

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE NO
DISCRIMINACIÓN EN LA INAPLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN
DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA A LOS FUNCIONARIOS O
SERVIDORES PÚBLICOS PREVISTO EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO
DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL”.**

TESIS

PRESENTADO POR:

SAUL VILCA VILCA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN 2013

PUNO, PERÚ

AÑO 2016.

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ATIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

“AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE NO DISCRIMINACIÓN
EN LA INAPLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA
A LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS PREVISTO EN EL
ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL”.

TESIS

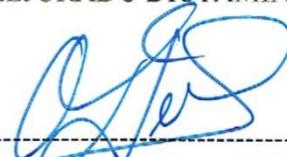
PRESENTADO POR EL BACHILLER:

SAÚL VILCA VILCA

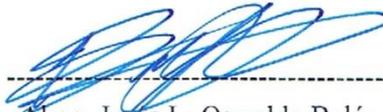
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE: ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 12 de Setiembre del 2016

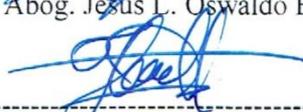
APROBADO POR EL JURADO DICTAMINADOR:

PRESIDENTE DEL JURADO: 

Dr. Walter Salvador Gálvez Condori

PRIMER MIEMBRO : 

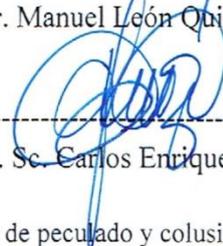
Abog. Jesus L. Oswaldo Belón Frisancho

SEGUNDO MIEMBRO : 

Abog. Francisco Tipula Mamani

DIRECTOR DE TESIS : 

Dr. Manuel León Quintanilla Chacón

ASESOR DE TESIS : 

M. Sc. Carlos Enrique Ramírez Atencio.

ÁREA: Derecho Penal

TEMA: Penas efectivas para los autores de peculado y colusión



A mi familia quienes me apoyaron en todos
los momentos de mi vida

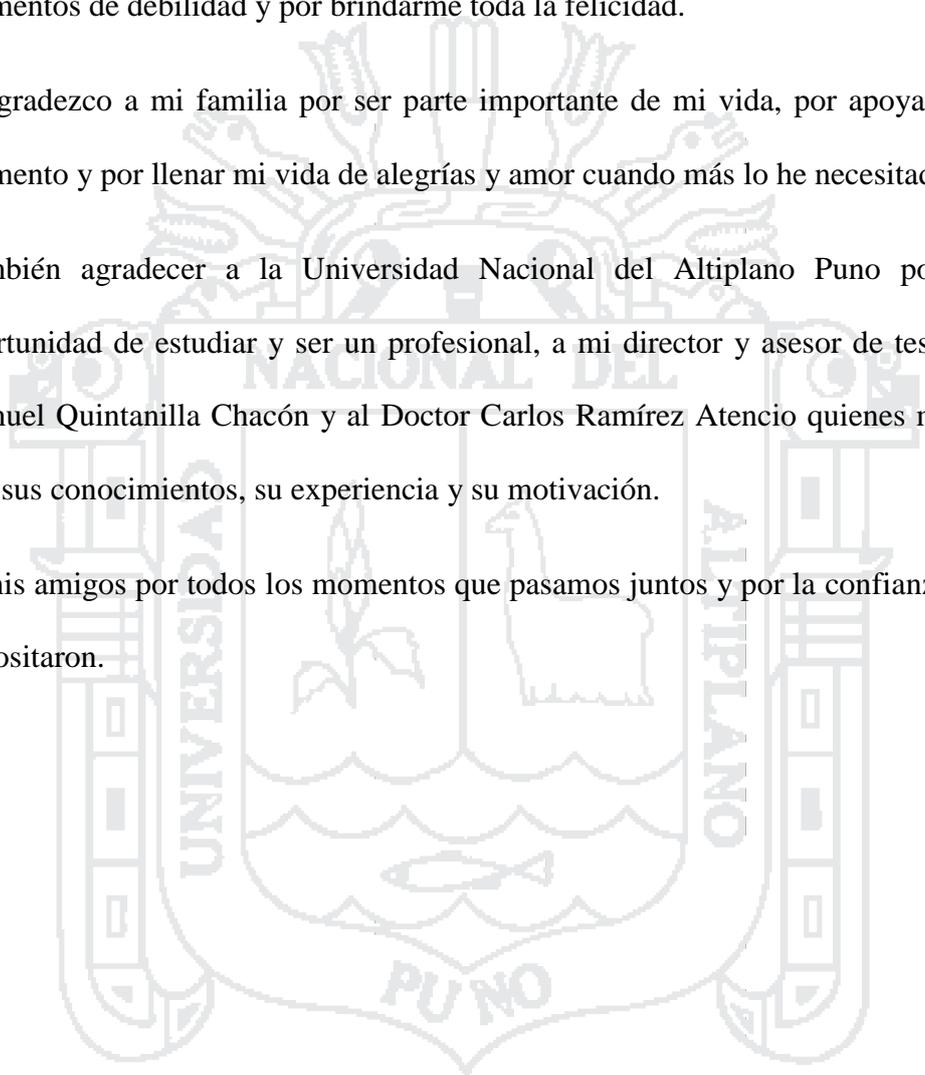
AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de tesis quiero agradecer a Dios por darme la vida, por guiarme en cada paso que doy, por haberme dado la fortaleza para seguir adelante en aquellos momentos de debilidad y por brindarme toda la felicidad.

Y agradezco a mi familia por ser parte importante de mi vida, por apoyarme en todo momento y por llenar mi vida de alegrías y amor cuando más lo he necesitado.

También agradecer a la Universidad Nacional del Altiplano Puno por darme la oportunidad de estudiar y ser un profesional, a mi director y asesor de tesis al Doctor Manuel Quintanilla Chacón y al Doctor Carlos Ramírez Atencio quienes me apoyaron con sus conocimientos, su experiencia y su motivación.

A mis amigos por todos los momentos que pasamos juntos y por la confianza que en mí depositaron.



ÍNDICE GENERAL

RESUMEN..... 9

PALABRAS CLAVE:..... 9

ABSTRACT 10

INTRODUCCIÓN..... 11

CAPÍTULO I..... 12

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN 12

 1.1.1.- Descripción del problema..... 12

 1.2.- Definición del problema..... 14

 1.2.1.- Problema general..... 14

 1.2.2. Problemas específicos. 14

 1.3.- Delimitación del problema..... 14

 1.3.1. Delimitación normativa..... 15

 1.3.2. Delimitación contextual..... 15

 1.3.3. Delimitación espacial. 16

 1.4.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN..... 16

 1.4.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 17

 1.4.1.- Objetivo general..... 17

 1.4.2.- Objetivos Específicos..... 17

CAPÍTULO II..... 18

MARCO TEÓRICO..... 18

 2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN 18

 2.1.1. Antecedentes Investigativos..... 18

 2.2.- SUSTENTO TEÓRICO..... 20

 2.2.1.-El Derecho a la no discriminación..... 20

 2.2.1.1.- La discriminación..... 20

 2.2.1.2.- La igualdad y su relación con la no discriminación..... 22

 2.2.2.- EL DERECHO A LA IGUALDAD..... 23

 2.2.2.1.- Igualdad ante la ley..... 23

 2.2.2.2.- La igualdad como principio constitucional..... 25

 2.2.2.3.- La igualdad como derecho constitucional..... 26

 2.2.2.4.- Igualdad en el contenido de la ley..... 27

 2.2.2.5.- Igualdad en la aplicación de la ley..... 28

 2.2.2.6.- Regulación del derecho a la igualdad..... 30

 2.2.3.- Teorías de la pena..... 31

 2.2.3.1.-Teoría absoluta o retributiva..... 32

 2.2.3.2.-Teoría relativa o preventiva: 33

 2.2.3.3.-Teoría de la unión..... 35

2.2.4.- La pena.....	35
2.2.4.1.- Clases de pena.-.....	37
2.2.4.1.1.-La pena privativa de libertad.-.....	37
2.2.4.1.2.-La pena restrictiva de libertad.....	38
2.2.4.1.3.-Las penas limitativas de derecho.....	38
2.2.4.1.4.- La pena de multa.....	39
2.2.5.- La suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57° CP).....	41
2.2.6.- DERECHO A LA RESOCIALIZACIÓN.....	43
2.2.6.1.- Resocialización.....	43
2.2.6.2.- La resocialización como deber del Estado.....	44
2.2.7.- Prohibición de la suspensión de ejecución de la pena.....	46
2.2.8.- Funcionarios y servidores públicos.....	48
2.2.8.1.- Funcionario público.....	48
2.2.8.2.- Servidor público.....	50
2.2.9.- Delitos sancionados con la inaplicación de la ejecución de la pena.....	52
2.2.9.1.- Delito de Colusión.....	52
2.2.9.1.1.- Consideraciones generales.....	52
2.2.9.1.2.- Colusión simple.....	54
2.2.9.1.3.- Colusión agravada.....	54
2.2.9.1.4.- El “defraudar” en el delito de colusión simple y agravada.....	55
2.2.9.1.5.- Bien jurídico penalmente tutelado.....	55
2.2.9.1.6. Sujeto activo.....	57
2.2.9.1.7.- Sujeto pasivo.....	58
2.2.9.1.8.- Tipicidad subjetiva.....	59
2.2.9.1.9.- Antijuricidad.....	61
2.2.9.2.- El delito de peculado doloso y culposo.....	61
2.2.9.2.1.- Modalidades del delito de peculado.....	62
2.2.9.2.2.-Modalidad de peculado por apropiación.....	63
2.2.9.2.3.- Modalidad de peculado por utilización.....	64
2.2.9.2.4.- El perjuicio patrimonial.....	65
2.2.9.2.5.- Bien jurídico tutelado.....	66
2.2.9.2.6.- Sujetos activo y pasivo.....	67
2.2.9.2.7.- Conducta típica.....	68
2.2.9.2.8.- La apropiación en el delito de peculado.....	69
2.2.9.2.9.- La apropiación y el ánimo de aprovechamiento.....	69
2.2.9.2.10.- Tipicidad subjetiva.....	70
2.3.- El control difuso en el Perú.....	71
2.4.- GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	72

2.4.1.- Igualdad.....	72
2.4.2.- Dignidad.....	74
2.4.3.- Derechos humanos.....	74
2.4.4.- Discriminación.....	75
2.4.5.- Funcionarios Públicos.....	75
2.4.6.- Servidores Públicos.....	76
2.4.7.- Sanción.....	77
2.4.8.- Punibilidad.....	78
2.5.- HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	79
2.5.1.- Hipótesis general.....	79
2.5.2. Hipótesis específicas.....	79
2.6.- OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES:.....	80
CAPÍTULO III.....	81
DISEÑO METODOLÓGICO DE INVESTIGACIÓN.....	81
3.1.- Tipo y Diseño de Investigación.....	81
3.2.- Método de investigación.....	82
3.3.- Población y muestra del estudio.....	83
3.3.1.- Población de Expedientes Judiciales.....	83
3.3.2.- Muestra de expedientes Judiciales a Investigar.....	86
3.3.3.- Población de Magistrados a Encuestar.....	87
3.3.4.- Muestra de Magistrados a Encuestar.....	89
3.4.- TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	89
3.5.- Instrumentos de la investigación.....	91
3.5.4.- Entrevista y cuestionario.....	93
CAPÍTULO IV.....	95
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	95
4.1.- Esquema de contrastación de hipótesis.....	95
4.1.- Resultados obtenidos en cuanto a la Hipótesis General.....	96
4.2.- Resultados sobre la Primera Hipótesis Específica.....	100
4.3.- Resultados sobre la Segunda Hipótesis Específica.....	109
4.4.- TEST DE CONSTITUCIONALIDAD.....	136
CONCLUSIONES.....	149
SUGERENCIAS.....	151
BIBLIOGRAFÍA.....	152
ANEXOS.....	155

LISTA DE CUADROS:

Cuadro N° 01: Cuadro comparativo de modificación del artículo 57 del Código Penal.....	19
Cuadro N° 02: Operalización de variables.....	80
Cuadro N° 03: Casos registrados por delitos contra la Administración Pública, en el ministerio público 2015.....	84
Cuadro N° 04: Sentencias condenatorias por delito contra la Adm. Pública año 201.....	85
Cuadro N° 05: Número de Fiscales del Distrito Fiscal de Puno especializados en delitos de corrupción de funcionarios.....	87
Cuadro N° 06: Número de jueces del Distrito Fiscal de Puno especializados en lo penal.....	88
Cuadro N° 07: Esquema de contrastación de hipótesis.....	95
Cuadro N° 08: Casos registrados por el delito contra la Administración Pública según el estado actual en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno.....	100
Cuadro N° 09: Casos de denuncias por los delitos contra la Administración Pública en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno.....	102
Cuadro N° 10: Casos de denuncias por los delitos contra la Administración Pública en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno.....	105
Cuadro N° 11: Sub tipos de los delitos de peculado y concusión cometidos por funcionarios contra la Administración Pública en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno.....	107

LISTA DE GRAFICOS:

Gráfico N° 01: Casos registrados por delitos contra la Administración Pública, en el ministerio público 2015.....	84
Gráfico N° 02: Sentencias condenatorias por delito contra la Adm. Pública año 2015.....	85
Gráfico N° 03: Número de Fiscales del Distrito Fiscal de Puno especializados en delitos de corrupción de funcionarios.....	87
Gráfico N° 04: Número de Jueces del Distrito Fiscal de Puno especializados en lo penal.....	88
Gráfico N° 05: Toma de decisión correlación lineal.....	97
Gráfico N° 06: Decisión generalizadora de correlación lineal.....	99
Gráfico N° 07: Casos registrados por el delito contra la administración pública según el estado actual en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno.....	101
Gráfico N° 08: Casos de denuncias por los delitos contra la Administración Pública en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno.....	103
Gráfico N° 09: Casos de denuncias por los delitos contra la Administración Pública en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno.....	106
Gráfico N° 10: Sub tipos de los delitos de peculado y concusión cometidos por funcionarios contra la Administración Pública en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno.....	108

RESUMEN

El Código Penal prevé en el artículo 57° la suspensión de la ejecución de la pena que tiene por finalidad eludir o limitar la ejecución de penas privativas de libertad de no mayor de cuatro años para evitar el efecto corruptor de la vida carcelaria. En donde manifiesta en el último párrafo, que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387. Ante esta situación, dicha norma penal contraviene al principio de las cláusulas de la Constitución del Perú por la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los funcionarios y servidores públicos, es decir dicha norma introduce una discriminación, desigualdad de trato irrazonable y desmedido. El presente trabajo tiene como objetivo conocer si la regulación de la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal contraviene el derecho constitucional de igualdad ante la ley, el mismo que se logrará previo análisis del derecho a la igualdad como un derecho de rango constitucional; Para alcanzar dicho objetivo se utilizó un enfoque mixto cuantitativo y cualitativo, puesto que la investigación cualitativa tiene por objeto la transformación radical de la realidad social y la mejora del nivel de la vida de las personas, es aquella donde se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales e instrumentos en una determinada situación o problema. En la investigación cuantitativa es aquella en la que se recogió datos cuantitativos sobre las variables y a la vez se realizó un análisis de la revisión bibliográfica. Y para la recolección de información se utilizó las técnicas de recopilación documental y la entrevista.

PALABRAS CLAVE: Igualdad, dignidad, derechos humanos, discriminación, funcionarios y servidores públicos, sanción y punibilidad.

