad como <medida de la pena exacta> o la crueldad estatal en su <justa> medida; esa operatividad de la individualización de la culpabilidad se realiza dentro de un marco concreto” ¹⁶³, para establecer una pena fija deberá existir la culpabilidad de cada sujeto y así poder individualizar su responsabilidad y la pena a imponer.

b) Al test de proporcionalidad para evaluar la razonabilidad constitucional de esta cuantía determinada conforme al caso concreto: “El principio de proporcionalidad sirve como herramienta para la ponderación entre principios constitucionales en conflicto, pues la optimización de un principio implica la menor satisfacción del otro. Corresponde al Juez evaluar si esa reducción es proporcionada, conforme a la importancia del principio afectado”¹⁶⁴, como se mencionó en el anterior capítulo, dentro de la proporcionalidad se concibe un test de proporcionalidad que ayuda a aplicar la pena adecuada.

b.1) Razones para preponderar.- “La individualización de la pena es un caso difícil, pues debe resolver la tensión que se presenta entre las razones a favor y en contra de la cuantía de pena a imponerse, frente a esta tensión, el principio de proporcionalidad es la herramienta argumentativa por excelencia, (...) por tanto el

¹⁶³ MENDOZA AYMA, Francisco Celis, Ob. Cit., pág.147.

¹⁶⁴ Ibídem, pág.151.

principio de proporcionalidad debe emplearse en la decisión judicial de la imposición de una cuantía de pena al sentenciado para evaluar su razonabilidad constitucional”¹⁶⁵, para que el juez individualice la pena a los sujetos suele siempre ver cuestionamientos de la cuantía y por ello la importancia de emplear el principio de proporcionalidad como herramienta que fortalece la decisión judicial e imponer una pena razonable al sujeto.

b.2) Estructura del juicio de proporcionalidad.- Eugenio Raúl ZAFFARONI indica que “el principio de proporcionalidad se constituye en un filtro de contención que se expresa en la intervención mínima (...) el Derecho Penal es un Estado Democrático de Derecho, contiene el poder punitivo, permitiendo únicamente su intervención antes los ataques más intolerantes que se realicen contra bienes constitucionalmente valiosos”¹⁶⁶, como objeto del Derecho penal es sancionar aquellas conductas que vulneren bien jurídicos protegidos y pongan en peligro a la sociedad, también es importante la aplicación del principio de proporcionalidad dado que es un medio de límite para arbitrariedades.

Comprende tres conceptos parciales o llamados subprincipios del test de proporcionalidad:

- “La idoneidad.- Exige la adecuación de la pena a sus fines, que sea apta para alcanzar la finalidad que la justicia.
- Necesidad.- Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y sea más benigno con el derecho afectado.
- Proporcionalidad en sentido estricto.- permite establecer el límite máximo del poder punitivo habilitante, y evaluar la

¹⁶⁵ *Ibidem*, págs. 155 y 156.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pág.158.

razonabilidad constitucional de la pena exacta dentro del marco punitivo concreto”¹⁶⁷.

Estos tres subprincipios del test de proporcionalidad refuerzan la decisión judicial en base a argumentos que buscan lo razonable, justa y proporcional pena. La idoneidad es el reflejo de la justicia de la pena a imponer, la necesidad refiere la no existencia de otras medidas jurídicas. En la presente investigación se busca sancionar el actuar del “extraneus” con una pena proporcional o cabe también una reparación civil en concordancia con el derecho vulnerado. Por último, se tiene la proporcionalidad en sentido estricto que busca una pena a imponer dentro del marco punitivo o caso contrario bajo la facultad discrecional de los jueces puedan aplicar una pena por debajo del mínimo legal.

En resumen, Francisco Celis MENDOZA AYMA nos dice que “debe tenerse en cuenta que, con mucha frecuencia, se presentan casos concretos, en los que se hace imperioso vencer la mera legalidad del marco punitivo. En efecto, aplicando el test de proporcionalidad podría justificarse, la individualización de la pena en una cuantía inferior al marco concreto, y aún su no imposición, siempre y cuando las razones en contra de imponer la pena que se configuren en razones inderrotables en el juicio de ponderación”¹⁶⁸, nótese que el autor menciona que mediante la test de proporcionalidad cabe imponer una pena por debajo del marco legal pero que deberá basarse en razones de ponderación al final de no vulnerar principios.

2.7.5.3. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA ATENDIENDO A LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE AGRAVACIÓN Y ATENUACIÓN. - Posterior de haber identificado la pena básica y la individualización de la pena concreta, se tiene que valorar y atender las

¹⁶⁷Ibidem, pág. 158, 159, 160, 163 y 165.

¹⁶⁸ Ibidem, pág. 166.

circunstancias especiales de agravación o atenuación que puedan existir en el sujeto antes de imponer una pena.

Para ello Miguel TOYOHAMA ARAKAKI refiere que esta tercera fase o etapa se refiere a que el juez “deberá valorar las circunstancias cualificadas, las que implican que se aplique la pena señalada en el marco concreto, por debajo o por encima de los límites de la pena tipo, la cual se puede denominar individualización complementaria, puesto que no siempre se podrá presentar en el caso concreto”¹⁶⁹, dado que existe ya la identificación de la pena básica e individualizado la pena concreta en concordancia con la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, cuya fijación será dentro de los tercios.

En esta última etapa, procede que el juez deberá considerar circunstancias especiales en los atenuantes y agravantes, es decir, que se puede aplicar la pena entre el tercio inferior, intermedio y superior y así se determinará la pena dentro de los límites de la pena básica del delito que viene hacer la pena conminada.

En suma, estas etapas significan el hecho de considerar no solamente aplicar penas severas sin tener en cuenta situaciones que puedan disminuir la consecuencia jurídica del autor o cómplice “extraneus”, entendiendo que el delito y sanción son elementos distintos y que el juez deberá ponderar derechos o principios que puedan colisionar con el fin de determinar una pena justa, razonable y proporcional para el cómplice “extraneus” en los Delitos contra las Administración Pública.

2.7.6. SISTEMA DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Para el autor Percy GARCÍA CAVERO existen tres sistemas de determinación judicial de la pena:

¹⁶⁹ Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R y VV.AA. Ob. Cit. p. 236.

- a) “En primer término, se encuentra el sistema de penas utilizado por el Código Penal francés de 1791 que establecía penas fijas absolutamente determinadas por el legislador.

- b) En segundo término, se encuentra, el sistema de penas indeterminadas utilizado en el Derecho anglosajón, en el que se deja amplio arbitrio al juez para fijar la pena”¹⁷⁰.

En el primer sistema solo los jueces podían aplicar la pena dentro del marco legal que fue establecido por los legisladores, es decir, la pena conminada de cada tipo penal, y en el segundo es todo lo contrario, dado que se deja a voluntad de los jueces fijar una pena para los sujetos activos, pero a la vez deja el vacío de un actuar arbitrario en ciertos casos que no deberían recibir dicha pena.

- c) “El tercer sistema consiste en una ponderación de ambos extremos, es decir, se asume un sistema de penas parcialmente determinadas en la ley que deja ciertos márgenes de discrecionalidad judicial. Dentro de este tercer sistema caben dos vertientes: o el legislador fija simplemente un límite mínimo y máximo de pena (...) o establece además ciertas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afectan el marco penal abstracto, así como criterios específicos que el juez debe considerar en su labor de individualización de la pena. Nuestro Código Penal ha seguido, con propias particularidades, este último sistema de determinación de la pena”¹⁷¹.

Este último sistema para determinar judicialmente la pena engloba dos vertientes, la primera como se mencionó anteriormente es labor de los legisladores crear un tipo penal que nace por la conducta, accionar y comportamiento de los sujetos en la sociedad, y para que se configure como delito es necesario una consecuencia jurídica. Y la segunda es que los jueces si bien deben imponer una sanción dentro de la pena

¹⁷⁰ CITADO por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Ob. Cit., pág. 1346.

¹⁷¹ Ídem.

conminada, ello no evita la posibilidad que los jueces a través de su facultad discrecional impongan una pena proporcional al hecho ilícito.

Al referirnos a la individualización, es una etapa en que los jueces deberán especificar cuál fue su grado de participación de cada sujeto para así imponer una pena a la medida de la acción ilícita y junto a ello determinar qué pena deberá imponerse a los sujetos de acuerdo a su accionar y responsabilidad.

En la presente investigación nos enfocamos en el “extraneus” aquel sujeto que no teniendo vínculo con la Administración Pública es pasible a una pena igual al del autor o dentro del marco legal, teniendo en cuenta que en estos delitos los autores solo pueden ser funcionarios y servidores públicos dado que son representantes del Estado, por ende su actuar es más grave que el de un “extraneus” – cómplice, aunado a ello mediante la presente investigación no se busca impunidad sino justicia mediante el principio de proporcionalidad, que los jueces apliquen penas razonables y justas.

CAPITULO III

HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES

3.1. HIPOTESIS

a) HIPÓTESIS GENERAL:

Se afecta el principio de proporcionalidad de la pena, dado que no implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, a razón que se pretende alcanzar la pena justa que debe imponerse al cómplice primario “extraneus”.

b) HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

- No se vulnera el principio de legalidad por el hecho de apartarse de la pena conminada, dado que se pretende conservar la imputación (delito) y aplicar la pena general.
- El utilizar el test de proporcionalidad a través del Control Difuso implica sancionar con una pena razonable y justa, evitando la impunidad al cómplice primario “extraneus” en los delitos contra la Administración Pública.

3.2. VARIABLES E INDICADORES

a) HIPÓTESIS GENERAL:

i. Variable Independiente:

La afectación del principio de proporcionalidad.

Indicadores: El análisis de la información escrita obtenida y de las encuestas realizadas.

ii. **Variable Dependiente:**

El cómplice “extraneus” recibe una pena que llega hacer la misma o similar a razón que se impone una sanción dentro de la pena conminada y vulnerando el principio de proporcionalidad.

Indicadores: Sentencias judiciales respecto a los Delitos Contra la Administración Pública de la Región de Tacna y las encuestas.

b) **PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:**

i. **Variable Independiente:**

El no aplicar la pena conminada

Indicadores: Análisis de las encuestas realizadas y de la información recabada.

ii. **Variable Dependiente:**

No se vulnera el principio de legalidad.

Indicadores: Análisis de la información.

c) **SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:**

i. **Variable Independiente:**

Aplicar el test de proporcionalidad mediante el Control Difuso.

Indicadores: Análisis de las encuestas y de la información recabada.

ii. **Variable Dependiente:**

Sancionar con penas justas y proporcionables.

Indicadores: Encuestas y Sentencias judiciales respecto a los Delitos contra la Administración Pública de la Región de Tacna.

CAPITULO IV

MARCO METODOLÓGICO

4.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

4.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación por su finalidad o propósito es INVESTIGACIÓN BÁSICA O PURA, debido a que está orientada a poder permitir un análisis de los principios y normas del Ordenamiento Jurídico penal peruano enfocándonos en materia de Delitos contra la Administración Pública.

Asimismo, por la fuente u origen de la información esta investigación puede clasificarse como DOCUMENTAL – BIBLIOGRÁFICO en razón que la fuente de información y de donde se va a realizar el proceso de análisis, indagación y estudio es a través de libros, revistas y demás documentos elaborados por estudiosos del derecho cuyo contenido se encuentre relacionado con la materia de la presente investigación.

Finalmente, por el ámbito en que se desarrolló, la presente investigación es DOGMÁTICA puesto que se desarrollara trabajos de interpretación, sistematización y categorización de los principios y teorías que guarden relación con el tema de investigación.

4.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de la investigación es: Exploratoria y Descriptiva.

- **Investigación Exploratoria:** La presente tesis es exploratoria, puesto se trata en examinar por primera vez un problema, el cual aún no ha sido estudiado en nuestra región de Tacna. Esta investigación recogió antecedentes generales del problema ello a través de los diferentes comentarios de los estudiosos de derecho y para que nos permita determinar a partir de los datos

recolectados en la investigación adquirir el suficiente conocimiento, una posición completa respecto a la pena que debe ser impuesta al cómplice “extraneus” en los delitos contra la Administración Pública.

- **Investigación Descriptiva:** En esta investigación se describen los componentes principales de la realidad al momento de determinar judicialmente la pena para el cómplice “extraneus” en los delitos especiales. Mediante este proceso conoceremos y determinaremos las características, clasificaciones, teorías que se aplican y principios que se vulneran en la esfera de los Delitos de Infracción de Deber.

4.2. DETERMINACIÓN METODOLÓGICA

El Método de Investigación por el origen de los datos es documental, dado que este proceso se centra en la indagación a través del estudio y análisis de fuentes documentales. Por lo tanto, la fuente de la información en la presente investigación es el análisis y estudio de documentos, tales como normas, principios, teorías, el Código Penal, la Constitución Política del Perú, Casaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República, Expedientes Judiciales (sentencias), libros, revistas, artículos, entre otros.

4.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO

4.3.1. POBLACIÓN

Tal como se refirió, la información que se recogió para la presente investigación jurídica son los documentos, entre los cuales se analizó normas, principios, teorías, la parte general del Código Penal, la Constitución Política del Perú, Casaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencias Judiciales, libros, revistas, entre otros. Además, respecto a los sujetos de estudio se tuvo acceso a personas que conocen la materia y así se obtuvo la información necesaria.

Los elementos mencionados, constituyen poblaciones pequeñas, debido al carácter exploratorio de esta investigación; dado que nos hemos enfocado en Sentencias Judiciales del Distrito de Tacna todo ello respecto a los Delitos contra la Administración Pública, así como las personas que participaron en esta investigación; con ello se formó un grupo representativo de elementos que facilitaron la aplicación de técnicas e instrumentos de investigación, así como el análisis de los datos.

4.3.2. MUESTRA

El tamaño de las muestras de ambas poblaciones, Sentencias Judiciales en materia Penal referido a Delitos de Corrupción de Funcionarios son una totalidad de 24, siendo en el Primer Juzgado Unipersonal 13 sentencias, Segundo Juzgado Unipersonal 5 sentencias, Tercer Juzgado Unipersonal 4 sentencias y del Juzgado Colegiado 2 sentencias.

Así como las personas que participaron en esta investigación a través de encuestas son 10 Fiscales de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, 5 Jueces de etapa de Juzgamiento y 87 Abogados independientes, estando determinadas en función al universo de elementos existentes, pero principalmente dependerá del tipo de investigación que se va a llevar a cabo; por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza exploratoria de esta investigación, se realizó un estudio indagatorio, el tamaño de la muestra fue determinada por el criterio y discreción del investigador.

4.3.3. SELECCIÓN DE MUESTRA

Para llevar a cabo el proceso de muestreo, se delimitó deliberadamente el número de elementos contenidos en la población de Sentencias Judiciales en materia penal, específicamente en casos de Delitos contra la Administración Pública, donde se resuelve con la aplicación de la Teoría de la Unidad de Imputación, para lo cual se va

usar el Método de Muestro No Aleatorio o No Probabilístico en la modalidad de casos en las Ciudad de Tacna.

De igual modo, se utilizó el mismo método para obtener la muestra de las personas a las cuales se encuestó, es decir, la utilización de técnicas e instrumentos para la recolección de información.

4.3.4. CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA

4.3.4.1. CRITERIOS DE INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión que se seleccionó de las muestras de las dos poblaciones antes mencionadas, son los siguientes:

- Sentencias Judiciales de Procesos Penales en primera o segunda instancia que contengan la materia referida a los Delitos Contra la Administración Pública, donde el juez interprete la tipicidad subjetiva concerniente al autor y cómplice primario “extraneus”.
- Casaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República que contengan la materia referida a los Delitos Contra la Administración Pública, donde los jueces interpreten, analicen y apliquen la teoría de unidad de imputación, la teoría de ruptura de imputación concerniente al autor y cómplice primario “extraneus”. Respecto al control difuso si existiese casos donde se aplique esta facultad por los jueces, que no necesariamente sean Delitos de Infracción de Deber.
- Jueces, Fiscales y Abogados que investigan, conocen, analizan y litigan respecto a la materia de Delitos Contra la Administración Pública.

4.3.4.2. CRITERIOS DE EXCLUSION

Los criterios de exclusión a tomar en cuenta para la selección de las muestras son los que siguen:

- Sentencias Judiciales, Casaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República, Expedientes Judiciales cuya materia sean los demás delitos que no se encuentran dentro del Capítulo II Delitos cometidos por Funcionario Público de los artículos 376º al 401-B del Código Penal.
- Estudiantes de Derecho de las Universidades privadas y públicas de todo el Perú.

4.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

4.4.1. TÉCNICAS

Teniendo en cuenta la naturaleza de los elementos que conforman las poblaciones de las cuales se va recabar información necesaria para la investigación jurídica, se utilizó las encuestas para obtener la información de los sujetos de estudio a fin de que emitan opiniones, conocimiento, actitudes o sugerencias que permitan al investigador realizar un respectivo análisis de toda la información obtenida.

Además, el análisis de las sentencias judiciales que se obtuvo para así interpretar, observar y anotar las características más relevantes en relación al tema de investigación, todo ello a través de la ficha de observación.

4.4.2. INSTRUMENTOS

El instrumento aplicarse será acorde a las técnicas propuestas, para así recabar la información necesaria e importante:

- Se utilizó el cuestionario que es un método en la cual se formulan las interrogantes plasmadas en un papel impreso destinado a obtener respuestas sobre el problema de estudio y que el sujeto investigado llene por sí mismo, la cual fue revalidada por el asesor de la presente investigación.
- Se utilizará la Guía de Observación, la cual fue revalidada por el asesor de la presente investigación.

4.4.3. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Se aplicó un análisis respecto a la información recabada mediante las técnicas e instrumentos que utilizaron referido al tema de investigación, las cuales orientaron la actuación Judicial, Fiscal y de los Abogados en relación a los Delitos Contra la Administración Pública. De esta forma, los resultados obtenidos se interpretarán inicialmente, mediante el programa Microsoft Excel en el cual se realizaron las fórmulas y cuyo resultado fueron los gráficos estadísticos para así llegar a las conclusiones.

CAPITULO V
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN
DE LOS RESULTADOS

5.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO – FICHA DE OBSERVACIÓN

5.1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información tomada de las Sentencias Judiciales fue obtenida a través de la Ficha de Observación realizada sobre aquellas sentencias en materia penal, específicamente en los Delitos de Corrupción de Funcionarios donde el autor es un funcionario o servidor público y que el cómplice puede ser una persona que ostente dicho cargo o un “extraneus”, es decir, un extraño o ajeno a la Administración Pública que carece de deberes frente al Estado.

La muestra fue tomada de las Sentencias Judiciales del 2013 al 2016 en la Ciudad de Tacna.

Por otro lado, para el análisis se tomará en cuenta los juzgados, delitos, acusados, la decisión del juez o jueces, y la pena que viene hacer la determinación judicial que refleja la proporcionalidad para el autor y cómplice, para luego relacionarlas con las variables materia de investigación.

Finalmente, se logrará vincular los resultados para la respectiva variable, de manera de que su discusión teórica nos llevó a la interpretación de la problemática inicialmente planteada y la presentación de conclusiones.

5.1.2. TABULACIÓN DE LOS DATOS

Para la tabulación de los datos se ha utilizado cuadros en hoja electrónica del programa Microsoft Excel, en una hoja se ha

confeccionado un cuadro matriz donde se alimentaron los datos obtenidos de la Ficha de Observación, asignando una columna por ítem y colocando en filas cada unidad de análisis con las respuestas, para obtener el resultado de la sumatoria de todas las respuestas. Y en base al cuadro antes en mención se ha confeccionado los gráficos de barra.

5.1.3. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

a) DISEÑO DE PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

La información recopilada luego de ser procesada a través de las herramientas de la estadística descriptiva, es presentada por medio de cuadros y gráficos, en el siguiente orden:

- Los Juzgados: El 1º Juzgado Unipersonal, 2º Juzgado Unipersonal, 3º Juzgado Unipersonal y Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial.
- Información respecto a los delitos.
- Datos de los acusados, es decir, autor o cómplice.
- Información sobre el sentido de las Resoluciones Judiciales.
- La cuantía de la pena.

b) PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN

La información obtenida a través del cuadro matriz, se ha trasladado a los cuadros estadísticos y se han estructurado gráficas para la mejor apreciación de los porcentajes y niveles de composición de sectores o ítems, y en la parte inferior se hace un comentario destacando algún hecho significativo, si los hubiere.

c) DATOS DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS

Las unidades de análisis se basan en las características que se encuentran en la matriz del cuadro, las cuales son expuestas en los primeros cuadros, para posteriormente pasar a detallar el objeto mismo de nuestra investigación.