ABSTRACT

Article 57° of the Criminal Code provides for the suspension of the execution of the sentence that is intended to evade or limit the execution of custodial sentences of not more than four years to avoid the corrupting effect of prison life. Where it states in the last paragraph that the suspension of the execution of the sentence is inapplicable to public officials or civil servants convicted of any of the intentional crimes provided for in articles 384 and 387. In view of this situation, this criminal rule contravenes the principle of the provisions of the Peruvian Constitution for the non-application of the suspension of the execution of the sentence for civil servants, that is to say, this rule introduces discrimination, inequality of treatment unreasonable and unreasonable. The purpose of this study is to determine whether the regulation of the non-application of the suspension of the execution of the sentence to public officials or civil servants provided for in the last paragraph of Article 57° of the Criminal Code contravenes the constitutional right to equality before the law, Same that will be obtained prior analysis of the right to equality as a right of constitutional rank; In order to reach this objective, a mixed quantitative and qualitative approach was used, since qualitative research aims at the radical transformation of social reality and the improvement of the level of people's lives, that is where the quality of activities is studied , Relationships, issues, media, materials and instruments in a given situation or problem. Quantitative research is the one in which quantitative data were collected on the variables and at the same time, an analysis of the bibliographic review was performed. And for the collection of information, the techniques of documentary collection and the interview were used.

KEYWORD: Equality, dignity, human rights, discrimination, civil servants and civil servants, punishment and punishment.

INTRODUCCIÓN

La pena constituye la característica más tradicional e importante del Derecho Penal, se encuentra relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a lo normal.

La suspensión de la ejecución de la pena a raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 57° del Código Penal, mediante Ley N° 30304 sólo prevé tal inaplicación para los autores por los delitos dolosos de Colusión y Peculado para los funcionarios y servidores públicos han surgido varios problemas en cuanto a su interpretación y aplicación, conforme en aplicación de los derechos fundamentales de la persona del artículo segundo numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que consagra a la igualdad ante la ley, tema que analizaremos en la presente investigación.

Por todo lo expuesto, creemos que existe la necesidad de identificar en las sentencias Judiciales, los factores que influyen a imponer penas privativas de libertad efectiva y no imponer otras penas como la pena suspendida en los delitos de peculado y colusión

En ese contexto, el presente trabajo de investigación está dividido en cuatro capítulos: en el primer capítulo se encuentra el planteamiento del problema, antecedentes, justificación y los objetivos de la investigación, en el segundo capítulo está referido al desarrollo del marco teórico y el glosario de términos básicos. En el tercer capítulo se desarrolla de la metodología de la investigación, descripción de métodos utilizados, tipos de investigación y técnicas e instrumentos finalmente en el cuarto capítulo se exponen los resultados, análisis recomendación de la investigación.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1.- Descripción del problema.

El Código Penal prevé en el artículo 57° la suspensión de la ejecución de la pena, teniendo por finalidad conceder una oportunidad de resocialización a los denunciados, imputados y acusados por delitos con penas menores a cuatro años, con el propósito de prevenir o limitar la comisión de nuevos delitos, permitiendo que la ejecución de pena privativa de libertad no ocasione un caos en el sistema penitenciario y evitar el efecto corruptor de la vida carcelaria.

Si bien el art. 57° del Código Penal permite al Juez suspender la ejecución de la pena cuando la condena no sobrepase los cuatro años, ello no es un derecho del penado, sino una facultad discrecional que la ley ha otorgado a los Jueces. Por ello al momento de otorgar estos beneficios, los magistrados deben observar además el cumplimiento de otros requisitos o cualidades del agente sentenciado.

La propuesta inicial para que las penas privativas de libertad que se impongan a los sujetos públicos por la comisión de delitos contra la Administración Pública sean

efectivas, fue de la **Contraloría General de la República** institución pública que, mediante el Proyecto de Ley N° 2529/2013-CGR, propuso que se agregue un párrafo final del artículo 57° del Código Penal, que regula la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Según la exposición de motivos del citado proyecto, donde en el periodo 2009 a 2013 de los 276 funcionarios sentenciados por delitos de colusión, negociación incompatible y peculado doloso sólo 10 de ellos han sido condenados con pena privativa de libertad efectiva; y es introducida por la ley 30304 publicada en el diario oficial el Peruano en fecha 28 de febrero de 2015, mediante el cual se incorpora el último párrafo al texto original, el mismo que prevé que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387".

A raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 57° del Código Penal, en cuanto a la inaplicabilidad de la suspensión de la ejecución de la pena para los funcionarios y servidores públicos han surgido varios problemas en cuanto a su interpretación y aplicación, conforme en aplicación de los derechos fundamentales de la persona del artículo segundo numeral 2° de la Constitución Política del Perú, que consagra a la igualdad ante la ley; Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

En consecuencia ante esta situación, dicha norma penal contraviene al principio de las cláusulas de la Constitución del Perú por la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los funcionarios y servidores públicos, es decir dicha norma introduce una discriminación, desigualdad de trato irrazonable y desmedido, sin fundamentación objetiva suficiente, que impide un resultado jurídico legítimo, si para la

aplicación de esta pena suspendida también se considera el estado de hacinamiento en el que se encuentran las cárceles, que también nos permitirá advertir si efectivamente se presentan índices cada vez más altos en nuestro país. Interrogante que será absuelto en la presente investigación.

1.2.- DEFINICIÓN DEL PROBLEMA.

1.2.1.- Problema general.

¿La inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previstos en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal, contraviene el derecho constitucional de igualdad ante la ley?

1.2.2. Problemas específicos.

1.2.1.- ¿La modificación del artículo 57° contenido en la Ley 30304 ocasiona la discriminación al funcionario y servidor público en el Perú?

1.2.2.- ¿Es posible que la modificación del artículo 57° contenido en la Ley 30304 a través de la legitimidad de sus fines y la proporción de estos con los medios ocasiona control difuso por tener carácter discriminatorio al funcionario y servidor público en el Perú?

1.3.- DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El problema de investigación se encuentra delimitado normativa, contextual, temporal y espacialmente por condiciones coyunturales que han sido elegidas por el ejecutor de la tesis, las cuales han permitido que se trate el tema con una visión y sustentación jurídica dentro de los límites del ámbito de investigación los cuales se aproximen más eficientemente a conocer el problema, sus consecuencias y condiciones de acción que permitan contrastar la hipótesis y plantear soluciones posibles.

1.3.1. Delimitación normativa.

El problema se refiere sustancialmente a la Ley 30304 que modifica el artículo 57° del Código Penal publicada en el diario Oficial el Peruano el 28 de febrero del 2015; cuyo tenor y discusión establece que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 que corresponden respectivamente al delito de colusión simple y agravada, y peculado doloso.

Este estudio trata de establecer si existe o no una vulneración del principio de igualdad ante la ley con la modificación del artículo 57° del Código Penal, discriminando a los funcionarios y servidores públicos no sólo del resto de ciudadanos sino del extranjero que participa del delito de colusión y peculado.

1.3.2. Delimitación contextual.

La investigación se desarrolló en el año 2015 por lo que el análisis del contexto imperante en el análisis del problema de investigación se encontró delimitado por las circunstancias agravantes que parecen permitir la impunidad siendo que por los actos ilícitos cometidos por alcaldes y presidentes regionales, abundan noticias de actos de corrupción, teniendo en cuenta de forma alarmante que aproximadamente “6506 funcionarios públicos se encuentran involucrados en presuntos delitos hasta agosto del 2014” (Contraloría General de la República, 2014)

Además, en dicho boletín informativo se determina que “7 335 funcionarios tendrían responsabilidad civil” (Contraloría General de la República, 2014) al haber ocasionado un perjuicio económico al Estado, dinero que tendrán que devolver si los tribunales los encuentran culpables de omisiones funcionales o de conductas negligentes.

Otros 48 084 funcionarios (Contraloría General de la República, 2014) habrían cometido infracciones administrativas graves o muy graves, durante el desempeño de sus labores, por lo que podrían ser sometidos a un proceso administrativo que podría llevarlos, en el peor de los casos, a la suspensión o inhabilitación.

1.3.3. Delimitación espacial.

El problema se ha investigado geográficamente en la ciudad de Puno, dentro del ámbito del Distrito Fiscal de Puno y el Poder Judicial de Puno, sin embargo las connotaciones y trascendencias de lo estudiado también abarcan el territorio nacional Peruano, en tanto las normas son de aplicación nacional y las características cualitativas de investigación son generales.

1.4.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

La afectación del derecho constitucional de no discriminación en la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal, es un asunto de interés público, dirigida a todas las personas que tengan interés en conocer si el último párrafo del artículo 57° del Código Penal Peruano es respetuoso de la normatividad, valores e ideología constitucional. Sin embargo se encuentra especialmente dirigida a los legisladores, debido a que son ellos los encargados de crear y modificar las normas legales destinados a regular las conductas ilícitas, siendo su responsabilidad el que estas resulten conformes con las prescripciones constitucionales; el que se demuestre con claridad que el último párrafo del artículo 57° del Código Penal contraviene abiertamente la cláusula constitucional de no discriminación tendría que ocasionar en ellos la toma de una decisión sobre la derogación de dicha norma.

Nuestro estudio es de mucha importancia para el sistema penal permitiendo que los funcionarios y servidores públicos, abogados y para todos los encargados de la persecución penal (Ministerio Público y del Poder Judicial) conozcan con claridad de cuáles son las normas legales que resulten contradictorios al derecho Constitucional de no discriminación, para que dejen de lado su aplicación; así como, les va a permitir seleccionar entre los diversos sentidos posibles en que se pueda interpretar una norma jurídica aquel más compatible con las normas de rango Constitucional.

A través del presente trabajo de investigación se tratará de llegar a establecer no sólo los índices de aplicación de este tipo de penas, sino a determinar si esta norma es discriminatoria y a la vez contraviene a las normas constitucionales, ello con la finalidad trascendente de formular alternativas de solución, que sirvan para subsanar algunas de las deficiencias legales, administrativas, logísticas y judiciales frente a ésta problemática.

1.4.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.4.1.- Objetivo general.

Conocer si la regulación de la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previstos en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal contraviene el derecho Constitucional de igualdad ante la ley.

1.4.2.- Objetivos Específicos.

1.4.2.1. Determinar si la modificación del artículo 57° contenido en la Ley 30304 ocasiona la discriminación al funcionario y servidor público en el Perú.

1.4.2.2. Identificar si la modificación del artículo 57° contenido en la Ley 30304 a través de la legitimidad de sus fines y la proporción de estos con los medios ocasiona control difuso por tener carácter discriminatorio al funcionario y servidor público en el Perú.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Antecedentes Investigativos.

2.1.1.1. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los juzgados unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010.

A) **AUTOR:** Ms. Carlos Eduardo Merino Salazar

B) **UNIVERSIDAD DE PROCEDENCIA:** Universidad Antenor Orrego- Trujillo

C) Año De Investigación: 2014

2.1.1.2. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los Juzgados unipersonales de la Provincia de Trujillo en el año 2010.

A) **AUTOR:** Merino Salazar, Carlos Eduardo

B) **UNIVERSIDAD DE PROCEDENCIA:** Universidad Privada Antenor Orrego

C) Año De Investigación: 2010.

Modificaciones del artículo 57 del Código Penal.

CUADRO N° 01

CUADRO COMPARATIVO DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 57° DEL CÓDIGO PENAL

REDACCIÓN ORIGINAL 1991	Decreto Legislativo N° 982 (2007)	Ley 29407 (2009)	Ley 30076 (2013)	Ley 30304 (2015)
<p>Requisitos El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; y 2.- Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito. El plazo de suspensión es de uno a tres años. La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual.</p>	<p>Requisitos El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; y 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito. El plazo de suspensión es de uno a tres años.</p>	<p>Requisitos El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; 2. que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito; y 3. que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.</p>	<p>Requisitos El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; y, 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.</p>	<p>Requisitos El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años. La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.</p>

(CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2015).

2.2.- SUSTENTO TEÓRICO.

2.2.1.-El Derecho a la no discriminación.

2.2.1.1.- La discriminación.

La real Academia Española recoge dos posibles significados del concepto de discriminar, por un lado, el verbo discriminar en sentido neutro, que implica separar, distinguir o diferenciar una cosa de otra, por otro un sentido negativo, consistente en “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos racionales, religiosos, políticos, etc.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la discriminación se define como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basan en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas (Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos, no discriminación).

La discriminación se afirma, se funda en un prejuicio negativo por el cual se trata a los miembros de un grupo no como seres diferentes, sino inferiores, siendo el motivo de distinción “más que irrazonable, odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación”(Bilbao Ubillos & Rey Martínéz, 2003, pág. 111). Con la discriminación lo que se ataca es la esencia misma de la personas, lo que se encuentra en juego es su dignidad, se las descalifica y segrega por el solo hecho

de pertenecer a un grupo, y no por asuntos o conductas exógenos a la persona misma, sobre las que podría atribuírseles responsabilidad.

En concreto, mientras que la igualdad ante la ley admite la diferencia de trato, pero establece límites para ello basados en la razonabilidad y proporcionalidad, la discriminación se refiere a una agravada distinción, que implica la negación de la condición humana y se encuentra fundada en un prejuicio que considera a los miembros de un grupo como inferiores.

Hay que resaltar sin embargo, que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, guardan una relación de género a especie. La prohibición de discriminación es una variedad, una transformación, de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los “sospechosos”(Bilbao Ubillos & Rey Martínez, 2003), es decir, se encuentra vinculado a aquellos supuestos en los que el rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como gravemente odioso para la dignidad de la persona.

En concreto, el derecho a la no discriminación, al igual que el derecho a la igualdad, se encuentra también reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución, que señala a la letra “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

De otra parte, conviene mencionar que diversos tratados internacionales ratificados por el Perú que abordan el tema de discriminación e imponen una serie de obligaciones al respecto. Entre ellos se encuentran los tratados generales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tratados especiales como la Convención interamericana para la eliminación de todas las

formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros.

Como quiera que la jurisdicción constitucional nazca históricamente como un instrumento de defensa de la Constitución, cabe identificar la noción de Constitución que tiene sentido proteger actualmente a través del Derecho Procesal Constitucional. Por cuanto “la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde este prisma valorativo, desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional”(De La Vega García, 1987).

En tal virtud, la discriminación se presenta en algunas sociedades; es común que entre los seres humanos existan distinciones con motivo de la raza, color u origen étnico, lo cual se ha reconocido internacionalmente como un atentado contra la dignidad humana, que debe ser condenada e implica una violación a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en virtud de traducirse en un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos.

2.2.1.2.- La igualdad y su relación con la no discriminación.

La igualdad y la no discriminación son dos conceptos que se encuentran estrechamente vinculados, lo que ha conducido, en algunos casos, a que no se comprenda adecuadamente la diferencia entre ambos.

Desde una perspectiva constitucional, la igualdad tiene una doble dimensión. En virtud de la primera, la igualdad constituye un principio rector de todo el ordenamiento jurídico, de la organización y actuación del Estado, siendo un valor fundamental y una

regla básica que éste debe garantizar y preservar por ser parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Por otro lado, a partir de la segunda dimensión se concibe a la igualdad como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, el cual confiere a toda persona el derecho de ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes. Es el derecho de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. (Eguiguren Praeli, 1997, pág. 73).

El contenido de la igualdad comprende tanto la igualdad ante la ley como la igualdad de trato. De allí que en la actualidad podamos distinguir entre la denominada igualdad formal, en virtud de la cual todas las personas tienen derecho a que la ley los trate y se les aplique por igual, frente a la igualdad sustancial o material, que impone más bien la obligación de que la ley tienda además a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas (Eguiguren Praeli, 1997, pág. 65).

La prohibición de la discriminación, de acuerdo con la normatividad nacional e internacional, constituye una reacción contra la violación cualificada de los derechos fundamentales de las personas que, con significado autónomo propio, va más allá de la prohibición de desigualdades de trato y tiende a eliminar e impedir diferencias contra el individuo por sus caracteres innatos o por su pertenencia a categorías o grupos sociales específicos.

2.2.2.- EL DERECHO A LA IGUALDAD.

2.2.2.1.- Igualdad ante la ley.

La Constitución peruana enuncia el derecho a la igualdad en los siguientes términos:
“Toda persona tiene derecho: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de*

cualquiera otra índole.” El contenido del derecho a la igualdad está constituido por un mandato de igualdad. Pero este mandato se convierte, de modo más preciso, en una prohibición de discriminación. Según esto, los destinatarios de este derecho, Estado y particulares tienen prohibido incurrir en actos discriminatorios, es decir, establecer normas o efectuar actos discriminatorios.