Para las variables se ha tomado los datos de las Sentencias Judiciales en materia penal específicamente de los Delitos de Corrupción de Funcionarios en contra de un sujeto público (funcionario o servidor público) y del “extraneus”, que contienen el delito, el sentido de la Sentencia y la determinación judicial de la pena, por lo que, tal como se ha explicado anteriormente, el tamaño de la muestra fue determinada por el criterio y discreción del investigador, para lo cual se utilizó el Método de Muestreo No Aleatorio o No Probabilístico, en la ciudad de Tacna.

d) RESULTADOS:

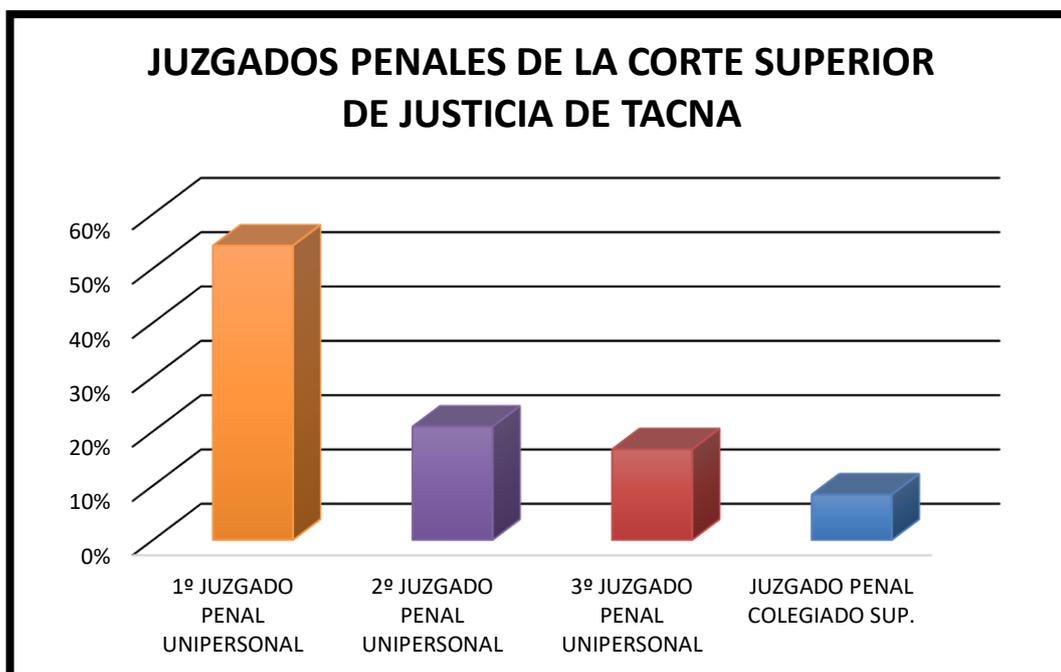
CUADRO N°01

JUZGADOS PENALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA

ALTERNATIVA	N°	%
1º JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	13	54%
2º JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	5	21%
3º JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	4	17%
JUZGADO PENAL COLEGIADO SUP.	2	8%
TOTAL	24	100%

FUENTE: FICHA DE OBSERVACIÓN – NOVIEMBRE 2017

GRÁFICO N°01



FUENTE: CUADRO N°01

• **ANÁLISIS:**

De la totalidad de las Sentencias Judiciales en la Corte Superior de Justicia de Tacna, resalta el mayor porcentaje en el Primer Juzgado Penal Unipersonal con 54% desde el año 2013 al 2016 respecto a los Delitos de Corrupción de Funcionarios que fueron resueltos, en donde se demuestra la importancia de la actividad judicial en resolver los casos de corrupción, entendiendo la frondosidad de las investigaciones en cada uno de los Juzgados antes señalados.

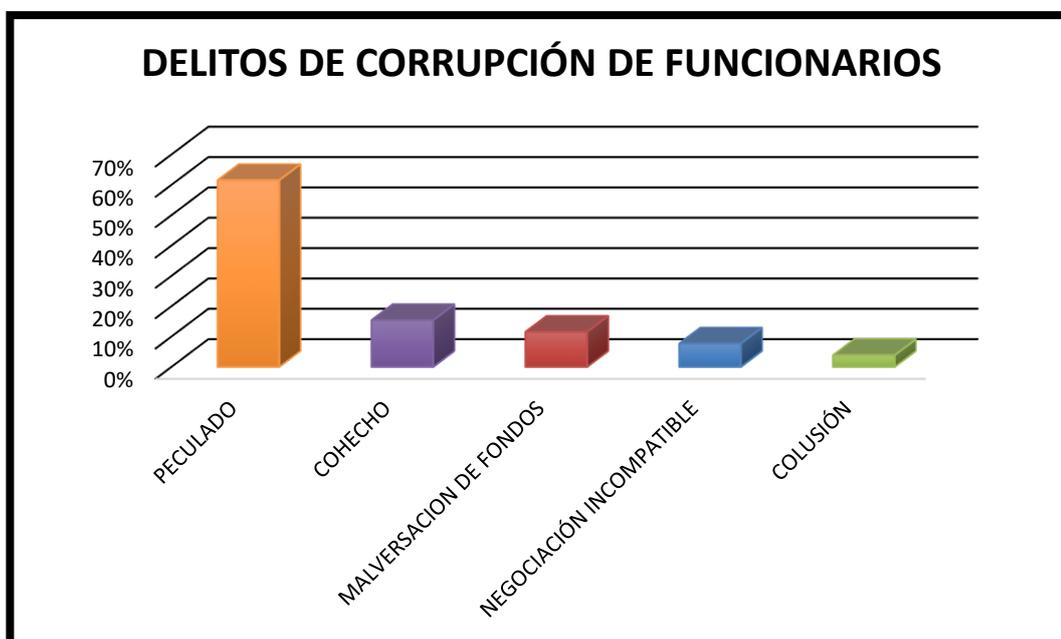
CUADRO N°02

DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

ALTERNATIVA	Nº	%
PECULADO	16	62%
COHECHO	4	15%
MALVERSACION DE FONDOS	3	12%
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	2	8%
COLUSIÓN	1	4%
TOTAL	26	100%

FUENTE: FICHA DE OBSERVACIÓN – NOVIEMBRE 2017

GRÁFICO N°02



FUENTE: CUADRO N°02

- **ANÁLISIS:**

De las Sentencias Judiciales respecto a los Delitos de Corrupción de Funcionarios se aprecia que el delito más frecuente es de Peculado con 62% y el delito de Cohecho con 15%, pero sin dejar a un lado que se vienen resolviendo delitos de Malversación de Fondo, Negociación Incompatible y Colusión, en el cual se demuestra que en los referidos delitos existe la participación de “extraneus” siendo calificados como cómplices primarios.

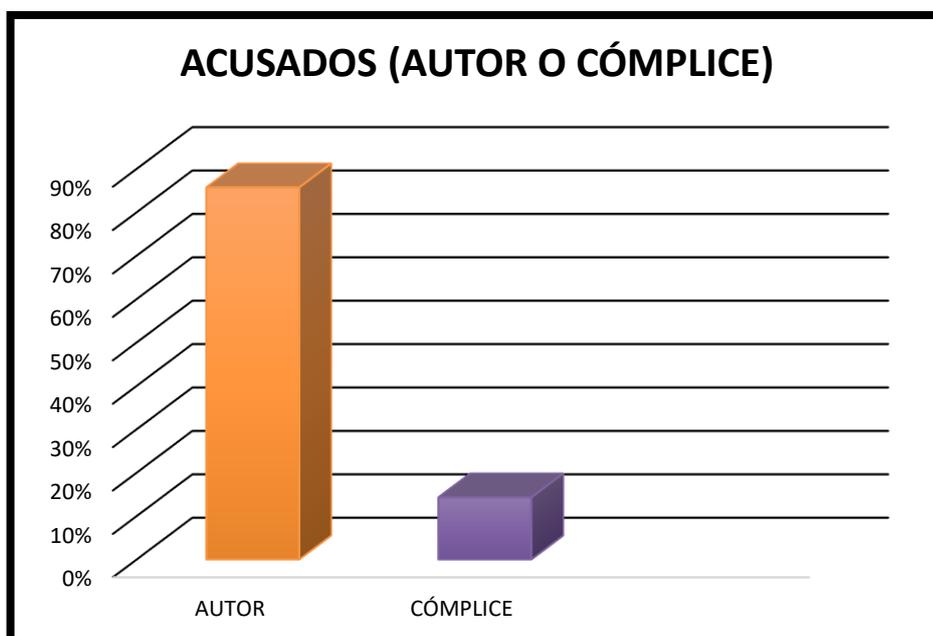
CUADRO N°03

ACUSADOS (AUTOR O CÓMPLICE)

ALTERNATIVA	Nº	%
AUTOR	24	86%
CÓMPLICE	4	14%
TOTAL	28	100%

FUENTE: FICHA DE OBSERVACIÓN – NOVIEMBRE 2017

GRÁFICO N°03



FUENTE: CUADRO N°03

- **ANÁLISIS:**

De las Sentencias Judiciales se aprecia que existe una mayor incidencia de responsabilidad penal para el autor en los Delitos de Corrupción de Funcionarios con un 86% y respecto a los cómplices sea funcionario o un “extraneus” se tiene un total de 14% en la cual se demuestra la participación activa de ambos sujetos y las responsabilidades en el hecho delictivos referente a los delitos de infracción de deber.

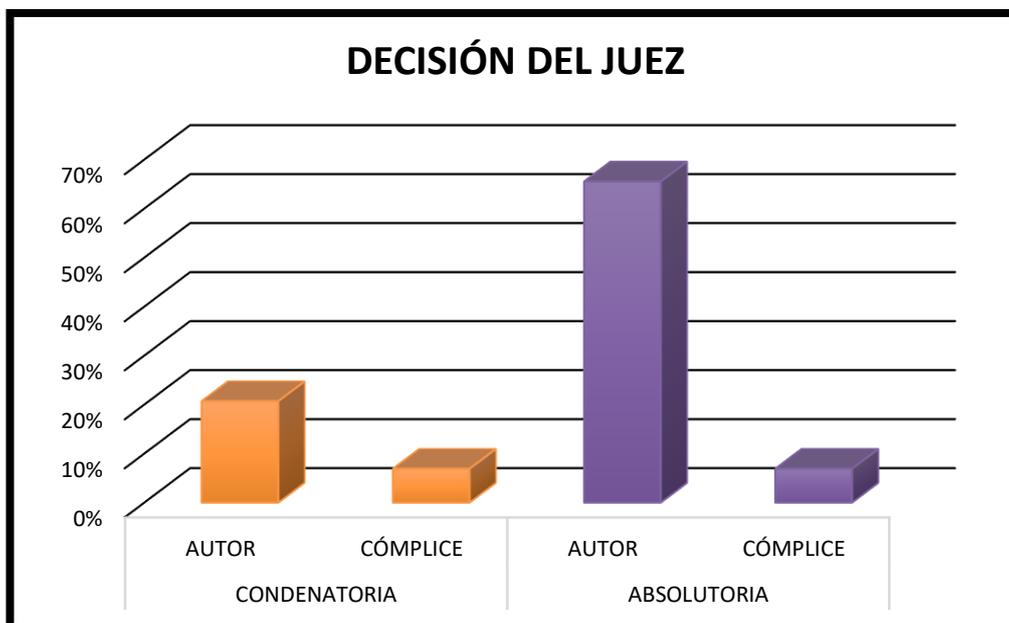
CUADRO N°04

DECISIÓN DEL JUEZ

ALTERNATIVA		Nº	%
CONDENATORIA	AUTOR	6	21%
	CÓMPLICE	2	7%
ABSOLUTORIA	AUTOR	19	66%
	CÓMPLICE	2	7%
TOTAL		29	100%

FUENTE: FICHA DE OBSERVACIÓN – NOVIEMBRE 2017

GRÁFICO N°04



FUENTE: CUADRO N°04

- **ANÁLISIS:**

En cuanto a la decisión de los Jueces, en la presente investigación se ha puesto en relieve que el autor en la mayoría de los casos suele ser absueltos de toda responsabilidad, y es así, que se demuestra que el 66% de funcionarios o servidores públicos son absueltos quedando libres de toda culpa y el 7% de los cómplices "extraneus" son absueltos, del cual se aprecia un desequilibrio entre ambos sujetos.

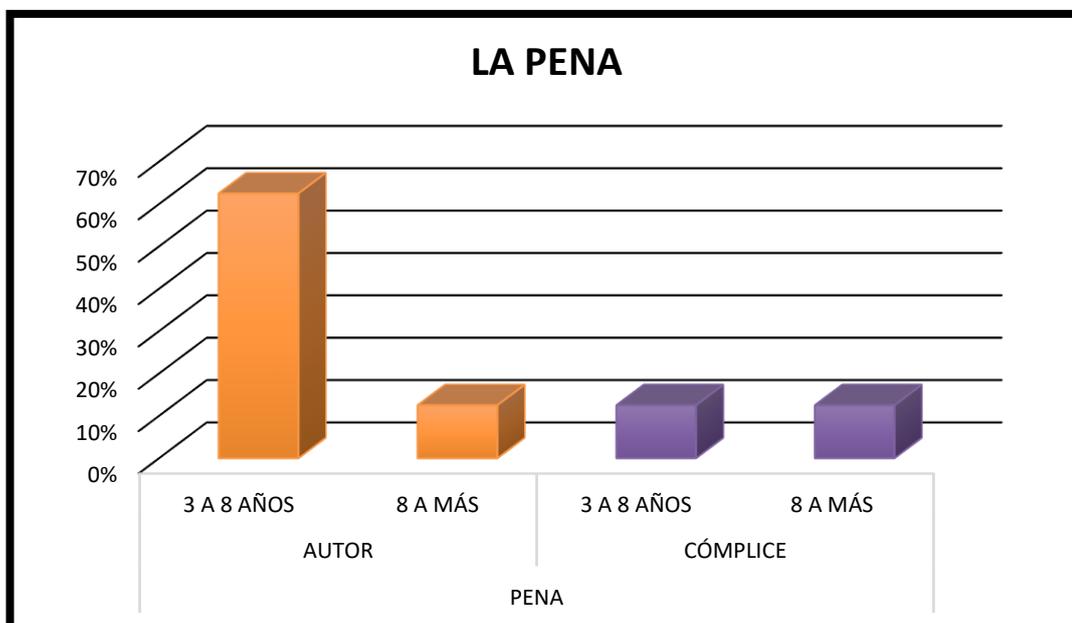
CUADRO N°05

LA PENA

ALTERNATIVA			Nº	%
PENA	AUTOR	3 A 8 AÑOS	5	63%
		8 A MÁS	1	13%
	CÓMPLICE	3 A 8 AÑOS	1	13%
		8 A MÁS	1	13%
TOTAL			8	100%

FUENTE: FICHA DE OBSERVACIÓN – NOVIEMBRE 2017

GRÁFICO N°05



FUENTE: CUADRO N°05

- **ANÁLISIS:**

En función a la pena, se ha observado que el 76% de funcionarios o servidores públicos se le impone una pena entre los tres años a más, pero siendo suspendidas y no efectivas. Y respecto a los cómplices el 26% son pasibles de una sanción condenatoria algunos con carácter suspendida y otras efectivas, lo cual se demuestra la impunidad de varios funcionario y servidores públicos que solo cumplen reglas de conducta sabiendo que tienen una mayor responsabilidad en su accionar cometida por la infracción de sus deberes.

5.2. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO – ENCUESTA

5.2.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información tomada a personas fue obtenida a través de las encuestas realizadas a profesionales que han conocido directamente el tema de investigación, principalmente abogados independientes, jueces y fiscales de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

La muestra fue tomada durante el mes de diciembre del 2017 en la Ciudad de Tacna, desde el 23 de octubre hasta el 28 de diciembre.

5.2.2. PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

Para la tabulación de los datos se ha utilizado cuadros en hoja electrónica del programa Microsoft Excel, en una hoja se ha confeccionado un cuadro matriz donde se alimentaron los datos obtenidos de los cuestionarios, asignando una columna por pregunta y colocando en filas cada unidad de análisis con las respuestas, para obtener el resultado de la sumatoria de todas las respuestas. En una segunda hoja se han enlazado los resultados de la primera hoja con las sumatorias y se han plasmado los textos del cuestionario, de modo que en esta segunda hoja nos sirve de cuadro base con los resultados. Y finalmente en base a la segunda hoja es que se ha confeccionado los gráficos.

5.2.3. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

a) DISEÑO DE PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

La información recopilada luego de ser procesada a través de las herramientas de la estadística descriptiva, es presentada por medio de cuadro y gráficos, en el siguiente orden:

- Los datos de las unidades de análisis.

- Información respecto al principio de proporcionalidad y legalidad.
- Información de la aplicación de las teorías de unidad y ruptura del título de imputación.
- La aplicación del Control Difuso por parte de los jueces para una determinación judicial de la pena proporcional, justa y razonable.

b) PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN

La información obtenida se ha trasladado a los cuadros estadísticos y se han estructurado gráficas para su mejor apreciación de los porcentajes y niveles de composición de sectores o ítems, que en la parte inferior se hace un comentario destacando algún hecho significativo, si los hubiere.

c) DATOS DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS

Las unidades de análisis tienen determinadas características, las que son expuestas en el cuadro matriz y posterior son trasladadas a cuadros individuales con su porcentaje para posteriormente pasar a detallar el objeto mismo de nuestra investigación.

Para las variables se han tomado en cuenta las encuestas en cuanto a los abogados independientes a razón que han patrocinado para la defensa de funcionarios y servidores públicos o de un "extraneus", también a los fiscales que conocen de forma más directa el proceso de investigación y posterior a los jueces cuya función principal es determinar judicialmente la pena que se le impondrá al autor y cómplice en los Delitos de Corrupción de Funcionarios, por lo que se ha tratado de hacer de manera proporcional la muestra.

d) RESULTADOS:

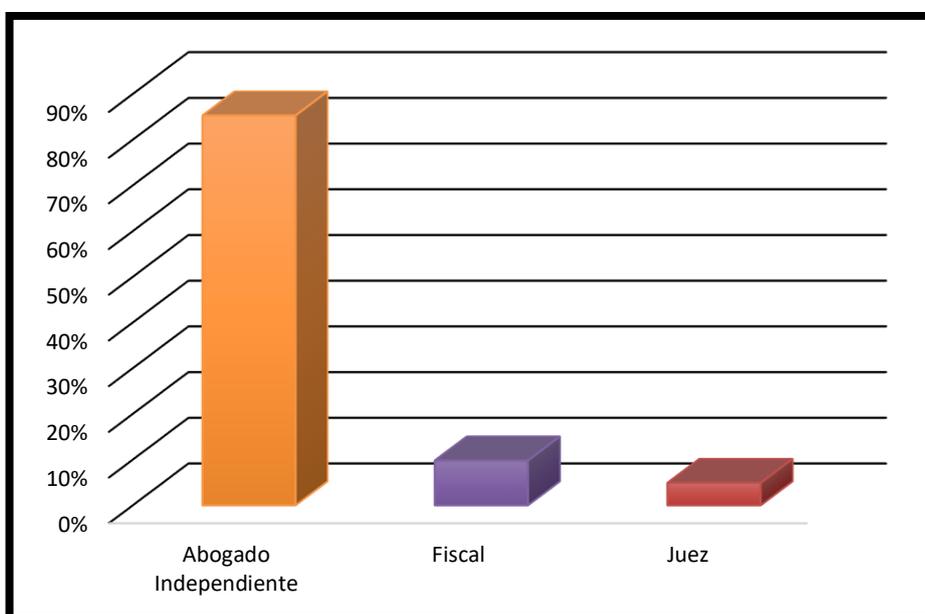
CUADRO N°06

OCUPACIÓN DEL ENCUESTADO

ALTERNATIVA	Nº	%
Abogado Independiente	87	85%
Fiscal	10	10%
Juez	5	5%
TOTAL	102	100%

FUENTE: Encuesta Diciembre 2017

GRÁFICO N°06



FUENTE: Cuadro N°06

• **ANÁLISIS:**

Se ha tomado la muestra de 87 abogados independientes en la Ciudad de Tacna a razón que patrocinan tanto a funcionarios y servidores públicos que vienen afrontando un proceso penal, como también es importante la opinión de los 10 Fiscales que pertenecen a la Fiscalía de Anticorrupción dado que son ellos quienes califican la autoría y complicidad en estos delitos y por último los 5 Jueces siendo ellos que ocupan una función primordial en toma de decisiones respecto a los Delitos de Corrupción de Funcionarios.

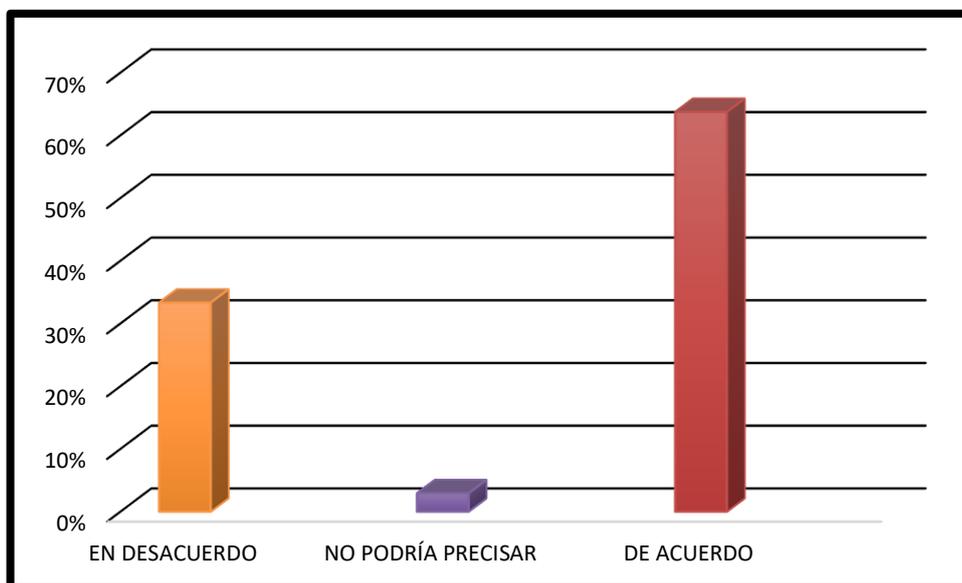
CUADRO N°07

CREE USTED QUE SE VULNERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL APLICAR AL CÓMPLICE “EXTRANEUS” LA MISMA PENA QUE DEL AUTOR

ALTERNATIVA	Nº	%
EN DESACUERDO	34	33%
NO PODRÍA PRECISAR	3	3%
DE ACUERDO	65	64%
TOTAL	102	100%

FUENTE: Encuesta Diciembre 2017

GRÁFICO N°07



FUENTE: Cuadro N°07

- **COMENTARIO:**

Una mayoría del 64% se muestra de acuerdo que opinan que se vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar la misma que al cómplice “extraneus” con la del autor y un 33% se encuentra en desacuerdo, lo que significa que no existe vulneración dado que el “extraneus” responde en concordancia al artículo 25 del Código Penal.