El principio de igualdad “representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos”

El principio de derecho a la igualdad ha sido construido como concepto por el artículo, 2 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental, (Constitución política del Perú, 1993) sobre una noción amplia de proscripción de la discriminación en diversas facetas intrínsecas y extrínsecas: las primeras, en cuanto a cualidades inmateriales de la persona, y las segundas, en tanto pudiera mediar una restricción de entidad particularmente física.

Sin embargo, definir a la igualdad desde el punto de vista jurídico es una tarea por demás compleja. Y es que la indeterminación es una característica de la igualdad; la igualdad es uno de esos conceptos que tienen el inconveniente de perder toda transparencia y evidencia tan pronto como uno se pregunta en qué consisten. En ese sentido, Bobbio ha señalado que para determinar su significado, o si dos entes son iguales o no “es necesario especificar de qué entes se trata y respecto de qué cosas son iguales, o lo que es lo mismo, debe responderse a las preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?, y b) ‘Igualdad en qué? (Bobbio, 1993, pág. 33 y ss) .

La igualdad como principio y derecho “funciona en la medida en que se encuentra conectada con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales.

Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan”.

2.2.2.2.- La igualdad como principio constitucional.

La igualdad es un principio reconocido en el ordenamiento peruano. Se encuentra patente en la Constitución de 1993 y en las declaraciones y los principales tratados de protección de Derechos Humanos que han sido ratificados por el Perú como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros. En ese sentido, debe ser entendida como un mandato de optimización, es decir como una norma que ordena que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 1993, pág. 86 y ss).

De manera más concreta, Sosa y Gutiérrez, haciendo referencia a un texto de García De Enterría, refieren que la igualdad-principio debe entenderse como “aquella pieza que estructura y da sentido a todo el ordenamiento legal, permitiendo entender que el sentido de una ley no está dado solo por ella, sino que resulta de un supuesto en el ordenamiento y su relación con las demás normas” (Gutiérrez Camacho & Sosa Sacio, Igualdad ante la ley. En: La Constitución comentada., 2005, pág. 50).

Asimismo, en tanto principio constitucional, la igualdad es una norma general que tiene por objeto la determinación de los rasgos esenciales y la identidad del marco constitucional del Estado. La igualdad es pues una norma de mayor fundamental en la medida que compone el núcleo de la Constitución (Mendoza, 2000, págs. 156-157). Y es que este principio, ha tenido desde el inicio una importancia capital en la medida que forma parte de la columna vertebral del modelo de Estado Constitucional.

Ella pues, es un criterio general que inspira el ordenamiento en su conjunto y sirve de criterio de interpretación e integración del ordenamiento y, dentro de él, de la propia Constitución. Por ejemplo, en el constitucionalismo comparado se encuentran diferentes referencias implícitas o explícitas a la igualdad que van más allá del reconocimiento explícito del artículo 2.2 de nuestra Constitución. Así, podemos mencionar temas como el de la igualdad de acceso a los cargos públicos, la igualdad de los hijos, la igualdad de partes en el proceso, la igualdad entre hombre y mujer, entre otros temas (Gutiérrez Camacho & Sosa Sacio, pág. 51).

2.2.2.3.- La igualdad como derecho constitucional.

La igualdad como derecho específico se encuentra reconocida en el artículo 2.2 de la Constitución de 1993. De la misma forma, está plasmada en diversos tratados internacionales, declaraciones, jurisprudencia internacional, entre otros. Entre los tratados y declaraciones podemos mencionar al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos del Hombre, entre otros.

En términos concretos, la igualdad tal y como se encuentra planteada en el artículo 2,2 de la Carta Magna todo ser humano tiene derecho a la igualdad ante la ley, puede traducirse en dos sentidos: a) como igualdad en el contenido de la ley; y b) como igualdad en la aplicación de la ley.

La primera se entiende como una exigencia frente al legislador, un límite a su ejercicio legislativo y al poder reglamentario, mientras que la segunda se traduce en un límite a los órganos de aplicación del derecho, de tal forma que no puedan modificar de manera

arbitraria el sentido de sus decisiones en casos iguales (Fernández Segado, 1997, pág. 177).

2.2.2.4.- Igualdad en el contenido de la ley.

La igualdad en la ley se puede definir como una exigencia referida a los contenidos de la Ley, en el sentido de que ellos deben satisfacer un determinado estándar de igualdad. El principio de igualdad en esta dimensión representa una cláusula que limita el proceder del Poder Legislativo o del poder normativo en general, y en consecuencia también involucra al poder reglamentario.

En efecto, la igualdad en la ley es un límite para el Legislador, por lo que la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad. Así, el legislador tiene como límite de su potestad legislativa al derecho a la igualdad en la ley, en tanto este le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a encuadrar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

Por otra parte, la igualdad en la ley no debe entenderse como prohibición de diferenciación, pues la igualdad se entiende como la “exigencia de tratar igual a los que son ‘iguales’ y ‘distinto’ a los que son distintos”. El mandato para el legislador aquí tiene que ver con el hecho que este se encuentra “obligado a justificar de manera adecuada y suficiente las diferencias de trato que introduce en la norma” (Mosquera Monelos, 2006, pág. 23).

Admitir lo contrario, es decir, que la igualdad no admite diferenciaciones contribuiría a que se generen más desigualdades o normas inconstitucionales. En efecto, el TC Peruano ha indicado que “un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad, cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación; y cuando, luego de satisfacer

dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes”

Así, la igualdad en el contenido de la ley prohíbe la discriminación, pero no excluye la diferenciación. Al respecto, el TC ha señalado en constante jurisprudencia que: “la cláusula de igualdad prevista en el artículo 2.2 de la Constitución, no implica el derecho a un tratamiento ‘uniforme’, esto es, que no supone un principio de protección frente al trato diferenciado sino, tan solo, frente al discriminatorio, entendido este como aquel juicio de distinción que no se sustenta en base razonable, objetiva y concretamente verificable”.

En consecuencia, si el TC admite un trato diferenciado, este no puede traducirse en un tratamiento arbitrario basado en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos (Sentencia, 2004). En esa lógica, cabría entender que esta no es una regla carente de requisitos en el ordenamiento peruano: Contrario sensu a lo señalado por el TC en relación a la discriminación, es admisible un trato diferenciado, en la medida que este se sustenta en una base razonable, objetiva y verificable, es decir, en tanto es comprobable en la realidad y admisible constitucionalmente (Gutiérrez Camacho & Sosa Saco, Igualdad ante la ley. En: La Constitución comentada., 2005, pág. 53).

2.2.2.5.- Igualdad en la aplicación de la ley.

La igualdad en la aplicación de la ley que obliga a que esta sea aplicada de forma igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación y por tanto prohíbe que el aplicador establezca diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias distintas de las presentes en la propia norma (Gascón Abellán, 2009); en ese sentido se encuentra dirigido a todos los órganos aplicadores de derecho, ya sea la Administración o el Poder Judicial, con distinto alcance.

En otras palabras, se entiende que la igualdad en la aplicación de la ley es un mandato que prohíbe que un órgano frente a supuestos de hecho iguales, otorgue consecuencias jurídicas diferentes, cuando lo que corresponde es que se les atribuyan consecuencias iguales.

Más en concreto, esta vertiente de la igualdad ante la ley es una prohibición de modificar de modo arbitrario el sentido de las decisiones jurisdiccionales o administrativas en casos sustancialmente iguales (Fernández Segado, 1997, pág. 182). En esa lógica, la igualdad en la aplicación de la ley se encuentra en estrecha conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad, en la medida que “lo que impide son las decisiones arbitrarias, caprichosas, no fundadas en razones jurídicamente atendibles” (Bilbao Ubillós & Rey Martínez, 2003, pág. 115).

Asimismo, debemos entender que la igualdad en la aplicación de la ley, no supone la existencia de interpretaciones o criterios jurisprudenciales pétreos que no se adecuen a la realidad. Por el contrario, el derecho se encuentra en cambio constante y por ende es válido que dos casos similares sean tratados de manera diferente en la medida que la interpretación de cómo y en qué supuesto se aplica una norma, ha variado. En efecto, cierta jurisprudencia, señala que el cambio de criterio es una facultad e incluso una necesidad “cuando se alteren las circunstancias o cambie el propio pensamiento al respecto.

Ya que la igualdad en la aplicación de la ley es un derecho reconocido de carácter fundamental, los individuos que consideran que este derecho ha sido afectado en la medida que se encuentran frente a una resolución arbitraria, pueden solicitar tutela jurisdiccional, de manera específica en la vía del amparo. Ahora bien, el tema central aquí supone reconocer cuando es que nos encontramos frente a una resolución arbitraria, ya

sea en el ámbito jurisdiccional o en el ámbito administrativo, y si existen algunos parámetros o requisitos para determinar ello y concluir que hay una afectación a la igualdad en la aplicación de la ley.

En lo referente a la igualdad en la aplicación en el ámbito jurisdiccional, la doctrina y jurisprudencia españolas han señalado una serie de elementos básicos que determinan si hubo o no afectación a este principio/derecho y, en el mismo sentido, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la mención a este tema se ha realizado en distinta jurisprudencia.

En ese sentido, cuando se exige el respaldo de un pronunciamiento judicial previo (de un precedente judicial) para poder articular un juicio de igualdad en la aplicación de la ley, la igualdad entre órganos administrativos acaba convirtiéndose, cuando se impugna una decisión por la vía subsidiaria del amparo constitucional, en una cuestión de igualdad entre órganos judiciales (Bilbao Ubillos & Rey Martínez, 2003, pág. 115).

2.2.2.6.- Regulación del derecho a la igualdad.

La igualdad como derecho no solo implica la interdicción de la discriminación, sino la atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento. Así, en general, los ciudadanos somos sujetos de derecho en la misma proporción.

Por consenso, los derechos fundamentales han de ser concebidos como atributos que corresponden a las personas y que se encuentran reconocidos y garantizados por las Constituciones, los cuales concretizan las exigencias de igualdad, libertad y dignidad, de acuerdo a circunstancias históricas.

El artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Estado de manera expresa señala: Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

El artículo 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En el mismo sentido el art. 24 de la Convención americana sobre derechos humanos, consagra el principio de igualdad. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

El derecho a la igualdad está contemplado también como norma rectora en el artículo 10 del Código Penal como principio a la igualdad ante la ley.

2.2.3.- Teorías de la pena.

A lo largo de la historia, el derecho penal se ha visto constantemente sometido a un proceso de tensión entre sus fines. Así, mientras que por un lado busca tutelar los derechos de los individuos, por otro busca proteger a estos últimos de una intervención arbitraria del derecho.

Las consecuencias Jurídicas del delito en el Perú, divide el capítulo de la función de la pena y sus teorías, en teorías absolutas, relativas y mixtas; señala que, no es una tarea sencilla deslindar a lo largo de la evolución del derecho penal los planteamientos, siempre

escasos, de “lo que es la pena” de aquellos frecuentes, antinómicos y reiterativos del “porque se impone la pena”. Generalmente los estudios realizados reproducen un tradicional esquema tripartito que aspira a reconocer la existencia o sucesión de tres grandes concepciones o teorías de la pena; de allí en obras clásicas; lo concerniente a la función o a la finalidad de la pena se desarrolla siguiendo aquel esquema y que comprende teorías absolutas, teorías relativas y teorías de la unión(Prado Saldarriaga, 2009).

La justificación de la pena es mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. Aplicar una pena a una persona es disminuirle su capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso puede haber casos en que se la anule totalmente (Bramot Arias Torres, 2008, pág. 95).

En conclusión, el derecho penal se caracteriza por imponer sanciones, las cuales de acuerdo a nuestro Código Penal pueden ser penas o medidas de seguridad. El contenido del derecho penal gira en torno a los fines de las penas y las corrientes modernas apuntan a desplazar las penas cuando ellas resultan innecesarias. A continuación presentamos las diversas teorías que explican los fines de la pena (Bramot Arias Torres, 2008, pág. 96).

2.2.3.1.-Teoría absoluta o retributiva.

Para esta postura ideológica, mediante la pena se agotaba la solución del conflicto social producido por el delito, es decir, al delito se le sumaba un segundo mal que eliminaba los efectos nocivos del delito, restableciéndose el orden social alterado por el mismo. Como señala Mir Puig, desde éste punto de vista, proclamar la función retributiva

de la pena supone entender que la finalidad esencial de esta se agota en el castigo del hecho cometido.

La pena consiste esencialmente en una retribución, o lo que es lo mismo en la compensación del mal causado por el delito, es una especie de justicia penal compensatoria, mediante la cual el agente es objeto de sanción por una pena equivalente a su culpabilidad. La pena es entonces un mal que recibe el autor para compensar el mal que éste causó mediante la comisión del hecho punible.

2.2.3.2.-Teoría relativa o preventiva:

Las teorías relativas son totalmente opuestas a las absolutas, señalan que la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad. La pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. El sentido de la pena consiste únicamente en su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles. Es decir, la función de las penas es prevenir que dentro de la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una función utilitaria de la pena (Bramot Arias Torres, 2008, pág. 98). Estas teorías se dividen en:

Generales: cuando la función u omisión de la pena es dirigida a toda la sociedad en general con el propósito de prevenir delitos, es decir no individualiza al receptor del mensaje. Esta teoría se puede sub dividir en dos grupos:

Positiva o integrada, cuando la misión de la pena es prevenir delitos mediante la afirmación de los valores que se establecen en una sociedad. Hay que remarcar en la

persona los valores de la sociedad. Es decir, se persigue la estabilización de la conciencia del derecho, con lo cual se afirma al derecho penal como un medio de control social.

El derecho penal está orientado hacia las consecuencias externas, es decir se pretende conectar con los demás controles sociales. Jakobs sostiene la idea de la prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma, que supone la confianza en la norma, en la fidelidad al derecho y en la aceptación de sus consecuencias. Solo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en este sentido, un relación racional.

Negativa o intimidatoria, pretende coaccionar o intimidar psicológicamente a los miembros de la sociedad para que no cometan delitos. En nuestra realidad, la pena está cumpliendo el papel coaccionador, intimidar a todos los miembros de la sociedad; una muestra de esto está en la implantación de la cadena perpetua. Respecto de esta teoría podemos formular dos críticas: en primer lugar el medio que emplea el miedo y en segundo lugar, se trata a las personas como si fueran animales.

Especiales: sostienen que las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir. La tesis preventiva especial que propugna von Liszt señala que el delincuente no debe volver a delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación para el delincuente ocasional no necesitado de corrección; resocialización dirigida al delincuente que es susceptible de corrección a través de la educación durante el tiempo de cumplimiento de la pena, e inocuización dirigida a la anulación del delincuente habitual incorregible "con la servidumbre penal" por tiempo indeterminado. Al respecto, Luis Miguel Bramont Arias dice: las penas

buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir. Se trata de prevenir el delito re socializando o rehabilitando al delincuente, Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

2.2.3.3.-Teoría de la unión.

Se intenta combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una suerte de teoría unificadora. Se combinan con ciertos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial. Al llegar a las teorías eclécticas se deduce que la pena desempeña una pluralidad de funciones (Bramot Arias Torres, 2008, pág. 103). Estas teorías tienen dos direcciones:

La primera, la remarca la idea de justicia por encima de prevención o utilidad. Lo principal es la defensa del bien jurídico, al afectarlo se debe dar una retribución justa, limitando la determinación de la pena de acuerdo a los principios de la prevención. La segunda, se orienta a la utilidad la prevención. A la retribución solo le corresponde servir de límite máximo de las exigencias de preventivas impidiendo así que las mismas conduzcan a una pena superior a la merecida (soluciones útiles que no sean injustas). El fundamento de la pena sería la defensa de la sociedad protección de bienes jurídicos. A la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

2.2.4.- La pena.

En la doctrina nacional como extranjera se encuentran diversos conceptos sobre la pena; pero en esencia confluyen en determinar que la pena es una sanción penal, es una consecuencia jurídica del delito.

Víctor Prado Saldarriaga califica su concepto sobre la pena “como concepto operativo”, afirma “que la pena es una consecuencia jurídica del delito que se materializa en la privación o restricción de bienes jurídicos del delincuente, y que se aplica en las formas y dimensiones que establece la ley y que decide en una sentencia condenatoria la Autoridad Judicial (Prado Saldarriaga, 2010, pág. 17).