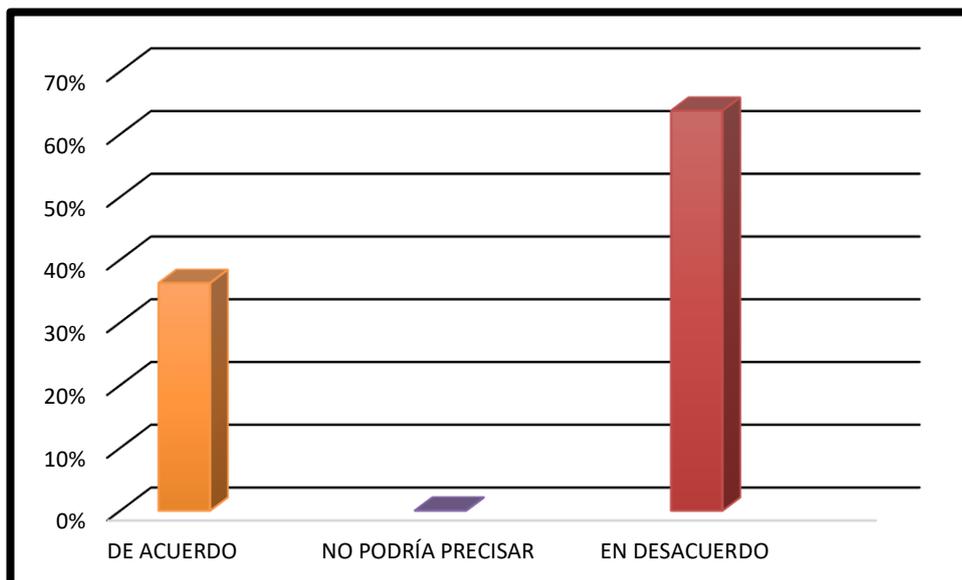
CUADRO N°08

EN CASO QUE NO SE APLIQUE LA PENA CONMINADA ESTABLECIDA EN EL TIPO PENAL PARA EL CÓMPLICE “EXTRANEUS” DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ¿SE VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

ALTERNATIVA	Nº	%
DE ACUERDO	37	36%
NO PODRÍA PRECISAR	0	0%
EN DESACUERDO	65	64%
TOTAL	102	100%

FUENTE: Encuesta Diciembre 2017

GRÁFICO N°08



FUENTE: Cuadro N°08

- **COMENTARIO:**

Un contundente 64% se encuentra en desacuerdo respecto a que no se vulnera el principio de legalidad si es que el Juez decide apartarse de la pena conminada del tipo penal dado que los Jueces tienen plena discrecionalidad y el 36% señala que está de acuerdo a razón que la legalidad constituye el marco legal del tipo penal.

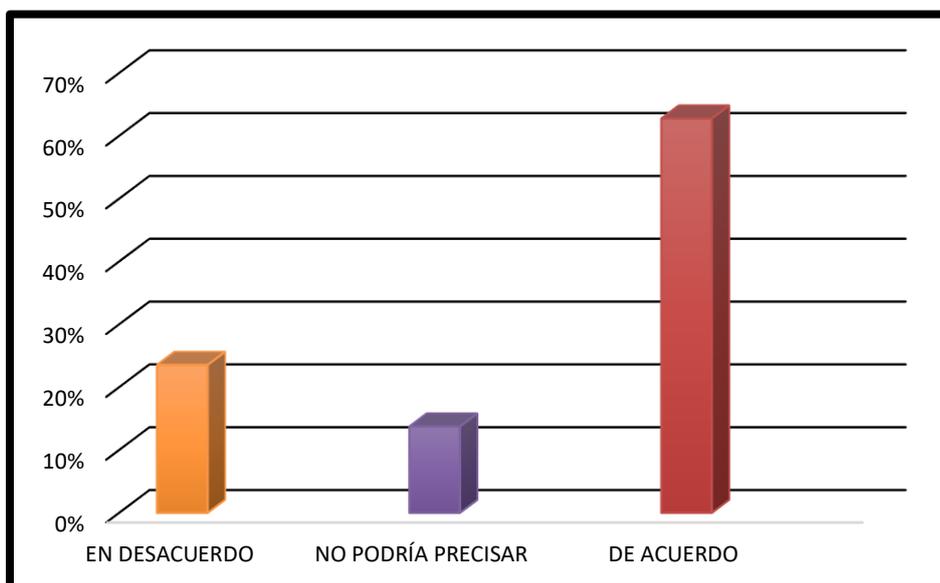
CUADRO N°09

¿SE DEBE CONTINUAR APLICANDO LA TEORÍA DE UNIDAD DE TÍTULO IMPUTACIÓN A NIVEL NACIONAL PARA EL AUTOR Y CÓMPLICE “EXTRANEUS” EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

ALTERNATIVA	Nº	%
EN DESACUERDO	24	24%
NO PODRÍA PRECISAR	14	14%
DE ACUERDO	64	63%
TOTAL	102	100%

FUENTE: Encuesta Diciembre 2017

GRÁFICO N°09



FUENTE: Cuadro N°09

- **COMENTARIO:**

Un 63% señala estar de acuerdo en continuar aplicando la teoría de unidad del título de imputación dado que supera el problema de la doble calificación y el 24% está en desacuerdo porque el “extraneus” no posee un deber jurídico.

CUADRO N°10

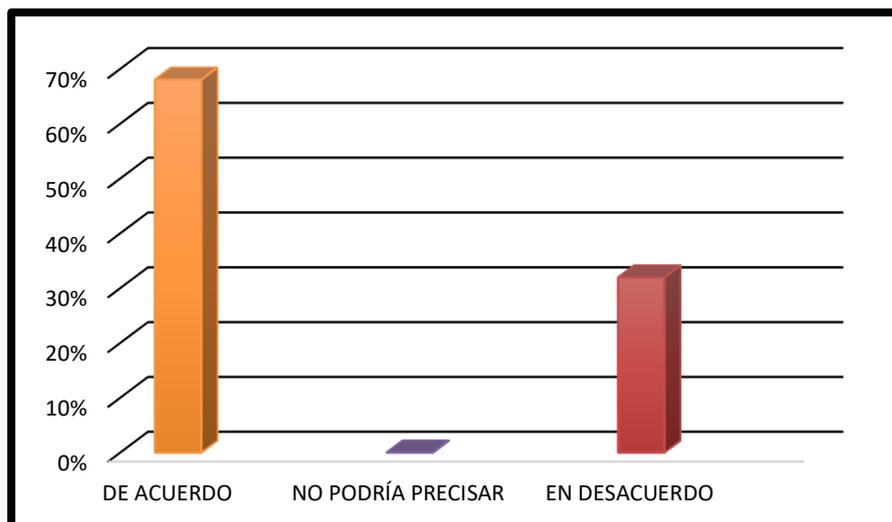
RESPECTO A LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA: ¿LOS JUECES DEBERÍAN UTILIZAR EL CONTROL DIFUSO PARA QUE A TRAVÉS DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD SE INAPLIQUE LA PENA CONMINADA Y SE APLIQUE LA PENA BÁSICA PRESCRITA EN EL ARTÍCULO 29 DEL CÓDIGO PENAL AL CÓMPLICE “EXTRANEUS” Y SANCIONAR CON UNA PENA RAZONABLE, JUSTA Y PROPORCIONAL?

ALTERNATIVA	Nº	%
DE ACUERDO	66	68%
NO PODRÍA PRECISAR	0	0%
EN DESACUERDO	31	32%
TOTAL	97	100%

FUENTE: Encuesta Diciembre 2017

*La presente pregunta no fue realizada a los Jueces

GRÁFICO N°10



FUENTE: Cuadro N°10

- **COMENTARIO:**

De los encuestados un 68% piensa en que los Jueces mediante el test de proporcionalidad apliquen una pena razonable, justa y proporcional para el cómplice “extraneus”, aplicando el artículo 29 del Código Penal. Y el 32% señala que se vulnera el principio de legalidad.

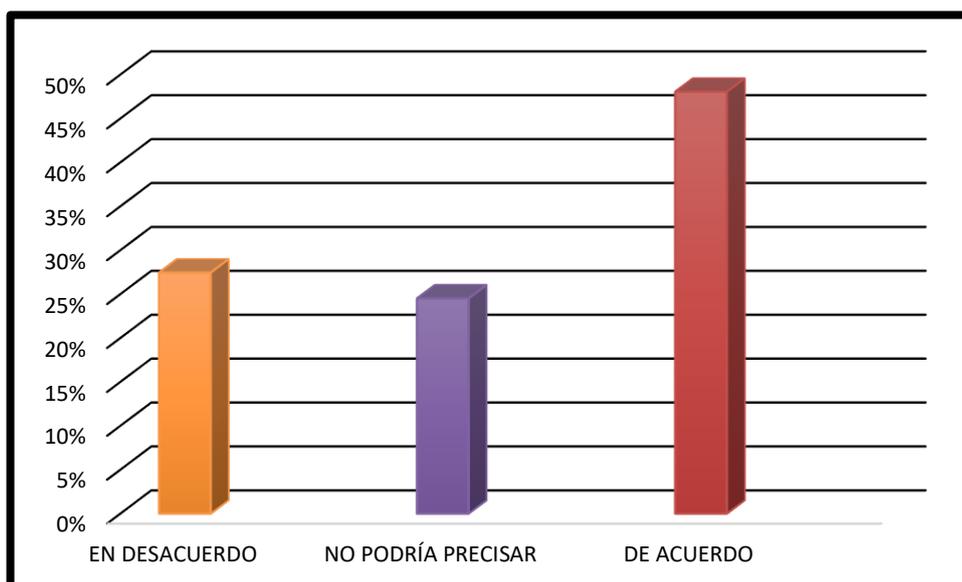
CUADRO N°11

¿CONSIDERA QUE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN IMPLICA ESPACIOS DE IMPUNIDAD PARA EL CÓMPlice “EXTRANEUS” EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER?

ALTERNATIVA	Nº	%
EN DESACUERDO	28	27%
NO PODRÍA PRECISAR	25	25%
DE ACUERDO	49	48%
TOTAL	102	100%

FUENTE: Encuesta Diciembre 2017

GRÁFICO N°11



FUENTE: Cuadro N°11

- **COMENTARIO:**

Solo el 48% considera que la teoría de ruptura del título de imputación crea espacios de impunidad y el 27% se encuentra en desacuerdo porque su imputación se fundamenta en el tipo penal de un delito común, por último, el 25% no precisa.

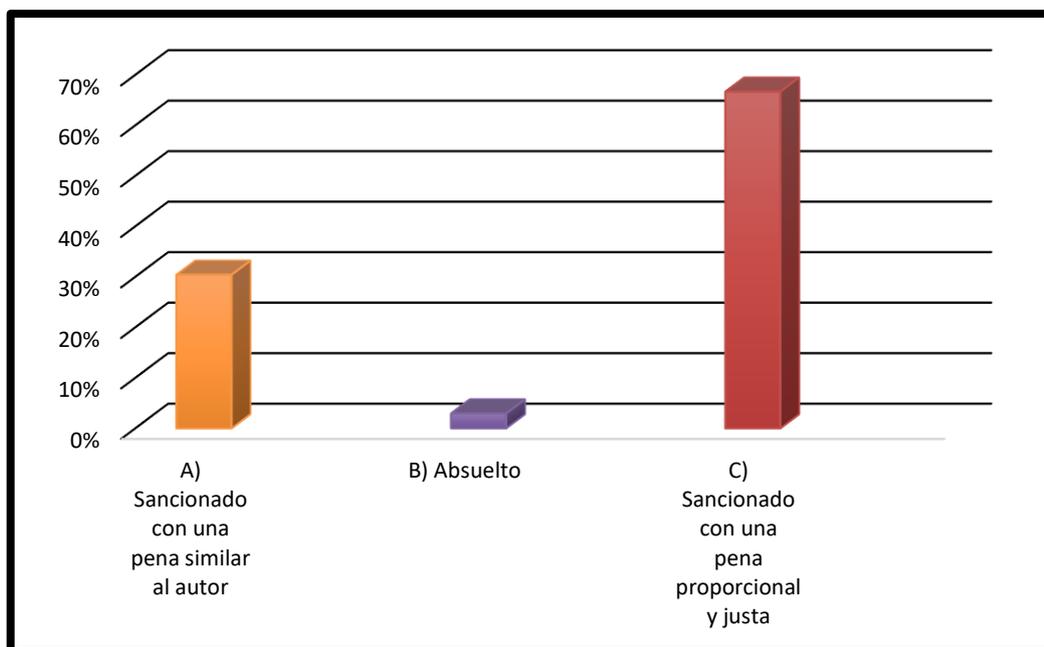
CUADRO N°12

LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER PROPUESTA POR CLAUS ROXIN SEÑALA QUE BASTA CON LA INFRACCIÓN DE DEBER PARA ADMITIR LA AUTORÍA: RESPECTO A LO ANTERIORMENTE SEÑALADO, USTED CONSIDERA QUE EL CÓMPLICE “EXTRANEUS” DEBA SER:

ALTERNATIVA	Nº	%
A) Sancionado con una pena similar al autor	31	30%
B) Absuelto	3	3%
C) Sancionado con una pena proporcional y justa	68	67%
TOTAL	102	100%

FUENTE: Encuesta Diciembre 2017

GRÁFICO N°12



FUENTE: Cuadro N°12

- **COMENTARIO:**

De los encuestados un contundente 67% menciona que el “extraneus” deba ser sancionado con una pena proporcional y justa, y un 30% debe ser sancionado con una pena similar al autor.

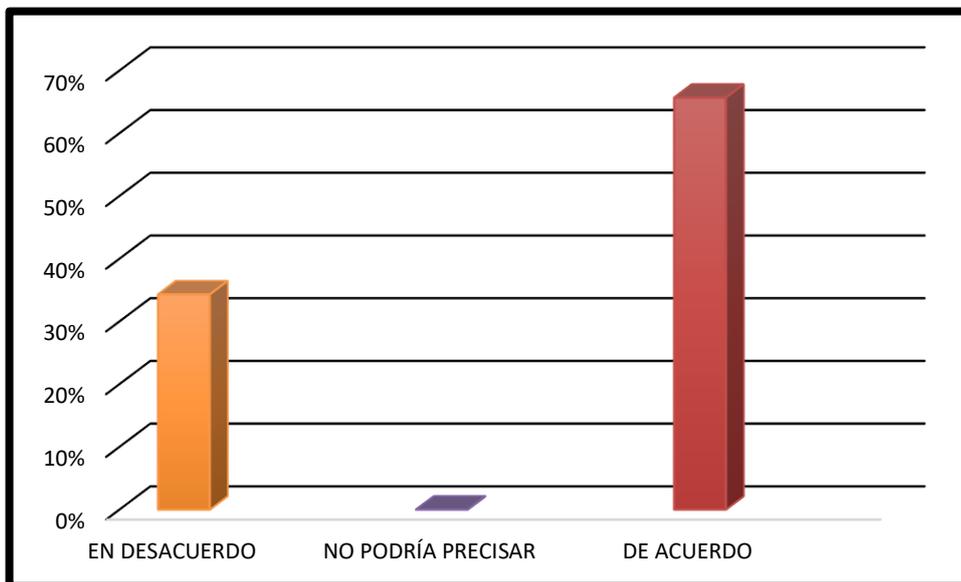
CUADRO N°13

LA CORRUPCIÓN ES UNO DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE SUBDESARROLLO EN EL PAÍS, POR LO CUAL ES NECESARIO EL INCREMENTO DE PENA PARA EL AUTOR Y UNA PENA EQUILIBRADA Y RAZONABLE PARA EL CÓMPLICE “EXTRANEUS”

ALTERNATIVA	Nº	%
EN DESACUERDO	35	34%
NO PODRÍA PRECISAR	0	0%
DE ACUERDO	67	66%
TOTAL	102	100%

FUENTE: Encuesta Diciembre 2017

GRÁFICO N°13



FUENTE: Cuadro N°13

- **COMENTARIO:**

Existe un 66% que se muestra de acuerdo en incrementar las pena a los autores, es decir, un funcionario o servidor público dado que tiene una mayor responsabilidad frente a un cómplice “extraneus” quien debe imponer una pena equilibrada y razonable, mientras que un 34% se encuentra en desacuerdo.

CAPITULO VI

VERIFICACIÓN Y/O COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

6.1. PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La primera hipótesis plantea:

“No se vulnera el principio de legalidad por el hecho de apartarse de la pena conminada, dado que se pretende conservar la imputación (delito) y aplicar la pena general”.

Sobre el particular, en el cuadro N°08 un 64% señaló que efectivamente no se vulnera el principio de legalidad cuando el Juez decide apartarse de la pena conminada dado que el Juez tiene plena discrecionalidad en aplicar según el grado de su responsabilidad en concordancia con los fundamentos a los cuales llegaron a dicha decisión con reflejos de justicia y proporcionalidad. Y el cuadro N°09 un 63% de los encuestados afirma que la teoría de unidad del título de imputación se debe seguir aplicando, pero solo cuando nos referimos a la imputación dado que supera la doble calificación por un mismo hecho, cabe mencionar que esta teoría solo debe ser aplicada en cuanto al delito a razón que la pena debe ser razonable al grado de responsabilidad del “extraneus”.

Por lo tanto, se procede a **confirmar la hipótesis**, en el sentido que el no aplicar la pena conminada del tipo penal, no significa la vulneración del principio de legalidad.

6.2. SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La segunda hipótesis específica del presente trabajo de investigación, refiere:

“El utilizar el test de proporcionalidad a través del Control Difuso implica sancionar con una pena razonable y justa, evitando la

impunidad al cómplice primario “extraneus” en los delitos contra la Administración Pública”.

Con relación a ello, en el cuadro N°10 establece que el 68% refiere que los Jueces pueden utilizar el test de proporcionalidad mediante el Control Difuso y con ello aplicar el artículo 29 del Código Penal para imponer al cómplice “extraneus” una pena razonable, justa y proporcional, es así que, los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto refuerzan la decisión de los Jueces. Y en el cuadro N°11 el 48% señala que si se presenta la impunidad cuando se aplica la teoría de ruptura del título de imputación dado que el cómplice “extraneus” llega a ser absuelto porque existen delitos especiales propios que no tienen delitos equivalentes u homólogos.

Ello también se corrobora con el cuadro N°12 donde el 67% de los encuestados refiere que el cómplice “extraneus” deba ser sancionado con una pena proporcional y justa. Y, por último, en el cuadro N°13 se tiene que el 66% señala que el funcionario o servidor público tiene una mayor responsabilidad dado que son personas conocimiento de sus deberes ante el Estado.

Siendo así, se procede a **confirmar la hipótesis**, en sentido que cabe aplicar el test de proporcionalidad mediante el Control Difuso para así aplicar el artículo 29 del Código Penal al cómplice “extraneus” sin dejar impune su responsabilidad de participación.

6.3. HIPÓTESIS GENERAL

Finalmente, la hipótesis general postula:

“Se afecta el principio de proporcionalidad de la pena, dado que no implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, a razón que se pretende alcanzar la pena justa que debe imponerse al cómplice primario “extraneus””.

Los resultados presentados en las hipótesis específicas confirmar que existe una afectación al principio de proporcionalidad cuando se aplica una misma o similar pena al cómplice “extraneus” al del autor, y con ello se refuerza mediante la Ficha de Observación de Sentencias Judiciales respecto al cuadro N°04 donde se aprecia que el 66% de los autores de los delitos de corrupción de funcionarios son absueltos de toda responsabilidad y el 7% de los cómplices “extraneus” son absueltos existiendo un desequilibrio elevado, y asimismo, se tiene el cuadro N°05 donde el 26% entre funcionarios y servidores públicos (cómplices) son pasibles de una sanción similar al autor y hasta llega a ser pena efectiva.

A su vez, mediante el cuadro N°07 el 64% de los encuestados señalan que se vulnera el principio de proporcionalidad dado que el cómplice “extraneus” carece de la condición especial y por ende no posee deberes frente al Estado.

Por lo tanto, se procede a **confirmar la hipótesis**, en el sentido que se afecta el principio de proporcionalidad, al aplicar la misma o similar pena, dado que no implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, a razón que se pretende alcanzar la pena justa y razonable para el cómplice “extraneus”.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES

De la investigación realizada se ha arribado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA:

Existe una evidente vulneración al Principio de Proporcionalidad, en razón que el cómplice “extraneus” no teniendo vínculo alguno con la Administración Pública se le imponga una misma o similar pena al del autor dado que este último es funcionario o servidor público y tiene conocimiento de sus funciones, asimismo que este principio valoriza el equilibrio que debe existir entre el delito y la pena, aplicando la teoría de la unidad de imputación bajo la teoría de infracción de deber priorizando y recayendo una mayor responsabilidad en el autor y el cómplice “extraneus” no quede impune pero valorizar una justa, proporcional y razonable pena para este sujeto.

SEGUNDA:

No se vulnera el principio de legalidad y específicamente en la no aplicación de la pena conminada del tipo penal, dado que los Jueces tiene plena discrecionalidad con el fin de llegar al ideal de la justicia, mediante una ponderación de principios para que el resultado sea razonable, es decir, buscar una sanción en concordancia con la responsabilidad del cómplice “extraneus” en los Delitos de Corrupción de Funcionarios.

TERCERA:

La aplicación del Control Difuso por los jueces coadyuva a que la sanción dirigida al cómplice “extraneus” sea justa, proporcional y razonable, dado que dicha facultad permite a los jueces ponderar principios y en este caso atendiendo al test de proporcionalidad con el fin de aplicar la pena básica prescrita en el artículo 29 del Código Penal, lo cual no significa vulnerar el principio de legalidad sino aplicar una pena proporcional al grado de responsabilidad del cómplice “extraneus”.

SUGERENCIAS

Como resultado de este trabajo de investigación nos permitimos proponer como única sugerencia el plantear la posibilidad de que los jueces tengan la facultad de priorizar el principio de proporcionalidad al momento de determinar judicialmente la pena, es decir, contemplar en que los jueces si bien tienen independencia en sus decisiones ello no signifique arbitrariedad o abuso de autoridad. Asimismo, este principio de proporcionalidad se contrapone al principio de legalidad dado que el último tiene como finalidad el cumplimiento de la pena conminada, pero mediante este método permite a los jueces ponderar la proporcionalidad junto a los subprincipios de idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, mediante el presente lo sugerido responde, a través de un análisis y fundamentación, de la doctrina y la práctica realizada durante el proceso de recolección de documentación, encuestas y fichas de observación de expedientes judiciales penales.