José Hurtado Pozo, conceptúa la pena como: “La sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o privación de derechos fundamentales” (Hurtado Pozo, 2005, pág. 15). La pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo Jescheck Hans la pena es la compensación de una violación del Derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la afirmación del derecho. (Munoz Conde, 1993, pág. 61)

Jakobs Günther sostiene es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada. la pena debe ser entendida como la consecuencia y la consecuencia jurídica más precisamente del delito, y son infinitas las definiciones que, en su dimensión material, se han formulado acogiendo el concepto de pena, no sólo por el derecho penal, sino incluso en un ámbito mucho más generalizado” y agregan “podemos definir la pena como el castigo consistente en privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinado quién, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción.

2.2.4.1.- Clases de pena.-

Las penas aplicables de conformidad del código penal en el artículo 28 tenemos las siguientes: Pena Privativa de libertad, Restrictiva de libertad, Limitativas de derecho y la pena de multa.

2.2.4.1.1.-La pena privativa de libertad.-

La pena privativa de libertad, consiste en privar de la libertad a una persona, entendiendo libertad al carácter ambulatorio, a la movilidad con que normalmente se desenvuelve la persona, siendo que esta medida se materializa cuando la persona ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave (Bramot Arias Torres, 2008, pág. 446).

Las llamadas penas privativas de libertad, consisten en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaria, reformatorio, etc.), en el que permanece en mayor o menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida y por lo común sujeto a la obligación de trabajar (Muñoz Conde, 1998, pág. 555).

Por la pena privativa de libertad el sujeto activo del delito es internado físicamente en un local cerrado, que edifica el Estado por tiempo determinado y durante el cual debe someterse a un tratamiento específico para su posterior readaptación y reincorporación al seno de la comunidad. El Estado mediante esta pena segrega a todos aquellos asociados que con su quehacer conductual han quebrado las bases del contrato social, en tal sentido, la cárcel se convierte en una institución total, son pues unos muros que separan al penado de la sociedad libre.

Por su parte, Bustos Ramírez, considera que la pena privativa de la libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento, la más de las

veces carcelario. El penado pierde su libertad ambulatoria por un tiempo de duración variable. (Bustos Ramirez, 1994)

En nuestro país, el artículo 29° del Código Penal establece que la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

2.2.4.1.2.-La pena restrictiva de libertad.

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

2.2.4.1.3.-Las penas limitativas de derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico, establece que las penas limitativas de derechos son la prestación de servicios a la comunidad, la limitativa de días libres e inhabilitación, la prestación de servicios a la comunidad se define, como aquella sanción punitiva, por el cual el condenado es obligado a realizar determinadas actividades en beneficio de la comunidad; importa una prestación social no remunerada, que se orienta a una mayor integración del penado con la sociedad, pues mediante ella, asume los costes negativos de su infracción normativa, promoviendo su rehabilitación social; ; no es propiamente una relación jurídico laboral, en tanto no se advierte un consenso entre las partes, en lo que respecta a las condiciones de las labores a prestar, podemos decir, que en el presente caso el penado, es el quien realiza las labores, las efectúa en virtud de un mandato jurisdiccional, al haber vulnerado una norma jurídico penal.

La limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados y domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario (Artículo 35° del CP). Y por último en cuanto a la pena de inhabilitación cuyo ejercicio coactivo supone privar, suspender, restringir al agente de delito, de aquellos oficios cargos, labores, comercio y otras actividades afines, que fueron empleadas en la perpetración del injusto típico. Sanción proyectada a reforzar preventivo- generales de la pena, que en puridad revela un contenido retributivo.

Con ella evita alguno de sus inconvenientes de las penas privativas de libertad, como la separación del delincuente de la sociedad y al mismo tiempo, que la hace partícipe de intereses públicos, al tener que cooperar en actividades que tienen ese carácter (Boldova Pasamar, 1996).

El artículo 34° del CP, reza de la siguiente manera: “la pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas”.

De la descripción normativa, se desprende que esta pena tiene las características siguientes: a). obligación de realizar trabajos gratuitos en instituciones asistenciales y en obras públicas. B). los trabajos se asignan teniendo en cuenta las aptitudes del condenado, c). Los trabajos se realizan en jornadas de diez horas semanales, por regla general en días hábiles, d) tiene una duración mínima de diez y máxima de ciento cincuenta y seis jornadas (Peña Cabrera Freyre, 2011).

2.2.4.1.4.- La pena de multa.

La pena de multa, como aquella sanción punitiva que se dirige a gravar (afectar) el patrimonio del condenado, no de contenido indemnizatorio por el hecho punible

cometido, sino de contenido aflictivo, como una forma de compensar los daños causados por su ilícito accionar, por eso el Estado hace las veces de beneficiado, en representación de la sociedad.

La pena de multa es la pena pecuniaria consiste en el pago de una suma de dinero hecho por el culpable al Estado en concepto de pena, o en la incautación que éste hace de todo o parte del patrimonio del penado (Cuello Calón). La pena de multa se impone de acuerdo con los principios de proporcionalidad y de personalidad, ambos se cohesionan coherentemente, pues la cuantía de la sanción se fija en relación al patrimonio del individuo y a su ingreso promedio diario.

Es preciso aclarar como apunta Cracia Martín que el menoscabo patrimonial que experimenta el penado con la multa no es más que el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo para intervenir sobre la voluntad de aquél, del mismo modo que la libertad del sujeto es también el medio en las penas privativas de libertad, es decir; el pago de la cantidad de dinero en que consiste la multa no es más que el medio a través del cual se pretende irrogar un mal, un sufrimiento al delincuente, por lo que no debe confundirse la multa penal con una deuda civil (Gracia Matín, 1996).

Según el estado de la cuestión, la pena de multa sustituye a las penas de corta prisión, evitándose así el contagio criminal. Hoy la función político criminal más significativa que desempeña la pena de multa es la de actuar como sustitutivo de aquellas penas privativas de libertad (Gracia Matín, 1996), dicho así: la pena pecuniaria se cohesionan con el principio de mínima intervención y con una tendencia actual que se inclina hacia la despenalización.

2.2.5.- La suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57° CP).

Se trata de la condena condicional o pena condicionalmente suspendida, MUÑOZ CONDE nos dice que consiste genéricamente en la suspensión del cumplimiento de la conducta durante un cierto periodo en el que se establece determinadas condiciones que, si son cumplidas permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal (Citado por Villa Stein). Esta pena responde a criterios del derecho humanitario que propicia darle al sentenciado una oportunidad de probar para el futuro su respeto al orden jurídico, siendo la sobrepoblación penitenciaria un elemento adicional que abona por esta opción.

En palabras de BRAMONT ARIAS la suspensión de la ejecución de la pena responde al principio de no necesidad de ejecución de la pena. Desde el punto de vista teórico, esta pena se justifica únicamente por la necesidad preventiva, esto es, la ejecución de una pena no es necesaria desde el punto de vista preventivo especial, cuando puede conseguirse también con su suspensión que el sujeto no vuelva a delinquir y desde el punto de vista preventivo general, el efecto intimidatorio se consigue también con la simple amenaza de ejecución de la pena impuesta si el sujeto vuelve a delinquir durante el periodo de prueba. (Bramot Arias Torres, 2008, pág. 356)

La suspensión de la ejecución de la pena consiste en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria. De esta manera, el sentenciado no ingresa a un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, él queda en libertad pero sometido a un régimen de reglas de conducta” las cuales deben ser observadas durante un plazo de tiempo determinado por ley o por el juzgador y a la obligación de no delinquir; “si así ocurriese se da por extinguida la pena y se suprime la condena de los registros judiciales correspondientes. Caso contrario, procederán a aplicarse al condenado mayores restricciones o se le revocará la suspensión,

debiendo, en consecuencia, de cumplir en su totalidad la pena privativa de libertad que se le impuso en la sentencia.

La suspensión de la ejecución de la pena responde al principio de no necesidad de ejecución de la pena. Desde el punto de vista teórico, la suspensión de la pena se justifica únicamente por una necesidad preventiva, esto es, la ejecución de una pena no es necesaria desde el punto de vista preventivo especial cuando puede conseguirse también con su suspensión que el sujeto no vuelva a delinquir y desde el punto de vista preventivo general, el efecto intimidatorio se consigue también con la simple amenaza de ejecución de la pena impuesta si el sujeto vuelve a delinquir durante el período de prueba (Bramot Arias Torres, 2008, pág. 367).

En el artículo 57° del Código Penal Peruano establece que el Juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que reúnan los requisitos siguientes:

- 1.- Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
- 2.- Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
- 3.- Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios y servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387.

2.2.6.- DERECHO A LA RESOCIALIZACION.

2.2.6.1.- Resocialización.

Es necesario definir la socialización antes de explicar el concepto de resocialización, así, como socialización, se entiende el proceso por el cual el ser humano aprende a ser miembro de la sociedad, esto es, a que los demás le perciban como tal y que uno mismo se identifique como parte de esa sociedad, implica, en lo esencial, la adopción de una cultura común. La socialización tiene como resultado la interiorización de normas, costumbres, creencias y valores, gracias a los cuales el individuo puede relacionarse con los demás miembros de la sociedad. Este aprendizaje les permite obtener las capacidades necesarias para desempeñarse con éxito en la interacción social de forma que cuando las conductas no se adecuan a este entorno cultural, este proceso quiebra, entonces tiene cabida la resocialización.

La resocialización es la prevención especial positiva, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, implica la resocialización del delincuente; o sea, una función correctora y de mejora del delincuente (Conde, 1992). Esto se puede traducir, normativamente, así: “llevar en el futuro en responsabilidad social una vida sin delitos”. Más precisamente, desde el punto de vista penológico se puede afirmar que “la resocialización debe consistir en hacer aceptar al delincuente las normas básicas y generalmente vinculantes que rigen una sociedad”.

Otra definición más común sería, proceso evolutivo mediante el cual un individuo se reintegra a la sociedad. Otra forma de entender la resocialización es la de ZAFFARONI, según este se trata de un proceso de “personalización” el cual, a partir de un trato humano y lo menos degradante posible, tiende a disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios como para que

pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo (Zaffaroni, 1995).

La resocialización “comprende el proceso que se inicia con la estancia del condenado en prisión, mediante el cual el equipo interdisciplinario profesional, con la colaboración del personal penitenciario y previo consentimiento del interno, procura que este pueda tomar conciencia de la génesis de su comportamiento delictivo pretérito y de sus implicancias personales, familiares y sociales presentes y futuras, con el propósito de fomentar y consolidar su capacidad de convivir en sociedad respetando la ley penal en lo sucesivo...”. Continúa señalando este autor en relación a la resocialización, que ésta constituye uno de los principios rectores de la ejecución de la pena por cuanto, junto con la legalidad ejecutiva, la judicialización y la inmediatez, constituyen los pilares en los que se cimienta y orienta la actividad del Estado para la regulación y ejecución de la pena. Ello, además de constituir una guía de interpretación en cuestiones penitenciarias. (Guillamondegui, 2010)

2.2.6.2.- La resocialización como deber del Estado.

Es necesario reconocer que la prisión, en tanto que pena, significa la privación de la libertad y no de otros derechos fundamentales. Esto resulta de particular importancia, porque es a partir de esa consideración que las actividades por realizar al interior de los centros se constituyen en garantía de derechos, más que en la imposición de conductas”(Gonzales Placencia). El trabajo, la educación una alimentación adecuada, la libertad sexual, el libre flujo de información, son todos ellos derechos no obligaciones a los que el recluso debe tener acceso, pues ello se condice con el enfoque preventivo especial positivo que adopta nuestro sistema penitenciaria. Del mismo modo, las medidas

de seguridad deberán ejecutarse en forma humanitaria, respetando los derechos y garantías que son innatos a los pacientes.

En la fase legislativa o de conminación penal, donde se amenaza con el castigo, la función preventiva general se cumple avisando de la sanción a quienes se sientan tentados de delinquir; en la fase judicial o de imposición, cuando se determina e impone la pena concreta al autor, se añade un criterio retributivo basado en la culpabilidad, de tal manera que se satisface el deseo de la víctima de sentirse compensada por el daño moral sufrido y de la propia sociedad cuya paz se ha interrumpido; y en la fase de ejecución se combina con la inocuización del condenado, su intimidación particular y en, su caso, la resocialización con la perspectiva de reinsertar al delincuente en la sociedad con un comportamiento convivencial adecuado (Munoz Conde, 1993).

El sistema penitenciario, en general, está obligado a concretizar las exigencias constitucionales de reeducación, rehabilitación y reincorporación (inciso 22, artículo 139° de la Constitución Política) por tratarse del único sentido político criminal capaz de dar respuesta de modo racional al fenómeno delictivo.

La privación de libertad no es el único método que se puede seguir para intentar aplicar técnicas dirigidas a la recuperación social del infractor, es más, existe una larga experiencia que nos dice que la prisión es un caldo de cultivo excelente para el aprendizaje de la delincuencia. La utilización de vocablos con la partícula "re"- como reeducación, resocialización, reinserción o rehabilitación - presupone que antes de la comisión del delito los delincuentes estuvieron correctamente "educados", "socializados", "insertados" o "habilitados" para la convivencia. La realidad nos demuestra que gran parte de la población penitenciaria no recibió desde su niñez unas pautas de socialización adecuada, es decir, escolarización continuada hasta el nivel obligatorio y ambiente de trabajo con

remuneración suficiente para permitir una forma de vivir digna, por lo que la resocialización se reduce con frecuencia a conseguir una simple educación y socialización a través de la escuela.

2.2.7.- Prohibición de la suspensión de ejecución de la pena.

El proyecto de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena ha sido presentado por la Contraloría General de la República, proyecto de Ley N° 2529/2013-CGR; mediante el cual se propone la modificación del último párrafo del artículo 57 del Código Penal que regula la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Según la exposición de motivos del citado proyecto, entre el año del 2009 hasta el 2013 se dictaron varias sentencias condenatorias en contra de los funcionarios o servidores públicos en casos detectados e identificados por la Contraloría, pero solo en diez de ellas las penas privativas de libertad fueron efectivas. Las demás condenas fueron condicionales.

Esta situación continúa la exposición de motivos del proyecto donde genera en la sociedad una sensación de impunidad e indefensión. La población ve con enorme indignación la forma en que se desatienden sus necesidades y se retrasan sus expectativas de desarrollo, mientras que los funcionarios corruptos ven incrementando su patrimonio de origen ilícito ante la inacción de las autoridades, lo que ciertamente deslegitima el imperio de la ley y el estado de derecho.

La fórmula legal propuesta por la Contraloría fue la siguiente: El Juez no podrá disponer la suspensión de la ejecución de la pena si la condena se dicta por la comisión de delitos cometidos por funcionarios públicos previstos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del título XVIII”.

Según el texto propuesto, la suspensión de la ejecución de la pena solo era aplicable para los funcionarios públicos se excluyó a los servidores públicos que hayan participado en la comisión de los delitos de concusión, exacción ilegal, patrocinio ilegal, malversación de fondos, retardo injustificado de pago, rehusamiento a entrega de bienes, peculado por extensión, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

El indicado proyecto, ya en el congreso, fue derivado a la comisión de justicia y derechos humanos del periodo anual 2013-2014. Esta comisión emitió el correspondiente dictamen. Allí se señaló que la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los delitos de corrupción de funcionarios indicados en el proyecto de ley N° 2529/2013-CGR.

La fórmula legal del proyecto inicial fue cambiada y sustituida en la comisión de justicia y derechos humanos por el siguiente texto: “la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable para los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos previstos en las secciones II, III YIV del Capítulo II del Título XVIII”.

Y con fecha 04 de Junio de 2014, la comisión ingresó al congreso de la republica un texto sustitutorio en los términos siguientes: “La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable para los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387 y 388” es decir se proponía que las penas efectivas solo deben aplicarse a los delitos dolosos de colusión peculado y peculado de uso.

Finalmente esta ley ha sido aprobado mediante Ley N° 30304, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2015, que modificó el artículo 57 del Código Penal

para incorporar el último párrafo, en el que se dispuso que “La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.

2.2.8.- Funcionarios y servidores públicos.

2.2.8.1.- Funcionario público.

Según la ley 30057 el funcionario público es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.

En lo que respecta a la condición de funcionario público, concepto poco uniforme y que presenta múltiples variantes en la doctrina, se indica que es “todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, 2007, pág. 25).

Ser considerado funcionario público es ocupar un estatus especial dentro de la sociedad, el mismo que comporta privilegios y obligaciones distintos al estatus del servidor o empleado público, como veremos más adelante. Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal así como el exterior de la misma.(Galvez Villegas, 2001, pág. 28).

El funcionario público es una de las partes en la prestación del servicio estatal, con significación propia, pues sus procesos de comunicación se cumplen con la administración misma y con el servicio de la administración a terceros (Urquiza

Olaechea, 2002, pág. 245), se puede concluir entonces que el funcionario público es todo aquel que, con independencia del carácter de la actividad que realice, ha sido nombrado o designado como tal, mediante un acto formal de la administración, válido y eficaz para ejercer potestades públicas en el campo de su competencia; independientemente de la naturaleza del vínculo establecido con el Estado.

El funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación efectiva en el ejercicio de la función pública, y el segundo la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto activo y la estructura administrativa, un título que habilite al agente para el ejercicio de las funciones públicas, de modo tal que se pueda imputar la actividad del sujeto activo al ejercicio de los poderes públicos (Rodríguez Puerta, 1999, pág. 166).

Constitucionalmente según el artículo 39, son funcionarios públicos los que están al servicio de la Nación. La Ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de servidores públicos: El problema de la definición constitucional es que no da detalles de quienes son en realidad los funcionarios y servidores públicos.

Según el Código Penal en el artículo 425 “son funcionarios o servidores públicos los que están comprendidos en la carrera administrativa, que desempeñan cargos políticos o de confianza; que poseen un régimen laboral independiente, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce sus funciones en dichas entidades u organismos”.

Según el artículo 4 sobre la definición del funcionario público del Código de Ética de la función pública, aprobado por la ley Nro. 27815 entiende por funcionario público todo aquel funcionario que cumpla con los siguientes elementos:

- a) Ser persona natural,
- b) Que tenga un nombramiento,
- c) Que este haya sido otorgado por autoridad competente,
- d) Que ejerza una función pública,
- e) Que esta sea remunerada, que tenga un carácter permanente, tales elementos son indispensables y deben darse, además conjuntamente.

Debemos destacar que el funcionario público, tiene pleno ejercicio de las decisiones que se tome al interior de la institución pública que representa, lo cual obviamente lo diferencia del concepto del servidor público, y esto es recogido en varios pasajes de la parte especial del Código Penal Peruano.

2.2.8.2.- Servidor público.

El concepto de servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase empleado público (Bacacorzo, 1997, pág. 399), atendiendo a la finalidad abstracta de la función (entendida esta como la concreción objetiva de los planes o lineamientos del Estado) se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración mediante contratación; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos.

Los servidores o empleados públicos no resultan vinculados a la Administración Pública con la misma intensidad que los funcionarios públicos, pues su nivel de deberes y obligaciones no son de la misma magnitud que la de estos, inclusive normalmente no desempeñan cargos decisivos y tampoco están a cargo de los presupuestos o encargados del patrimonio de la entidad u organismo donde desempeñan sus labores (Galvez Villegas, 2001, pág. 38). En definitiva, un empleado no ejerce estrictamente una función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios públicos. Debiendo tenerse en cuenta que el termino de empleado público es idéntico en significado al de servidor público.

El concepto de “servidor” por el del “trabajador”, es algo parecido, lo que nos permite sostener la imprecisión legislativa del uso de tales conceptos, sobre todo por el desconocimiento semántico. El término “trabajador” generalmente se encuentra ligado a las relaciones individuales de naturaleza privada.

Según el código de ética de la función pública del artículo 4 incisos 1 y 2 “se consideran funcionario, servidor o empleado de las entidades de la administración pública, en cualquier de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza y electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado. Donde empleado público. Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicio”.

Según la ley N° 30057 de la ley del servicio civil el funcionario público es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.

2.2.9.- Delitos sancionados con la inaplicación de la ejecución de la pena.

La Ley 30304 que modifica el último párrafo del artículo 57 del Código Penal sanciona con la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos que sean imputados por los delitos contra la Administración Pública en su modalidad de colusión y peculado, delitos que desarrollamos a continuación:

2.2.9.1.- Delito de Colusión.

2.2.9.1.1.- Consideraciones generales.

En el Perú a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares, por parte de la judicatura los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas lo que demuestra una realidad criminológica bastante cruda y clara en cuanto a la proclividad de los funcionarios para afectar el patrimonio del Estado valiéndose del concierto con los proveedores de bienes del Estado (Castillo Alva, 2008, pág. 85). El delito de colusión es uno de los delitos de función más típicos en su género, tanto por la calidad específica del sujeto activo (funcionario público), el bien jurídico protegido (la Administración Pública), como la propia conducta típica exigida por el art. 384° del Código penal.

La jurisprudencia de la corte suprema ha señalado que “en el delito de colusión dos son los bienes tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios y servidores públicos”. En consecuencia, el delito de colusión supone una vulneración por parte de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en el negocio estatal, ya sea por razón de su cargo o por comisión especial, de sus deberes inherentes al cargo o encargo confiado. Estos se valen de las atribuciones que se les confiere, para sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales, por sus

pretensiones e intereses particulares. Se trata, pues, de un peculiar abuso de poder del sujeto activo que interviene por cuenta y en nombre del Estado de un negocio jurídico de contenido económico.

Por otro lado, en el derecho Peruano el tipo delictivo de colusión desleal debería estar ubicado en un título autónomo, pues no tiene nada que ver con el delito de concusión, ni tampoco, en realidad con el cohecho (no exige probar una contraprestación al funcionario).

Finalmente, no toda concertación y por ende colusión entre el funcionario y el interesado puede ser considerada como ilegal. Aquí debe primar el principio racionalizador del sistema penal como es el principio de subsidiariedad, es decir que bajo determinadas pautas se debe la existencia del derecho penal como expresión del tan pregonado pero casi nunca cumplido última ratio, pues en nuestro medio es común se cumpla en prima ratio.

Artículo 384. Colusión simple y agravada.

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

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado,

según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

2.2.9.1.2.- Colusión simple.

Se realiza esta conducta cuando el sujeto activo en su condición de funcionario público o servidor público, al intervenir de manera "directa" o "indirecta" en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, acuerda o concierta con los interesados con el objeto de defraudar al Estado en la operación.

Constituye de esta manera un delito de peligro en relación al perjuicio patrimonial efectivo y de mera actividad dado que, no sería punible la tentativa, siendo obtuso pensar que debe ser punible el empezar a realizar los actos preparatorios, como citar a uno de los postores de la licitación pública. Este tipo penal solo se consuma con el acto de concertación, no siendo necesario que exista daño al patrimonio del Estado, ni una ventaja indebida por parte del interesado al funcionario o servidor público.

2.2.9.1.3.- Colusión agravada.

Es el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición de funcionario o servidor público interviene directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición de bienes, servicios públicos o cualquier tipo de operaciones a cargo del Estado, mediante un acto de concertación con los particulares defrauda patrimonialmente al Estado. Las figuras delictivas de colusión ilegal simple y agravada se diferencian por los verbos rectores como se mencionó en las líneas iniciales de este texto, en el caso de la simple con el verbo "concertar" y en la forma agravada con el "defraudare", sin embargo se puede notar otra diferencia, que recae sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la

simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que en la agravada, el perjuicio es real y efectivo (Salinas Siccha R. , 2011, pág. 252). Procederemos al análisis de los elementos “concertar” y “defraudar” por separado.

2.2.9.1.4.- El “defraudar” en el delito de colusión simple y agravada.

En el delito de colusión simple se quebranta un rol especial asumido por el agente, violando el principio de confianza depositado con el ulterior engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo a su beneficio, asumiendo un rol incompatible y contrario a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, 2002, pág. 281). El sujeto activo con su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio, ya sea potencial o real al erario del Estado en la negociación con los interesados (García Caveró, 2008, pág. 135).

En el caso de la colusión agravada, el término “perjudicare” debe entenderse como la exigencia de un perjuicio patrimonial al Estado, perjuicio real que supera a una presunción de potencialidad como en el caso del término “defraudar” en el tipo de colusión simple. Para fines de tipicidad no es relevante que el agente haya tenido o no un provecho patrimonial, este provecho será tomado en cuenta para la individualización de la pena.

2.2.9.1.5.- Bien jurídico penalmente tutelado.

Como en todos los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico mediato es el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública que resulta manifestación material del Estado. En tanto que, el bien jurídico protegido inmediato es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la Administración Pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones

funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, 2002, pág. 278).

El funcionario público, al desarrollar sus obligaciones funcionales al interior de la Administración Pública, tiene que hacerlo conforme al deber funcional que le impone el cargo público que desempeña. Si el funcionario directa o indirectamente infringe aquel deber y de paso, con su actuación, busca defraudar y/o llega a defraudar el patrimonio del Estado, entra a tallar el delito de colusión, ya sea en su fase simple o agravada.

Si bien podría alegarse que el ámbito de protección de la norma penal cubre el patrimonio del Estado, lo cierto es que la prohibición no está en la generación de un perjuicio potencial o real al Estado, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público (Salinas Siccha R. , 2011, pág. 59). De modo que, se sustenta la sanción penal, en la inobservancia de un deber específico que vincula al funcionario o servidor con los fines del Estado. Pero no se trata de cualquier deber específico, sino solo aquel de carácter positivo, en el sentido que el sujeto público debe disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado. El patrimonio del Estado solo es protegido en forma indirecta por el delito de colusión.

El funcionario o servidor público que por razón de su cargo y función tiene que ver con la disposición económica del patrimonio estatal tiene la obligación especial de salvaguardarlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado o de los particulares cuando la Ley así lo estipule. Caso contrario, si aprovecha de tal función y cargo para obtener provecho personal o de tercero en perjuicio real o potencial del patrimonio estatal, infringe su deber funcional y, por tanto, es pasible de ser imputado por el delito de colusión ya sea en su modalidad simple o agravada.

Es perentorio mencionar que la diferencia del delito de colusión con el de peculado en cuanto al bien jurídico protegido, radica en lo siguiente: “En el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importa el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos; en tanto que, en el delito de peculado el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, que debe entenderse del punto de vista de garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”(Salinas Siccha R. , 2011, pág. 259).

2.2.9.1.6. Sujeto activo.

Tanto en la colusión simple como en la agravada, estamos ante un delito especial, dado que el autor no podrá ser quien no ostente esa calidad especial de funcionario o servidor público, por ejemplo, el practicante pre profesional de un despacho ministerial, o el asistente administrativo.

La jurisprudencia viene apoyando esta postura, como puede apreciarse en la R.N. N° 823-2006-Tacna del 29 de noviembre de 2006:

Es de puntualizar que el tipo penal del injusto de colusión ilegal es un delito especial propio, porque solo pueden ser autores los funcionarios o servidores competentes en actos de contratación u otros señalados en el tipo penal –vinculación funcional.

El delito de colusión debe tratarse como un delito especial propio, de infracción de deber en la que el sujeto activo aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384, esto es, funcionario o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales o competencia funcional el deber de participar en cualquier

etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Ninguna otra persona que no goce de estas atribuciones podrá ser agente del delito.

Adicionalmente al factor de que el agente sea un funcionario o servidor público, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionariales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado, es decir tutelando sus intereses. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia (Salinas Siccha R. , 2011, pág. 269). De no probarse este vínculo funcional, la conducta sería atípica.

2.2.9.1.7.- Sujeto pasivo.

El delito de colusión tanto en su modalidad simple como agravada, determina un perjuicio real o potencial al patrimonio estatal, el sujeto pasivo siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal cualquier entidad u organismo del Estado.

Esta interpretación de sujeto pasivo debe ser extensiva en la medida que diversos sectores del Estado como: los ministerios, los organismos constitucionalmente autónomos, los organismos técnicos especializados, y cualquier otro sujeto con personería presupuestal pública, son titulares del bien jurídico en discusión. Por lo tanto todos los entes anteriormente mencionados suscriben contratos con particulares en el desarrollo de sus actividades económicas, puede haber la posibilidad de un acuerdo colusorio entre estos particulares y el funcionario competente, este acuerdo será punible y tendrá a la entidad correspondiente como sujeto pasivo del delito.

La Jurisprudencia se ha pronunciado, entendiendo que en el delito de colusión el sujeto pasivo del delito es el organismo público, en tanto tenga “autonomía jurídica”, tales

como los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las empresas públicas de economía mixta o las entidades que posean personería jurídica.

Como lo menciona Salinas Siccha es importante dejar establecido que cuando el operador jurídico asume que el hecho concreto se trata de una colusión desleal en agravio de una entidad u organismo estatal, solo esta se constituye en sujeto pasivo. Se excluye al Estado. Para entender mejor este aspecto es importante citar la Ejecutoria Suprema del 17 de marzo de 2005, donde se determina que:

Estando a las múltiples ejecutorias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República, en el sentido que tratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo resulta únicamente las instituciones que representan al Estado y que a su vez son perjudicadas con la comisión del delito, es decir, en el presente caso el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy Es salud es quien solo debe ser considerado como agraviado, lo contrario implicaría una duplicidad de pago con relación a la reparación civil .

2.2.9.1.8.- Tipicidad subjetiva.

Hay completo consenso en la doctrina nacional, para afirmar que el único medio subjetivo para realizar el tipo es el dolo directo (Abanto Vásquez, 2003, pág. 316). No cabe la comisión por culpa. El agente público conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él, para efectuar un perjuicio real o potencial. No es relevante verificar si el agente actuó con la intención de obtener algún provecho patrimonial, dado que el provecho económico no es un elemento objetivo del tipo (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, 2007, pág. 422).

En este tipo penal solamente será posible el dolo directo (García Cavero, 2008, pág. 172). Esto se desprende de la exigencia de conocer y tener la voluntad por parte del agente, del elemento concertar fraudulentamente para defraudar el patrimonio estatal y por ende a su titular, el Estado. Esta postura, es aceptada por la jurisprudencia, teniendo el R.N. N° 2767-2008-Loreto del 19 de agosto de 2009, que señala:

El sujeto activo en el delito de colusión, al concertarse puede actuar en evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica de buscar perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro y el provecho obtenido por el sujeto activo, si deberá acreditarse el dolo directo del agente, tanto del negociador público oficial como del interesado, para poder imputársele responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviniente.

Siguiendo la construcción de los tipos penales de colusión simple y agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto jurídico subjetivo. En la colusión simple, el agente público dolosamente concierta con los terceros interesados, para arreglar una situación contractual determinada, con el objeto de defraudar al Estado. El agente público concierta con la intención de defraudar el patrimonio público, esta intención materializada con el acuerdo colusorio, es reprimida penalmente, este tipo no busca sancionar un ulterior perjuicio patrimonial, solo sanciona el mero acuerdo. En cambio, en el tipo de colusión agravada, el agente público por medio de la concertación dolosamente defrauda al Estado patrimonialmente, el agente por medio de la defraudación afecta el patrimonio Estatal.

Se debe precisar que por la técnica de tipificación empleada por el legislador, se infiere que solo se configura por comisión activa el delito de colusión simple y agravada.

Siendo solo un pequeño sector de la doctrina que alega la posibilidad de la comisión por omisión (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, 2002, pág. 288).

2.2.9.1.9.- Antijuricidad.

Después que se verifica que las conductas analizadas se subsumen a los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad juicio de tipicidad, el operador jurisdiccional pasará a verificar si en aquellas conductas efectuadas por el agente concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal.