APORTE

En la presente investigación se propuso plantear un método para determinar la pena al cómplice primario “extraneus” en los delitos de Infracción de Deber, la cual consiste que a través del Control Difuso los Jueces puedan hacer uso del test de proporcionalidad, y las mismas queden plasmadas en sus sentencias.

Los tres subprincipios que subyacen del principio de proporcionalidad vienen hacer los siguientes:

- **Idoneidad:** Bajo este subprincipio los jueces deben graduar la pena de acuerdo a la vulneración o lesión al bien jurídico, es decir, en este caso si bien el cómplice primario extraneus al no tener vínculo directo con el bien jurídico que se ha vulnerado con el accionar del autor, lo que quedaría es que su sanción sea mucho menor al del autor a razón que su comportamiento es calificado a título de cómplice aplicando la teoría de unidad del título de imputación.

Tal es así que, el resultado bajo este subprincipio para el cómplice primario extraneus viene hacer una pena que implique en este caso la suspensión total en cuanto a la contratación con el Estado o también que su pena oscile debajo del marco legal para así alcanzar una justicia.

- **Necesidad:** Respecto a este subprincipio los jueces deben imponer la sanción en concordancia con el hecho cometido, pero sobre todo con la responsabilidad que tuvo el cómplice primario extraneus dado que este sujeto solo coopera y ayuda al autor para la realización del delito.

La función de este sub principio es importante porque dentro de las sanciones que se pueda imponer a este cómplice primario extraneus no solamente abarca una pena dentro de la básica ya prescrita en el tipo penal, sino también que los jueces tienen plena facultad de emplear otras medidas como la suspensión de contratación entre una empresa y el Estado, como también la aplicación de una pena por debajo del marco legal entendiendo que su responsabilidad no es la misma que la del autor.

Por ende, si cabe la aplicación de este sub principio por parte de los jueces por da la posibilidad de poder utilizar medios alternativos que revista de idoneidad para así alcanzar el objetivo sin tener que dañar derechos.

- **Proporcionalidad en sentido estricto:** En cuanto a este sub principio, los jueces pueden justificar la medida adoptada para que no existan controversias o erróneas interpretaciones. Referente a la presente investigación a través de este sub principio los jueces tienen la facultad de basarse que este cómplice primario extraneus carece de deberes funcionales propios, no tiene vínculo directo con el bien jurídico al cual se ha vulnerado y por lo tanto es un ajeno a la Administración Pública, si bien su calificación será como cómplice dado por la aplicación de la teoría de unidad del título de imputación, es necesario indicar que este sujeto no tiene la misma responsabilidad de un autor que en este caso es el funcionario o servidor público.

Por lo tanto, se permite establecer un marco punitivo diferente para este sujeto y así evaluar las responsabilidades concretas de cada uno de los intervinientes en la comisión del delito, con el fin de llegar a una pena justa, proporcional y razonable para el cómplice primario extraneus.

CAPITULO VIII

BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

1. BIBLIOGRAFÍA:

- ABANTO VASQUEZ, Manuel (2014) Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública, Editora Grijley, Lima – Perú.
- BACIGALUPO, Enrique (2004) Derecho Penal – Parte General, Ara Editores E.I.R.L. Primera Edición, Lima – Perú.
- BECCARIA Cesare (2015) Tratado de los delitos y de las penas, Universidad Carlos III de Madrid, Taller Once, Madrid – España.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo, (2012) Delitos de Corrupción de Funcionarios, Gaceta Penal y Proceso Penal, Editorial el Búho E.I.R.L., Primera edición, Lima-Perú.
- CARO JOHN, José Antonio (2017) SUMARIO PENAL Toda la jurisprudencia vinculante, relevante y actual en un solo volumen; Editorial Nomos & Thesis EIRL., Segunda Edición, Lima – Perú.
- CARBONELL Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro (2010) El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra Editores. Primera edición, Lima – Perú.
- CHIRINOS SOTO Francisco (2014) Código Penal – Comentado Concordado Anotado, Editorial Rodhas S.A.C., Sexta Edición, Lima –Perú.
- DAVID GRANARA, Alberto (2003) Derecho Procesal Penal, Editorial Jurídica NOVA TESIS, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina.
- GACETA JURIDICA (2008) Gaceta Constitucional – Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Imprenta Editorial El Búho, Primera edición, Lima – Perú.
- GACETA JURIDICA (2016) Actualidad Penal – Proceso Penal – Penitenciario – Criminología – Columna especial respecto a la Autoría y participación en los delitos de infracción del deber, Actualidad Penal N°29, Pacífico Editores S.A.C., Lima-Perú
- GÁLVEZ VILLEGAS Tomás Aladino y ROJAS LEÓN Ricardo César (2012) Derecho Penal – Parte Especial – Introducción a la Parte General – Tomo I, Jurista Editores E.I.R.L., Primera Edición, Lima – Perú.

- HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016) Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, Editorial el Búho E.I.R.L. – Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima-Perú.
- LOPERA MESA Gloria y ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia (2010) Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena, Consejo Superior de la Judicatura, Primera Edición, Colombia – Colombia.
- LLORCA ORTEGA, José (2005) Manual de Determinación de la Pena, Edita Tirant Lo Blanch, Sexta Edición, Valencia – España.
- MARQUÉS DE BECCARIA, Cesare Bonesana (2004) Tratado de los Delitos y de las Penas, Valletta Ediciones S.R.L., Buenos Aires – Argentina.
- MENDOZA AYMA, Francisco Celis (2015) Presupuesto Acusatorio Determinación e Individualización de la Pena Procesal Penal, Jurista Editores E.I.R.L., Primera Edición, Lima – Perú.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2007) Introducción al Derecho Penal, Euros Editores S.R.L., Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina.
- NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA Erika (2013) Delitos contra la Administración Pública – Tomo I – Parte General/Parte Especial – Acuerdos y Sentencias Plenarias - Informes y Dictámenes. Ara Editores E.I.R.L. Primera Edición. Lima – Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2010) Derecho Penal – Parte Especial Tomo V, IDEMSA Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima – Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2011) Derecho Penal – Parte General Tomo I, IDEMSA Importadora y Distribuidora – Editorial Moreno S.A., Tercera Edición, Lima – Perú.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R y VV.AA. Estudios Críticos de Derecho Penal Peruano. Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima – Perú.
- PLASCENCIA VILLANUEVA Raúl (2004) Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera Reimpresión – Primera Edición, México – México DF.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2010) Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios, Editorial Moreno S.A., Primera Edición, Lima-Perú.

- QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo (2007) Parte General del Derecho Penal, Editorial Aranzadi S.A., Segunda Edición, Tarragona – España.
- QUIROGA LEON, Aníbal (2005) Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional. Ara Editores E.I.R.L. Primera Edición, Lima – Perú.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014) Manual de Derecho Penal – Parte General Volumen I, Pacífico Editores SAC., Primera edición, Lima – Perú.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2014) Manual de Derecho Penal – Parte General Volumen II, Pacífico Editores SAC., Primera edición, Lima – Perú.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel (2006) El Proceso Penal Aplicado, Gaceta Jurídica S.A., Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L., Primera Edición, Lima – Perú.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2007) Delitos contra la Administración Pública, 4ta edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima – Perú.
- ROJAS VARGAS, Fidel, (2016) Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Nomos & Thesis EIRL. Primera edición. Lima Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial (2006) El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Lima – Perú.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y VV.AA. (2007) Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal, Idemsa, Primera Edición, Lima – Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, (2014) Delitos contra la Administración Pública, Editora y Librería Jurídica Grijley, 3ra edición, Lima – Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2016) Delitos contra la Administración Pública, Iustitia Grijley, 4ta edición, Lima – Perú.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar Eugenio (2012) Estudios de Derecho Procesal Penal. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Primera Edición, Lima – Perú.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2007) Derecho Penal – Parte General, Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Primera Edición - Segunda reimpresión, Lima – Perú.
- VV.AA. (2004) Código Penal Comentado – Tomo I- Título Preliminar y Parte General, 1era Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima-Perú.

- VV.AA. (2006) Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – 12º año – Tomo II, Impreso en Mastergraf, Montevideo – Uruguay.
- VV.AA. El Derecho Penal y Procesal Penal en la Constitución-Guía 4, Gaceta Jurídica, Lima – Perú.
- VV. AA. Jurisprudencia Penal y Procesal Penal de carácter Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima –Perú.

2. **WEBGRAFÍA:**

- ABANTO VASQUEZ, Manuel (En Línea) Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber publicado en la Revista Penal N° 14, Julio 2004, pp. 3-23, Disponible <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>.
- ABANTO VASQUEZ, Manuel, (En línea) El tratamiento penal de los Delitos contra la Administración Pública, Trabajo que se descarga en forma directa en Word, Disponible http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ivTdWmCXKYJ:www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe.
- CARO JOHN José Antonio (En Línea) “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, Disponible https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf.
- GARCIA CAVERO, Percy (En línea) La pena del Partícipe extraneus en los delitos especiales. Ensayo alojado en La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009, Disponible https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés, (En línea) Sistemas Concentrado y Difuso de control de Constitucionalidad, Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.
- PARIONA ARANA Raúl (En Línea) La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber – Fundamentos y consecuencias, Derecho Penal Parte General, Gaceta Penal 2011, Disponible

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3267_3._delitos_de_infraccion_de_deber___pariona.pdf.

- RIOJA BERMUDEZ, Alexander (En línea) El Control Difuso aplicado en el Perú. Ensayo alojado en el Blog de Alexander Rioja Bermúdez de la PUCP, Disponible <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/06/el-control-difuso-aplicado-en-el-per/>.
- TORRES TOPAGA, William Fernando (En Línea) “Autoría en los Delitos de Infracción de Deber”, Disponible <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-AutoriaEnLosDelitosDeInfraccionDeDeber-5319427.pdf>.

CAPITULO IX

ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

PREGUNTAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	METODOLOGÍA
<p><u>PRINCIPAL</u> Cuando se le impone la misma o similar pena que la del autor, en los casos de Delitos de Corrupción de Funcionarios, ¿Se afecta el principio de proporcionalidad al cómplice primario “extraneus”, en Tacna en los años 2013 al 2016?</p>	<p><u>GENERAL</u> Determinar si se afecta el principio de proporcionalidad al momento de imponer la misma o similar pena al cómplice primario “extraneus” con la del autor en los casos de Delitos de Corrupción de Funcionarios, en Tacna años 2013 al 2016.</p>	<p><u>GENERAL</u> Se afecta el principio de proporcionalidad de la pena, dado que no implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, a razón que se pretende alcanzar la pena justa que debe imponerse al cómplice primario “extraneus”.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN El tipo de estudio por la finalidad o propósito es INVESTIGACIÓN BÁSICA O PURA, debido a que está orientada a poder permitir un análisis de los principios y normas del Ordenamiento Jurídico penal peruano enfocándonos en materia de Delitos contra la Administración Pública.</p> <p>Por el ámbito en que se desarrollará, la presente investigación es DOGMÁTICA puesto que se desarrollara trabajos de interpretación, sistematización y categorización de los principios y teorías que guarden relación con el tema de investigación.</p>
<p><u>Sub preguntas (secundarias)</u> ¿Se vulnera el principio de legalidad cuando no se aplica la pena conminada del tipo penal al cómplice primario “extraneus” en los delitos de infracción de deber?</p>	<p><u>Específicos</u> Identificar las razones por el cual no se vulnera el principio de legalidad cuando no se aplica la pena conminada establecida en cada tipo penal.</p>	<p><u>Específicas</u> No se vulnera el principio de legalidad por el hecho de apartarse de la pena conminada, dado que se pretende conservar la imputación (delito) y aplicar la pena general.</p>	<p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN El nivel de la investigación es: Exploratoria y Descriptiva. Investigación Exploratoria: La presente tesis es exploratoria, puesto se trata en examinar por primera vez un problema, el cual aún no ha sido estudiado en nuestra región de Tacna. Esta investigación está recogiendo antecedentes generales del problema ello a través de los</p>

<p>¿Es posible el empleo del Control Difuso para posibilitar una razonable y equilibrada pena, mediante el test de proporcionalidad ad sin que ello implique espacios de impunidad para el “extraneus”?</p>	<p>Analizar si con el Control difuso habilita a sancionar a los cómplices primarios “extraneus” con penas justas y manteniendo un equilibrio entre los principios, ponderando cada uno de ellos mediante el test de proporcionalidad ad.</p>	<p>El utilizar el test de proporcionalidad a través del Control Difuso implica sancionar con una pena razonable y justa, evitando la impunidad al cómplice primario “extraneus” en los delitos contra la Administración Pública.</p>	<p>diferentes comentarios de los estudiosos de derecho y para que nos permita determinar a partir de los datos recolectados en la investigación adquirir el suficiente conocimiento, una posición completa respecto a la pena que debe ser impuesta al cómplice “extraneus” en los delitos contra la Administración Pública.</p> <p>Investigación Descriptiva: En esta investigación se describen los componentes principales de la realidad al momento de determinar judicialmente la pena para el cómplice “extraneus” en los delitos especiales. Mediante este proceso conoceremos y determinaremos las características, clasificaciones, teorías que se aplican y principios que se vulneran en la esfera de los Delitos de Infracción de Deber.</p> <p>METODO DE INVESTIGACIÓN Por la fuente u origen de la información, esta investigación puede clasificarse como DOCUMENTAL – BIBLIOGRÁFICO en razón que la fuente de información y de donde se va a realizar el proceso de análisis, indagación y estudio es a través de libros, revistas y demás documentos elaborados por estudiosos del derecho cuyo contenido se encuentre relacionado con la materia de la presente investigación.</p>
---	--	--	--

ANEXO 2

FICHA DE LA ENCUESTA N°01 DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

INSTRUCCIONES

La encuesta está dirigida a profesionales que conozcan del trámite de Delitos contra la Administración Pública ya que se pretende investigar las diferentes teorías y procedimientos que se utilizan o se pueden aplicar para investigar, determinar y defender al cómplice (extraneus) en los delitos de infracción de deber, con el fin de determinar la responsabilidad de este sujeto y la posterior sanción reflejada en la pena impuesta.

Fecha: ____/____/____

1. Ocupación
 - a) Abogado Independiente ()
 - b) Fiscal ()

2. Cree Usted que se vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar al cómplice “extraneus” la misma pena que del autor.
 - a) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. Por la relevancia del aporte del cómplice “extraneus” se incrementa las posibilidades de materialización del acto. ()
 - b. El “extraneus” al ser cómplice primario responderá por la misma pena según artículo 25 del Código Penal. ()
 - b) No podría precisar ()
 - c) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. Porque las penas son elevadas, vulnerando el equilibrio ideal entre el acto y la sanción. ()
 - b. Porque el “extraneus” carece de la condición especial, no se le exige respeto a un deber especial. ()

3. En caso que no se aplique la pena conminada establecida en el tipo penal para el cómplice “extraneus” de los Delitos contra la Administración Pública, ¿se vulnera el principio de legalidad?
 - a) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. La legalidad constituye el marco legal del tipo penal. ()
 - b. Está prohibido imponer penas que no estén previstas en la ley. ()
 - b) No podría precisar ()
 - c) En desacuerdo () de ser así indique:

- a. El juez tiene plena discrecionalidad en aplicar según el grado de responsabilidad. ()
 - b. Se debe llegar al ideal de la justicia en concordancia con el principio de proporcionalidad. ()
4. ¿Se debe continuar aplicando la teoría de unidad de título imputación a nivel nacional para el autor y cómplice “extraneus” en los Delitos contra la Administración Pública?
- a) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. El “extraneus” no posee un deber jurídico. ()
 - b. Carece de deberes de aseguramiento y probidad. ()
 - b) No podría precisar ()
 - c) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. Porque no hay ningún impedimento para que el “extraneus” responda como partícipe. ()
 - b. Supera el problema de la doble calificación por un mismo hecho. ()
5. Respecto a la determinación judicial de la pena: ¿Los Jueces deberían utilizar el Control Difuso para que a través del test de proporcionalidad se inaplique la pena conminada y se aplique la pena básica prescrita en el artículo 29 del Código Penal al cómplice “extraneus” y sancionar con una pena razonable, justa y proporcional?
- a) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. Mediante la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto se llega a una sanción justa. ()
 - b. Evita la prohibición de exceso, con el fin de buscar un equilibrio entre el hecho y la sanción. ()
 - b) No podría precisar ()
 - c) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. Vulnera el principio de legalidad a razón que existe penas fijas para cada delito de Infracción de Deber. ()
 - b. Basta con la aplicación de tercios para atenuar la pena dentro del marco penal. ()
6. ¿Considera que la aplicación de la teoría de ruptura del título de imputación implica espacios de impunidad para el cómplice “extraneus” en los Delitos de Infracción de Deber?
- a) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. Porque su imputación se fundamenta en el tipo penal de un delito común. ()
 - b. Porque no posee una vinculación estricta con la Administración Pública. ()
 - b) No podría precisar ()

- c) De acuerdo () de ser así indique:
- a. Porque el apoyo o aporte del cómplice “extraneus” escapa del radio punitivo de la norma. ()
 - b. Porque existen delitos especiales propios que no tienen delitos equivalentes u homólogos. ()
7. La teoría de Infracción de Deber propuesta por Claus Roxin señala que basta con la infracción de deber para admitir la autoría: Respecto a lo anteriormente señalado, Usted considera que el cómplice “extraneus” deba ser:
- a) Sancionado con una pena similar al autor
 - b) Absuelto
 - c) Sancionado con una pena proporcional y justa
8. La corrupción es uno de las principales causas de subdesarrollo en el país, por lo cual es necesario el incremento de pena para el autor y una pena equilibrada y razonable para el cómplice “extraneus”
- a) En desacuerdo () de ser así indique:
- a. Se genera un populismo jurídico. ()
 - b. Tanto el autor y cómplice “extraneus” son responsables por su intervención y no cabe distinción en sus penas. ()
- b) No podría precisar ()
- c) De acuerdo () de ser así indique:
- a. Los delitos contra la Administración Pública significan corrupción que afecta a la población más pobre. ()
 - b. El funcionario y servidor público tiene una mayor responsabilidad dado que son personas con conocimiento de sus deberes ante el Estado. ()

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

FICHA DE LA ENCUESTA N°02
DIRIGIDA A JUECES

INSTRUCCIONES

La encuesta está dirigida a profesionales que conozcan del trámite de Delitos contra la Administración Pública ya que se pretende investigar las diferentes teorías y procedimientos que se utilizan o se pueden aplicar para investigar, determinar y defender al cómplice (extraneus) en los delitos de infracción de deber, con el fin de determinar la responsabilidad de este sujeto y la posterior sanción reflejada en la pena impuesta.

Fecha: ____/____/____

1. Cree Usted que se vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar al cómplice “extraneus” la misma pena que del autor.
 - a) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. Por la relevancia del aporte del cómplice “extraneus” se incrementa las posibilidades de materialización del acto. ()
 - b. El “extraneus” al ser cómplice primario responderá por la misma pena según artículo 25 del Código Penal. ()
 - b) No podría precisar ()
 - c) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. Porque las penas son elevadas, vulnerando el equilibrio ideal entre el acto y la sanción. ()
 - b. Porque el “extraneus” carece de la condición especial, no se le exige respeto a un deber especial. ()

2. En caso que no se aplique la pena conminada establecida en el tipo penal para el cómplice “extraneus” de los Delitos contra la Administración Pública, ¿se vulnera el principio de legalidad?
 - a) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. La legalidad constituye el marco legal del tipo penal. ()
 - b. Está prohibido imponer penas que no estén previstas en la ley. ()
 - b) No podría precisar ()
 - c) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. El juez tiene plena discrecionalidad en aplicar según el grado de responsabilidad. ()
 - b. Se debe llegar al ideal de la justicia en concordancia con el principio de proporcionalidad. ()

3. ¿Se debe continuar aplicando la teoría de unidad de título imputación a nivel nacional para el autor y cómplice “extraneus” en los Delitos contra la Administración Pública?
- a) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. El “extraneus” no posee un deber jurídico. ()
 - b. Carece de deberes de aseguramiento y probidad. ()
 - b) No podría precisar ()
 - c) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. Porque no hay ningún impedimento para que el “extraneus” responda como partícipe. ()
 - b. Supera el problema de la doble calificación por un mismo hecho. ()
4. ¿Considera que la aplicación de la teoría de ruptura del título de imputación implica espacios de impunidad para el cómplice “extraneus” en los Delitos de Infracción de Deber?
- a) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. Porque su imputación se fundamenta en el tipo penal de un delito común. ()
 - b. Porque no posee una vinculación estricta con la Administración Pública. ()
 - b) No podría precisar ()
 - c) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. Porque el apoyo o aporte del cómplice “extraneus” escapa del radio punitivo de la norma. ()
 - b. Porque existen delitos especiales propios que no tienen delitos equivalentes u homólogos. ()
5. La teoría de Infracción de Deber propuesta por Claus Roxin señala que basta con la infracción de deber para admitir la autoría: Respecto a lo anteriormente señalado, Usted considera que el cómplice “extraneus” deba ser:
- a) Sancionado con una pena similar al autor
 - b) Absuelto
 - c) Sancionado con una pena proporcional y justa
6. La corrupción es uno de las principales causas de subdesarrollo en el país, por lo cual es necesario el incremento de pena para el autor y una pena equilibrada y razonable para el cómplice “extraneus”
- a) En desacuerdo () de ser así indique:
 - a. Se genera un populismo jurídico. ()

- b. Tanto el autor y cómplice “extraneus” son responsables por su intervención y no cabe distinción en sus penas. ()
- b) No podría precisar ()
- c) De acuerdo () de ser así indique:
 - a. Los delitos contra la Administración Pública significan corrupción que afecta a la población más pobre. ()
 - b. El funcionario y servidor público tiene una mayor responsabilidad dado que son personas con conocimiento de sus deberes ante el Estado. ()

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