Por la propia redacción de las fórmulas legislativas de la colusión simple o agravada del artículo 384 es poco probable que se presente alguna causa de justificación, dado que las conductas típicas se realizan con dolo directo. Sin embargo, nos adherimos a la postura esbozada por el profesor García Caveró, al señalar, que podría presentarse el caso de una situación de necesidad, que excluya la antijuricidad de la conducta (García Caveró, 2008).

En el ejercicio de sus funciones, el agente público, puede encontrarse frente a situaciones de necesidad. Para la superación de estas situaciones de necesidad resultan necesarios, en la mayoría de los casos, actos jurídicos de disposición patrimonial, como medidas de urgencia, esta urgencia impide que se puedan seguir los procedimientos regulares.

2.2.9.2.- El delito de peculado doloso y culposo.

El artículo 387 cuyo texto es el siguiente:

“ El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor

de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa."

2.2.9.2.1.- Modalidades del delito de peculado.

Las modalidades por las cuales el agente público puede cometer el delito de peculado con dolo dependen de los verbos rectores que se señalan en el tipo penal. Por tanto, siendo los verbos rectores el **“apropiarse”** y **“utilizar”**, se deduce que existen dos formas de materializar el delito de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización. Así también los considera el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

2.2.9.2.2.-Modalidad de peculado por apropiación.

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos.

El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración pública (Salinas Siccha R. , 2011, pág. 298).

El agente público no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña, el agente simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio (Abanto Vásquez, 2003, pág. 342). La actuación del agente es propia de un propietario de los caudales públicos. Siguiendo esta línea en la doctrina nacional Rojas Vargas define que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de estos (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, 2002, pág. 335).

La forma de la ilegal apropiación puede darse tanto como incorporación de caudales públicos al patrimonio personal del autor, acrecentando su patrimonio personal o como actos de disposición como la venta, alquiler, usufructo u otros afines. En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de

la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, 2002, pág. 336).

2.2.9.2.3.- Modalidad de peculado por utilización.

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente emplea de cualquier forma los caudales o efectos públicos, pero sin el objetivo de hacer suyo el bien. En el funcionario o servidor público no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. Para que se configure esta modalidad, debe existir una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada solo temporalmente, para luego devolverla a la esfera patrimonial de la administración pública (Abanto Vásquez, 2003, pág. 344). En esta línea de ideas la Ejecutoria Suprema del 20 de setiembre de 2005, señala que:

La modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero.

Es perentorio en este punto hacer una acotación, en el artículo 388 del Código Penal encontramos el tipo penal de peculado de uso, se suele pensar que es idéntico al tipo penal de peculado en su modalidad de utilizar el artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, una lectura cuidadosa de ambas hipótesis delictivas nos permite concluir que en el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que el artículo 388 se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. Por lo tanto, se aplicará el artículo 387 como tipo básico siempre

que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración mencionados taxativamente en el artículo 388 del Código Penal.

Sobre la posibilidad de una omisión impropia en las modalidades de apropiación y utilización del peculado Salinas Siccha nos menciona que es común en la naciente doctrina nacional considerar que el peculado doloso, tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia (Abanto Vásquez, 2003, pág. 343). En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente muy bien con conocimiento y voluntad puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda que el operador jurídico recurrirá.

2.2.9.2.4.- El perjuicio patrimonial.

Para que se configure el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. Se puede citar en este punto a la Ejecutoria Suprema del 13 de marzo de 2003:

En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal.

2.2.9.2.5.- Bien jurídico tutelado.

El bien jurídico del delito de peculado no se cuenta dentro de los delitos contra el patrimonio, sino antes bien, como delito cometido contra la Administración Pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados.

En el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad.

La Administración Pública es percibida como realidades normativas que están al servicio del ciudadano. Esto significa que el funcionario o servidor público en su relación con la Administración Pública debe promover mecanismos que permitan un desarrollo real de los ciudadanos. La lesión de la correcta prestación de servicios posterga las expectativas del ciudadano de acceder a logros concretos dentro del sistema.

Para establecer cuál es el comportamiento lesivo del bien jurídico, debe, en primer lugar, reconocerse el proceso de comunicación asignado respecto de los ciudadanos que lesionan o ponen en peligro las realidades normativas, pues es necesario fijar la relación social concreta en que se desenvuelven los hechos, ello significa evitar que el concepto jurídico que subyace como tutela penal sea un instrumento jurídico vago e inconsistente.

En el caso de la Administración Pública, al parecer, la materialidad surge en el momento que se presta un servicio. Sin embargo, un sector de la doctrina concluye que el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en el delito de peculado radica en la

infracción del deber de lealtad que dichos ciudadanos tienen respecto del patrimonio del Estado (García Morales, 1999, pág. 34).

2.2.9.2.6.- Sujetos activo y pasivo.

Lo primero que debemos destacar, conforme al modo en que nuestro legislador ha concebido el delito de peculado es que nos encontramos ante un delito especial, en el sentido que el círculo de autores se encuentra restringido solo a quienes ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos. En esta medida el sujeto activo del delito de peculado únicamente podrá ser quien tenga con el Estado una relación funcional específica. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia.

A contrario de lo que sucede con el sujeto activo de los delitos patrimoniales que pueden ser cualquier persona, los tipos penales no exigen que el agente cuente con determinadas cualidades o condiciones; solo exige que el agente se haya apoderado de un bien ajeno o parcialmente ajeno mediante la sustracción. En lógica no podrá ser sujeto activo del delito de hurto el propietario de tales bienes. Si llega a determinarse que la sustracción la ha realizado el propio propietario del bien a un posesionario, por ejemplo, no será autor de un delito de hurto sino del delito de apropiación ilícita (Salinas Siccha R. , 2006, pág. 57).

Así también, tampoco es sujeto activo de hurto simple el poseedor inmediato del bien que estando obligado a devolverlo opta por apropiarse indebidamente del mismo, pues en este caso, la conducta constituye un supuesto de apropiación ilícita. Por otra parte, constituye circunstancia agravante del delito de hurto, cuando el hecho es realizado

mediante el concurso de dos o más personas, y solo se alude con esto a que bastará el acuerdo entre los individuos para aplicar la agravante.

El sujeto pasivo siempre será el estado en cualquiera de sus manifestaciones orgánicas, bajo ninguna circunstancia un particular puede ser sujeto pasivo del delito.

2.2.9.2.7.- Conducta típica.

La acción típica en el delito de peculado está conformada por los verbos rectores “apropiar o utilizar”. En cuanto al concepto de apropiación, parte de la doctrina distingue entre el acto de “apropiamiento” sería sustraer la cosa en la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarlo en la propia esfera; por otro lado la “sustracción” solamente implicaría apartar, separar, extraer la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente. A contrario sensu, la doctrina Italiana ha sometido una interpretación distinta, entendiendo que la apropiación sería no cumplir con devolver o entregar a tercero una cosa recibida con esa finalidad, lo cual incluso podría incluir la simple sustracción. Sin embargo el criterio para definir la apropiación, en opinión predominante por la doctrina nacional es que el acto de apropiar estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, y este criterio encierra tanto el acto de apropiar como el de sustraer, pues implicaría que el sujeto activo es quien sustrae bienes o caudales ya sea en beneficio de él (peculado propio) o en beneficio de un tercero (peculado en su modalidad de apropiación a favor de un tercero).

En este caso el tipo penal contenido en el artículo 387 del Código Penal presenta cuatro modalidades delictivas distintas a saber:

- Peculado doloso por apropiación para sí.
- Peculado doloso por apropiación para tercero.

- Peculado doloso por utilización para sí.
- Peculado doloso por utilización para tercero.

2.2.9.2.8.- La apropiación en el delito de peculado.

Existe otro grupo de legislaciones penales que exigen algo más que la mera sustracción en el peculado, ahora se trata de que el sujeto activo se “*apropie*” de los bienes públicos. Así en el Código Penal de Bolivia Art. 142 “...que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare...”; Código penal de Uruguay (art. 153) “el funcionario público que se apropia...”; Código penal de Brasil (art.312) “si el funcionario se apropiare...”. Sin embargo, aquí caben dos posiciones: para un sector de la doctrina no es posible sustraer lo que se tiene en posición, de manera que encontrándose el funcionario público en esa situación, la conducta que debería realizarse es de apropiación. Para otros argumentan que la idea de sustraer se relaciona con apartar, separar, extraer y no es óbice para materializar la acción expresada en el verbo de los caudales o efectos estén en posición del funcionario público.

El peculado doloso por apropiación exige que el bien haya salido de custodia de la Administración Pública. Se concreta apartándose de la esfera funcional de la administración pública... y colocándose en situación de disponer de los mismos.

2.2.9.2.9.- La apropiación y el ánimo de aprovechamiento.

Los verbos rectores que integran la conducta típica son apropiarse y utilizar, bien sea en beneficio del mismo funcionario o servidor público “para sí” o de un tercero “para otro”. El término apropiación descrito por el tipo, en un primer momento puede remitirnos a la conducta típica del delito de la apropiación ilícita, en el sentido que este tipo penal se verifica en el momento en que opera una “apropiación ilegítima” de un determinado bien mueble por parte de la persona del sujeto activo. Es decir, el delito de la apropiación ilícita

se consuma cuando en sujeto activo del delito, incumpliendo una obligación específica de devolución o de hacer un uso determinado, se apodera de un determinado bien mueble, incorporando de manera ilegítima a su patrimonio.

2.2.9.2.10.- Tipicidad subjetiva.

Con relación al aspecto subjetivo del delito, la modalidad dolosa del peculado, está determinado por el conocimiento del sujeto activo en el carácter del bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes (Abanto Vásquez, 2003, pág. 336).

En esa medida, el dolo del sujeto activo involucrará dos elementos, en un primer término el hecho que el funcionario o servidor público sea consciente de que las conductas de apropiación o utilización que lleva a cabo involucran bienes que constituyen parte del patrimonio del Estado; y en segundo lugar que el sujeto activo lleve a cabo la acción con la intención de dar un uso privado o particular a los bienes en cuestión.

El peculado en análisis es doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública. El dolo exigible para consumir el tipo es el dolo eventual al no requerir el tipo ningún propósito espacial o la presencia de algún reforzante subjetivo, como el a sabiendas, el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento.

El dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. Precisamente este animo especial sirve como criterio de distinción entre una y otra modalidad, por eso no es posible el dolo eventual a diferencia del tipo Argentino, sino solamente el dolo directo. El elemento subjetivo del dolo está dirigido al conocimiento

del carácter público de los bienes que se apropia el funcionario o servidor público, conocimiento que no lo determina a no disponer de dichos bienes.

2.3.- El control difuso en el Perú.

Se estableció por primera vez el control difuso en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera.

El artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 recoge el principio antes enunciado para los jueces, y dispone que las sentencias que se dicten en primera o segunda instancia, si no son impugnadas, se eleven en consulta a la Corte Suprema de la República, agregando esta norma el control de la legalidad de las normas jurídicas de inferior jerarquía respecto a la ley en el mismo sentido anteriormente indicado.

Es la Constitución de 1979 la que establece el control difuso en forma genérica en el artículo 87° y en forma específica para el Poder Judicial en el artículo 236°.

La Constitución de 1993 establece el control difuso en sus artículos 51° y 138°. “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado” (Art. 51°, Constitución Política del Perú de 1993).

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 norma de rango inferior” (Art. 138°, Constitución Política del Perú de 1993).

El Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS de veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y tres, en el artículo

14° establece la forma de proceder de los jueces, al aplicar el control difuso, disponiendo que las sentencias de primera y segunda instancia, si no son impugnadas, se elevarán en consulta a la Corte Suprema de la República.

En ese sentido creemos que el Control Difuso es facultad exclusiva de los jueces que integran el Poder Judicial; y, que no es competencia de otros organismos constitucionales que también ejercen jurisdicción, como por ejemplo el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones; y, por supuesto, de la Administración Pública en general.

Este criterio se fundamenta, en su origen, pues, este sistema de control que lo ejecuta por primera vez el Poder Judicial de los Estados Unidos de Norteamérica, fue adoptado por nuestra Constitución de 1979 y la Constitución de 1993, al considerar que no existe la menor duda de que el control difuso debe ser aplicado por cualquier autoridad que debe resolver un caso concreto, porque los artículos 87° y 51° de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente, contienen un mandato que debe ser acatado por todas las autoridades, sin distinción alguna. Estos artículos habrían sido suficientes para que el Poder Judicial ejercitara esta facultad, pero los constituyentes, atendiendo la tradición histórica del Poder Judicial, han hecho muy bien en consignar norma expresa a cumplirse por los Jueces.

La existencia del artículo 51° de la Constitución, implica que el control difuso no es función exclusiva del Poder Judicial. Así lo hemos sostenido respecto al Tribunal Constitucional y al Jurado Nacional de Elecciones.

2.4.- GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.4.1.- Igualdad.

La esencia de la igualdad no se puede revelar por su significado literal, por la expresión que la contiene. La dificultad con la que tropezamos cuando queremos aprehender su contenido es su indeterminación; y es que la igualdad por sí sola es una

expresión vacía, no significa nada. En la doctrina italiana, refiriéndose al tema, Bobbio ha expresado: decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) Igualdad entre quienes, y b) Igualdad en qué.

Se advierte entonces, de modo inmediato, que la igualdad es un concepto relacional, que solo se revela a partir de la identificación de los datos precitados. El mandato de igualdad no produce en modo alguno la pluralidad, la diferenciación; solo proscribire el trato desigual arbitrario, cuyos alcances desarrollaremos más adelante.

Pero la tarea de dotar de significado al concepto de igualdad se complica cuando comprobamos que este derecho fundamental, lo mismo que todos los de su género, son derechos históricos, en el sentido de que su contenido va formándose gradualmente, al extremo de llegar a puntos radicalmente distanciados.

Adicionalmente, el concepto de igualdad adquiere otro nivel de complejidad cuando lo trasladamos al terreno jurídico, pues en él ha de convivir con otras normas y principios. Un mundo en el que no serán infrecuentes las colisiones, en especial con el derecho principio de libertad. En efecto, libertad e igualdad son categorías que se implican recíprocamente. Cada hombre es igual a los demás en la medida en que es libre respecto de ellos, es decir, en la medida en que no está obligado a obedecer a ningún otro; o es libre en la medida en que, siendo igual a los demás, ninguno de ellos puede imponerle su voluntad.

Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana.

Toda persona tiene derecho: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”* El contenido del derecho a la igualdad está constituido por un mandato de igualdad. Pero este mandato se convierte, de modo más preciso, en una prohibición de discriminación. Según esto, los destinatarios de este derecho, Estado y particulares tienen prohibido incurrir en actos discriminatorios, es decir, establecer normas o efectuar actos discriminatorios.

2.4.2.- Dignidad.

El término dignidad significa algo que es valioso, lo que es estimado o considerado por sí mismo, y no en función de otra cosa. La dignidad humana radica en el valor interno e insustituible que le corresponde al hombre en razón de su ser, no por ciertos rendimientos que prestara ni por otros fines distintos de sí mismo.

El hombre vale por lo que el mismo es, por su ser. Ya hemos visto que lo que caracteriza al hombre es su ser persona. Persona de naturaleza racional y libre, por tanto con voluntad. La dignidad de la persona se funda en ella misma, en su ser persona. De aquí nacen todos los derechos humanos y la igualdad en cuanto ser de hombre y mujer.

2.4.3.- Derechos humanos.

Son atributos y facultades que, por naturaleza tenemos todas las personas, ya sean hombres, mujeres, niños, niñas, jóvenes, ancianos, etc. para poder vivir dignamente. Los derechos humanos se originan de la persona misma, aun cuando está dentro del vientre. Estos derechos nos pertenecen y nadie nos los puede quitar o negar. Los derechos humanos son todas esas condiciones que nos permiten llevar una vida digna, forman parte de nuestra vida diaria, no están solamente escritos en un papel.

Los derechos humanos son la base para convivir en un ambiente de libertad, justicia y paz. Los derechos humanos tienen ciertas características que es importante conocer, a continuación podrá ver un cuadro en el cual le explicamos mejor las características.

Los derechos humanos son los derechos más fundamentales de la persona. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. La historia de los últimos 250 años ha sido moldeada por los esfuerzos realizados para crear esas condiciones. Comenzando con las revoluciones francesa y americana a finales del siglo XVIII, la idea de los derechos humanos ha inspirado más de un movimiento revolucionario encaminado a dar poder efectivo a los ciudadanos y control sobre los que ostentan el poder, en particular los gobiernos.

2.4.4.- Discriminación.

La voz discriminación tiene, en el Diccionario de la Real Academia Española, dos acepciones, una neutra y otra valorativa.

En la primera versión significa separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra” como es factible observar, la conducta aquí descrita no encierra en sí misma ninguna característica disvaliosa, mientras que en la segunda discriminar es dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos, etc.(Real Academia Española, 1970, pág. 484)

2.4.5.- Funcionarios Públicos.

Los encargados de ejercer la función pública en nuestro país son los llamados funcionarios públicos; pero concurrirán a la realización de la misma, otras personas conocidas como servidores públicos, como dan cuenta varias figuras delictivas en el

código penal (el delito de peculado, colusión, cohecho, entre otros). La definición de funcionario público adquiere relevancia en los delitos contra la administración pública a partir de la distinción de *lege data* entre tipos penales cometidos por “particulares” y delitos cometidos por “funcionarios públicos”.

En lo que respecta a la condición de funcionario público, concepto poco uniforme y que presenta múltiples variantes en la doctrina, se indica que es “todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, 2007).

Ser considerado funcionario público es ocupar un estatus especial dentro de la sociedad, el mismo que comporta privilegios y obligaciones distintos al estatus del servidor o empleado público, como veremos más adelante. Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal así como el exterior de la misma (Galvez Villegas, 2001).

2.4.6.- Servidores Públicos.

El concepto de servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase empleado público (Bacacorso, 1997), atendiendo a la finalidad abstracta de la función (entendida esta como la concreción objetiva de los planes o lineamientos del Estado) se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración mediante contratación; el

empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos.

Los servidores o empleados públicos no resultan vinculados a la Administración Pública con la misma intensidad que los funcionarios públicos, pues su nivel de deberes y obligaciones no son de la misma magnitud que la de estos, inclusive normalmente no desempeñan cargos decisivos y tampoco están a cargo de los presupuestos o encargados del patrimonio de la entidad u organismo donde desempeñan sus labores. En definitiva, un empleado no ejerce estrictamente una función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios públicos. Debiendo tenerse en cuenta que el término de empleado público es idéntico en significado al de servidor público.

El concepto de “servidor” por el del “trabajador”, es algo parecido, lo que nos permite sostener la imprecisión legislativa del uso de tales conceptos, sobre todo por el desconocimiento semántico. El término “trabajador” generalmente se encuentra ligado a las relaciones individuales de naturaleza privada.

2.4.7.- Sanción.

Desde una perspectiva amplia, se estimará como sanción toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta.

Las sanciones penales tienen una razón de ser, esto es, han sido creadas para cumplir ciertos fines, los mismos que muchas veces son dejados de lado a la hora de tipificar y sancionar las conductas delictivas. La función de la pena más allá de su conceptualización, cumple función de prevención general, pues tiene que ver con regular la convivencia en la sociedad, el funcionamiento social, la norma que lo permite. Nuestro

Código Penal señala que la pena tiene función preventiva, protectora y re socializadora [artículo IX del Título Preliminar]. De la norma acotada se desprende que para el sistema jurídico penal peruano la pena cumple básicamente las siguientes funciones: prevención general y prevención especial.

La prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en la sociedad, de manera que a través de la pena se influencia en la sociedad a través de la amenaza penal y su posterior ejecución. Pudiendo esta ser negativa o positiva. Por la primera a través de la pena se buscaría un efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos que poseen cierta tendencia a delinquir; mientras que por la segunda la pena tendría el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente por la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal. En la prevención especial, la finalidad de la pena está referida a la persona del penado, de quien se busca obtener su socialización.

2.4.8.- Punibilidad.

Punibilidad es la aptitud para ser penado o la cualidad de un acto que lo hace susceptible de ser sancionado penalmente o la nota o característica inherente al concepto de delito según la cual puede ser sancionado penalmente con el particular tipo o especie de sanción jurídica que es la pena (De Rivacoba Rivacoba, 1993, pág. 4).

La penalidad se debe entender por tal la amenaza penal, esto es, la pena abstracta, señalada en abstracto o de manera abstracta en la ley para un hipótesis delictuosa como tal, que se aplicará y hará efectiva concretamente en y para cada caso particular en que la hipótesis se actualice, pasando de ser un mero supuesto legal a ser una realidad humana y social.

La pena es la consecuencia que la ley señala cuando se ha producido el quebrantamiento de la norma. Intrínsecamente, es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión.

La pena es la manifestación de la coerción penal, y es consecuencia del delito, sin embargo, puede suceder que al delito no le siga como consecuencia jurídica la coerción penal, ésta carezca de operatividad, por razones que corresponden al Derecho Penal o al Derecho Procesal Penal (zaffaroni, 1998, pág. 11).

2.5.- HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

2.5.1.- Hipótesis general.

La regulación de la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal atenta contra el derecho constitucional de igualdad ante la ley.

2.5.2. Hipótesis específicas.

2.4.2.1.- La modificación del artículo 57° contenido en la Ley 30304 ocasiona la discriminación al funcionario y servidor público en el Perú.

2.4.2.2.- La modificación del artículo 57° contenido en la Ley 30304 a través de la legitimidad de sus fines y la proporción de estos con los medios ocasiona control difuso por tener carácter discriminatorio al funcionario y servidor público en el Perú.

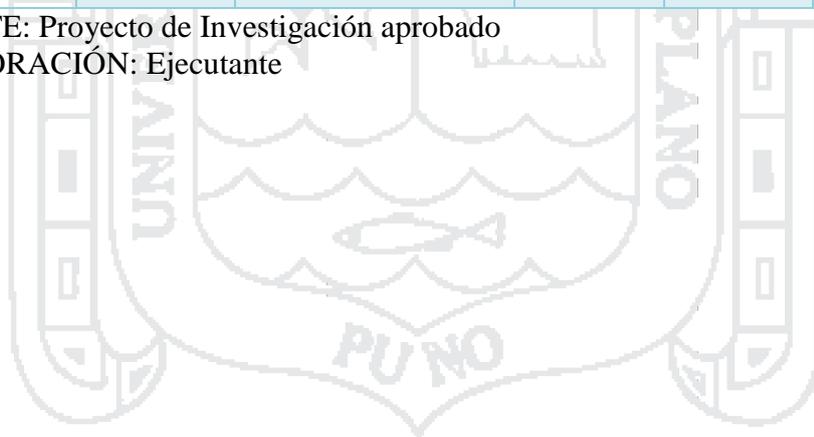
2.6.- OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES:

CUADRO N° 02

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADOR	MÉTODO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
V.I. Inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.	Normativa	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 57 del Código Penal modificado por ley 30304 • Ley 27770 	Excegético	Fichaje Encuesta	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión documental. • Entrevista magistrados
V.D. Discriminación del Servidor y/o Funcionario Público	Autónoma	<ul style="list-style-type: none"> • Intensión discriminatoria • Distinción injustificada • Trato Diferenciado • Legitimidad de fines • Proporcionalidad entre Fines y medios 	Analítico Sintético	Fichaje Encuesta	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión documental. • Entrevista magistrados
	Abierta	<ul style="list-style-type: none"> • Vulneración del principio de igualdad ante la ley contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. • Discriminación al Funcionario y Servidor Público. • Condiciones prácticas de aplicación de la ley 30304. 	Estudio de casos Descriptivo	Documental Observación	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión documental. • Registro anecdótico <ul style="list-style-type: none"> • Revisión documental

FUENTE: Proyecto de Investigación aprobado

ELABORACIÓN: Ejecutante



CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO DE INVESTIGACIÓN

3.1.- Tipo y Diseño de Investigación

La presente Investigación tiene enfoque Mixto Cualitativo y Cuantitativo, puesto que la investigación cualitativa tiene por objeto la transformación radical de la realidad social y la mejora del nivel de la vida de las personas, es aquella donde se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales e instrumentos en una determinada situación o problema. En la investigación cuantitativa es aquella en la que se recogen y analizan datos cuantitativos sobre las variables.

El diseño es no experimental del tipo Transeccionales-correlacional. "El objetivo de la investigación cualitativa es el desarrollo de conceptos que nos ayudan a comprender los fenómenos sociales en entornos naturales (en lugar de experimental), prestando la debida atención a los significados, experiencias y puntos de vista de todos los participantes." (Pope & Mays, 1995). "Es no experimental pues las variables carecen de manipulación intencional, y no poseen grupo de control, ni mucho menos experimental". (Carrasco 2005, p. 71) .Transeccional pues se ha recolectado los datos "en un solo momento en un tiempo único" (Hernández & Fernández & Baptista 2000, p.270-275), el

cual es en el período 2015-2016. Es correlacional por cuanto “tiene la particularidad de permitir analizar y estudiar la relación de hechos y fenómenos de la realidad (variable), para conocer su nivel de influencia o ausencia de ellas, busca determinar el grado de relación entre las variables que se estudia”(Carrasco, 2005 p.73), lo que ha permitido que se pueda reconocer la influencia que existe entre las variables independiente: “el derecho constitucional de igualdad ante la ley” y la dependiente: inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los Funcionarios o Servidores Públicos previstos en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal.

3.2.- Método de investigación.

La investigación se regirá a través del Método Científico pues permitirá conocimientos susceptibles a verificación, dándonos acierto de probabilidad que facilitará la medición y cuantificación de la realidad; se ejecutará a través del Método Inferencial que *“es el que permite realizar la inducción y la deducción en el proceso de análisis y síntesis de los hechos y fenómenos a investigar”*(Carrasco, 2005, p.273); el método inductivo “es un procedimiento metódico que se basa en los hechos particulares con el objeto de conseguir conocimientos generales. En la inducción; la conclusión está en relación con sus premisas; como el todo lo está con las partes: a partir de verdades particulares; concluimos verdades generales: el argumento inductivo se fundamenta en la generalización de propiedades comunes a cierto número de casos observados; a todas las concurrencias de hechos similares que se verifican en el futuro”(Noguera,2003 p.50); el método deductivo “consiste en descomponer formal e idealmente los hechos (el tema) en busca de causas, que está condicionado por la actividad cognoscitiva en el proceso del razonamiento como racionalismo jurídico para que a partir de analizar teorías generales arribar a conclusiones específicas ”(Ramos Suyo, 2004, p.466).

3.3.- Población y muestra del estudio

3.3.1.- Población de Expedientes Judiciales

La presente investigación se encuentra en el resumen estadístico de los casos registrados por el delito contra la Administración Pública en la ciudad de Puno, de los cuales se revisaron las sentencias emitidas durante el año 2015, con el objeto de obtener principalmente los datos respecto a las condenas de la inaplicación de la suspensión de la ejecución de pena privativa de libertad.

En el presente estudio de investigación tenemos el resumen estadístico sobre los casos sentenciados por los delitos contra la Administración Pública correspondiente al año 2015, todo ello según la información en la Oficina de Estadística del Poder Judicial de Puno.

Sin embargo hay que tener en cuenta que existe un número de 1122 casos registrados por delitos contra la administración pública según estadísticas del Ministerio Público, a lo que hay que acotar que no todos éstos no llegan a un juicio final, por cuanto algunos de ellos se archivan en la investigación preliminar e investigación preparatoria además se tiene que muchos de éstos procesos todavía están en giro, por lo que si bien es cierto es un referente, dicho total de denuncias no es un parámetro para determinar población; sin embargo es necesario presentar dichas estadísticas:

CUADRO N° 03

CASOS REGISTRADOS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN EL MINISTERIO PÚBLICO 2015

N°	MES	CANTIDAD DE CASOS	%
1	ENERO	86	7.66
2	FEBRERO	36	3.21
3	MARZO	128	11.41
4	ABRIL	110	9.80
5	MAYO	100	8.91
6	JUNIO	82	7.31
7	JULIO	93	8.29
8	AGOSTO	85	7.58
9	SETIEMBRE	109	9.71
10	OCTUBRE	78	6.95
11	NOVIEMBRE	80	7.13
12	DICIEMBRE	102	9.09
	TOTAL	1122	100.00

FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

GRAFICO N° 01

CASOS REGISTRADOS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN EL MINISTERIO PÚBLICO 2015



FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

Para considerar la población de estudio, considerándose que el problema a tratar ha sido la aplicación del artículo 57° del Código Penal, que refiere a la suspensión de la ejecución de la condena, es que vamos a determinar cuáles y cuántos procesos judiciales han concluido en el año 2015 de forma definitiva (no están incluidos los que están en etapa impugnatoria), contra funcionarios y servidores públicos que hayan cometido delitos contra la administración pública.

CUADRO N° 04

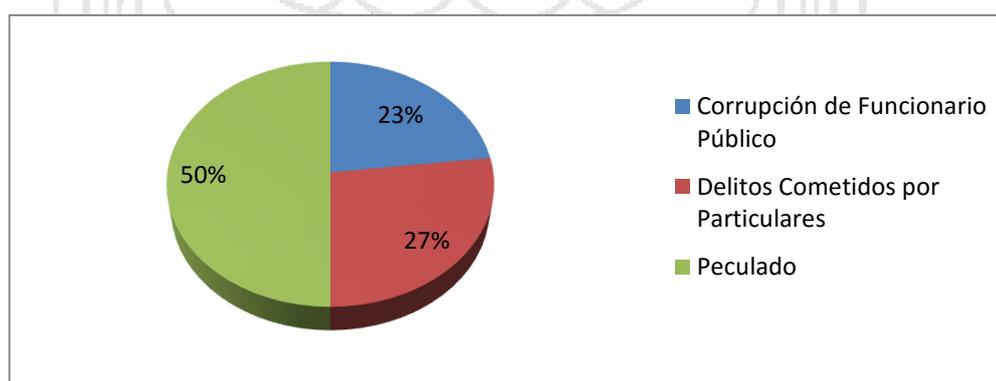
SENTENCIAS CONDENATORIAS POR DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AÑO 2015

SENTENCIAS JUZGADO DE PUNO	fi	%
Delitos cometidos por funcionarios Corrupción de Funcionarios	6	23.00
Delitos cometidos por funcionarios Peculado	13	50.00
Delitos cometidos por particulares	7	27.00
TOTAL	26	100.00

FUENTE: Estadística del Poder Judicial
ELABORACIÓN: Ejecutante.

GRÁFICO N° 02

SENTENCIAS CONDENATORIAS POR DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AÑO 2015



FUENTE: Estadística del Poder Judicial
ELABORACIÓN: Ejecutante

3.3.2. -Muestra de expedientes Judiciales a Investigar.

Como la Población es finita, es decir conocemos el total de población 26 casos de sentencias condenatorias por delitos cometidos contra la Administración Pública, para estimar la muestra de estudio:

$$n = \frac{N * Z_{\alpha}^2 * p * q}{d * (N - 1) + Z_{\alpha}^2 * P * Q}^1$$

Donde:

N = Total de la población

$Z_{\alpha}^2 = 1.96^2$ (seguridad del 95%)

p = proporción esperada (en este caso 5% = 0.05)

q = 1 - p (en este caso 1-0.05 = 0.95)

d = precisión (en este caso deseamos un 5%).

$$n = \frac{26 * 1,96^2 * 0,05 * 0,95}{0,05 * (26 - 1) + 1,96^2 * 0,05 * 0,95}$$

$$n = \frac{4.744376}{1.25 + 0.182476}$$

$$n = \frac{4.744376}{1.432476}$$

$$n = 3.31201081$$

Redondeando n = 3 casos para estudiar.

3.3.3.- Población de Magistrados a Encuestar.

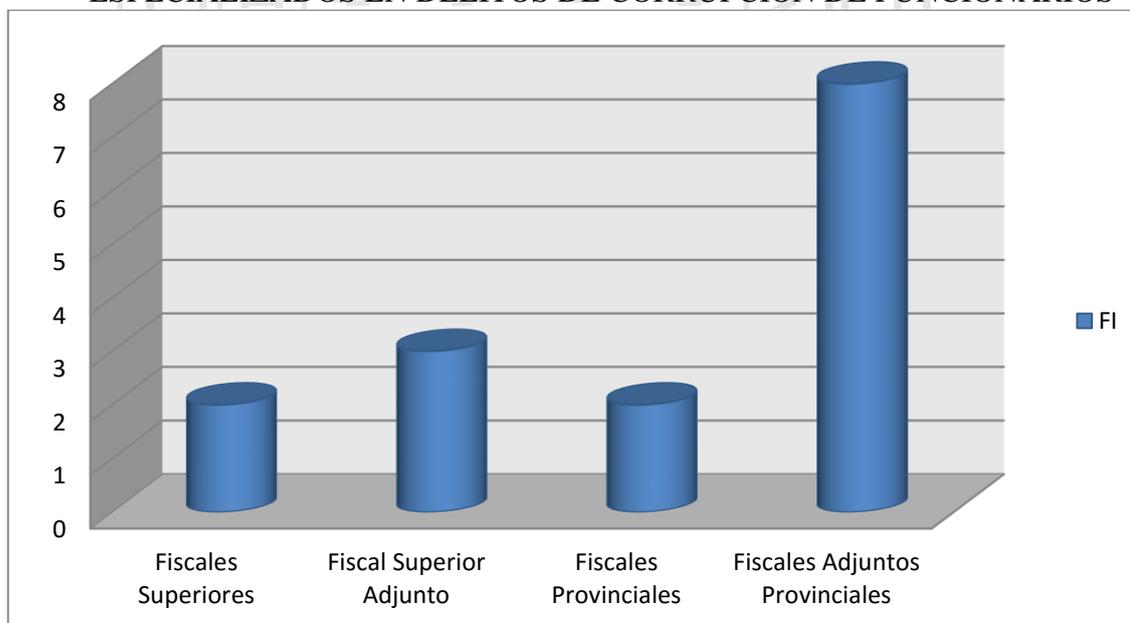
La población de Magistrados a quienes se tiene que encuestar ha estado conformada por los Jueces Superiores, Jueces Penales, Jueces de investigación Preparatoria, Fiscales Superiores, Fiscales Provinciales, quienes pertenecen al Distrito Judicial y Fiscal de Puno y que están conformados de la siguiente forma:

CUADRO N° 05
NÚMERO DE FISCALES DEL DISTRITO FISCAL DE PUNO
ESPECIALIZADOS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

FISCALES	fi	%
Fiscales Superiores	02	13.33
Fiscal Superior Adjunto	03	20.00
Fiscales Provinciales	02	13.33
Fiscales Adjuntos Provinciales	08	53.34
TOTAL	15	100.00

FUENTE: Estadística Oficina de Evaluación de Fiscales
 ELABORACIÓN: Ejecutante

GRÁFICO N° 03
NÚMERO DE FISCALES DEL DISTRITO FISCAL DE PUNO
ESPECIALIZADOS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS



FUENTE: Estadística Oficina de Evaluación de Fiscales
 ELABORACIÓN: Ejecutante.

CUADRO N° 06

NÚMERO DE JUECES DEL DISTRITO FISCAL DE PUNO ESPECIALIZADOS EN LO PENAL

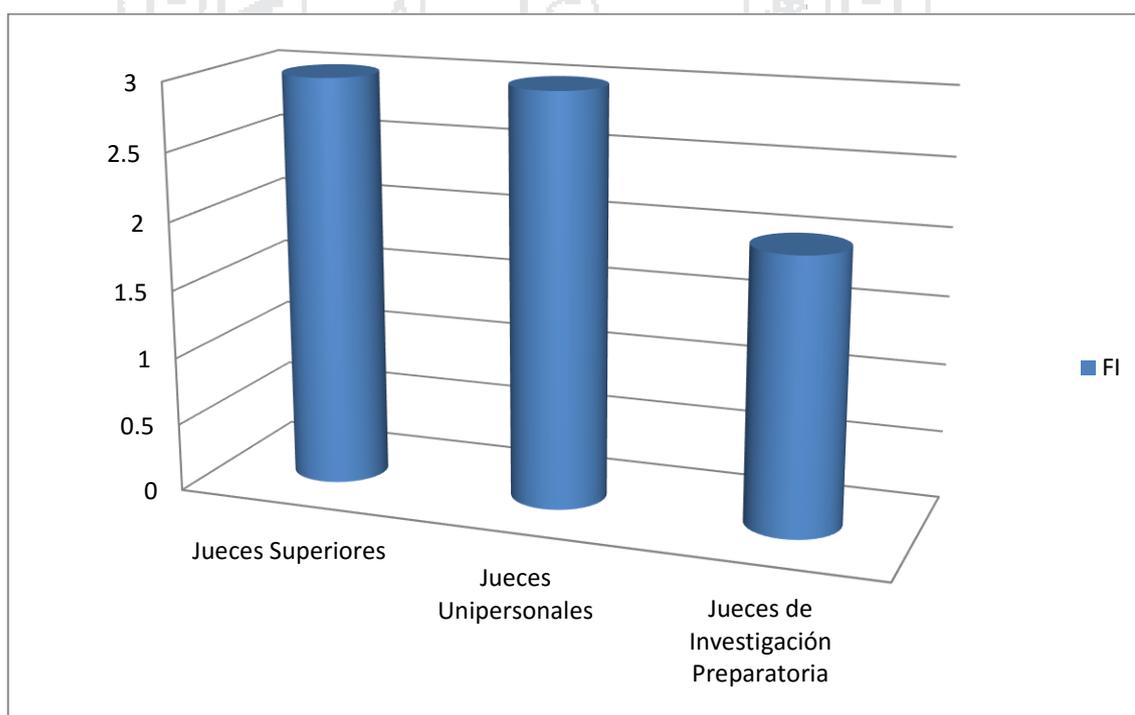
FISCALES	fi	%
Jueces Superiores	03	37.50
Jueces Unipersonales	03	37.50
Jueces de Investigación Preparatoria	02	25.00
TOTAL	08	100.00

FUENTE: Oficina de Estadística del Poder Judicial

ELABORACIÓN: Ejecutante

GRÁFICO N° 04

NÚMERO DE JUECES DEL DISTRITO FISCAL DE PUNO ESPECIALIZADOS EN LO PENAL



FUENTE: Estadística Oficina de Evaluación de Fiscales

ELABORACIÓN: Ejecutante

3.3.4.- Muestra de Magistrados a Encuestar.

Dado el tamaño total de magistrados constituido por:

Miembros del Ministerio Público : 15

Jueces : 08

Hacen un total de 23 personas, por lo que reconociendo la importancia y trascendencia de lo que ellos han manifestado y considerando las posibilidades de la investigación en aspectos económicos, estratégico y de nivel de relevancia es que se decidió encuestar al total de la población, es decir 23 magistrados entre Jueces y Fiscales de quienes se extrajo la información.

3.4.- TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN.

3.4.1.-Para el muestreo.

Se usó la técnica de muestreo probabilístico aleatorio simple; que “se caracteriza por cuanto cada miembro de la población tiene una posibilidad igual e independiente de ser seleccionado, dado que la ocurrencia de éste se acerque a la población representada y se sitúe en un intervalo de confianza que comprenda el valor del universo” (Hernandez et. al. 2003, p. 309).

3.4.2.- Para la recolección de datos.

Las técnicas aplicadas han sido la observación, las escalas de medición de actitudes y opiniones y la Encuesta.

3.4.2.1.-Observación.

Es una técnica de campo que tiene por objeto detectar el funcionamiento real de una institución jurídica para evaluar la diferencia que existe entre el deber ser prescrito y el ser real. “Se trata de un descenso que hace el investigador sobre el terreno de los hechos socio jurídicos” (Tamayo Herrera, 1995) a través de la observación sistemática u

observación científica que “permite además la obtención de una información exenta de prejuicios y de la influencia personal del observador” (Lopes, 1978, pág. 9)

3.4.2.2.- Encuesta.

Es una técnica de investigación social que “indaga, explora y recolecta datos mediante preguntas formuladas directa o indirectamente a los sujetos que constituyen la unidad de análisis de estudio investigativo” (Carrasco Diaz, 2005, pág. 314) .

3.4.2.3.- Recopilación documental.

Es una técnica de investigación social “...cuya finalidad es obtener datos e información a partir de documentos escritos y no escritos, susceptibles de ser utilizados dentro de los propósitos de una investigación en concreto” (Ander EGG, 2010, pág. 213)

3.4.2.4.- Escalas de medición de actitudes y opiniones.

Es una técnica utilizada por las ciencias sociales para observar y medir características muy diversas de fenómenos sociales, “en la forma más objetiva posible” (Ander - EGG, 2010, pág. 251).

3.4.3.-Para el procesamiento y análisis de datos

3.4.3.1.- Estadística descriptiva.

Se ha utilizado ésta técnica para sistematizar la información y en la cual “se tiene especial cuidado en la recopilación de datos para que la información sea completa y correcta, la misma que se ha realizado a través de la Tabulación, determinación de valores o medidas de tendencia Central, Dispersión y Correlación” (Mendoza Gutierrez, 1999, pág. 2)”.

3.4.3.2.- Estadística inferencial.

Por cuanto el propósito de la presente investigación no se conforma con describir las variables, sino que “pretende generalizar los resultados obtenidos en la muestra a la población o el universo. “Los datos casi siempre se recolectan de una muestra y sus

resultados estadísticos se denominan estadígrafos, los cuales son parámetros no calculados que pueden ser inferidos para toda la población” (HERNANDEZ SAMPIERI, 2003, pág. 521) ”; lo cual se ha realizado a través de la “Prueba de Correlación Lineal”.

3.4.3.- Para la presentación de resultados.

Se utilizó la técnica de Gráfica Estadística a través de la presentación de tablas, cuadros y gráficas estadísticas. Que consiste en la presentación ordenada de la sistematización de los datos que han provenido de que éstos se han “codificado, transferido a una matriz distribuido en frecuencias luego tablas para presentarlos en cuadros y tablas estadísticas” (Barriga Hernández, 2003, pág. 173). “constituyendo un medio auxiliar del que se vale la estadística para llevar al público profano sus conclusiones; sin embargo es necesario hacer notar una serie de limitaciones en la utilización de la representación estadística las cuales son:

- a) El método gráfico no puede representar tantos datos como un cuadro o tabla estadística.
- b) No permite la apreciación de detalles
- c) El gráfico no puede dar valores exactos
- d) Los gráficos requieren mayor tiempo en su ejecución que los cuadros y tablas
- e) Se prestan a deformaciones, por las escalas utilizadas” (Ander - EGG, 2010, pág. 353)”.

3.5.- Instrumentos de la investigación.

En la recolección de la información que es la parte trascendental de ejecución de la investigación, se utilizó los siguientes instrumentos:

3.5.1.- Cuaderno de notas.

Adopta la forma material de la libreta que el observador lleva consigo conteniendo todas las informaciones, datos, fuentes de información, referencias, expresiones,

opiniones, hechos, croquis, etc. (Ander - EGG, 2010, pág. 205)”. Por ésta técnica pudimos conocer aspectos aparentemente escondidos de lo que piensan los representantes del Ministerio Público y Jueces sobre la categorización del Funcionario y Servidor Público y si es discriminatorio o no la inaplicación de la suspensión de la condena.

3.5.2.- Escala de Bogardus.

O escala de distancia social se emplea para medir la actitud de grupos de personas respecto a otros grupos, teniendo en cuenta el criterio de preferencias. La escala de Bogardus consiste en una tabla de doble entrada correspondiendo la primera columna al nombre de los grupos o personas que son materia de observación, y en la parte superior horizontal, (primeras filas) las respuestas graduadas de menor a mayor distanciamiento o viceversa, de tal manera que los evaluados puedan dar sus respuestas en los espacios de intersección entre filas y columnas correspondientes. Es recomendable que las respuestas sean dadas de manera inmediata, sin mayor análisis y razonamiento, puesto que se trata de recoger la verdadera y espontánea impresión de las personas frente a un hecho o fenómeno social determinado (Carrasco Diaz, 2005, pág. 295).

Ander-Egg Señala que con este tipo de escalas se pretende no sólo ordenar las actitudes según un criterio de preferencia, sino también establecer relaciones de distancia, se construyó en 1925 con la intención de medir la intensidad de los prejuicios nacionales y raciales, a lo largo de su existencia Bogardus demostró ser eficiente en la práctica para medir la intensidad de los prejuicios nacionales y raciales, aunque es muy discutible que las distancias sean uniformes” (Ander - EGG, 2010, pág. 255). El procedimiento de aplicación consiste en pedir al individuo que dé su respuesta inmediata, sin racionalizar, en una serie de situaciones hipotéticas en las que podría verse involucrado. Es importante la respuesta inmediata, sin mayor reflexión, espontánea y repentina, pues expresa más

exactamente la actitud real de la persona. Una respuesta pensada, racionalizada, expresa más bien la opinión de acuerdo con la diferencia establecida anteriormente.

3.5.3.- Escala de Likert.

Es el instrumento sigma de puntuación, por el que se construye una escala ordinal y como tal mide en cuanto es más favorable o desfavorable una actitud (Ander - EGG, 2010, pág. 259), se presenta a través de un conjunto de ítems en forma de proposiciones positivas (favorables), sobre hechos y fenómenos sociales o naturales de la realidad, comportamientos individuales y colectivos de personas e instituciones, respecto de los cuales se pide que las personas sometidas a observación expresen su opinión o actitud. Para ello es necesario que cada ítem contenga una graduación escalonada de respuestas, que vayan de lo más favorable a lo menos favorable, de tal manera que permitan a las personas observadas, expresar su opinión y parecer de manera objetiva y precisa” (Carrasco Diaz, 2005, pág. 296).

3.5.4.- Entrevista y cuestionario.

3.5.4.1.- Entrevista.

Se ha realizado para una primera fase de la presente investigación la cual ha sido la investigación exploratoria de forma no estructurada.

En el Diccionario de Sociología de Fairchild, citado por Sierra Bravo, se define la entrevista como la obtención de información mediante una conversación de naturaleza profesional. En nuestro caso, se define a la entrevista como una forma de comunicación más o menos planificada para obtener información sobre un problema determinado, entre dos o más personas, una de las cuales es el entrevistador y el otro el entrevistado. Urrutia indica que En este caso, la información que se recoge esta constituida principalmente, aunque no exclusivamente, por lo que nos dice el entrevistado, pero también por sus reacciones ante la situación de entrevista y por el tipo de relación que se establece entre

uno y otro. Todo esto debe ser claramente registrado y tomado en cuenta en el momento del análisis. Cumple la función de obtener información de individuos o grupos, y de tratamiento terapéutico, la entrevista utiliza como instrumento una guía de preguntas” (Villalobos Dador, 1996, pág. 128).

3.5.4.2.- Cuestionario

Se ha aplicado a personas que negocian con Sociedades Irregulares y población en general para recolectar la información estructurada sobre el problema de estudio.

“...Es el método que utiliza un instrumento o formulario impreso, destinado a obtener respuestas sobre el problema en estudio y que el investigado o consultado previamente seleccionado tiene el deber ético de llenar la información que se les solicita....” (Hernandez, 1988, pág. 165)”

Un cuestionario contiene un conjunto de preguntas técnicamente elaboradas, referente a una serie de variables que el investigador tiene la intención de medir. Tiene tres partes importantes e interrelacionadas que forman la estructura dinámica. La primera se refiere a la llamada introducción, que contiene los datos referenciales del consultado; la segunda es la piedra angular del cuestionario, que contiene las preguntas que el investigador necesita saber, ya que cuando mayor claridad tiene la propuesta, mejor resultado se ha de obtener; en la tercera se le invita al consultado, registrar su inquietud, y el agregado que él estime pertinente (Ramos Suyo, 2004, pág. 311).

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN.

4.1.- Esquema de contrastación de hipótesis.

CUADRO N° 07
ESQUEMA DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

TIPO	HIPÓTESIS	MODELO DE CONTRASTACIÓN	INSTRUMENTOS
Hipótesis general	La regulación de la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal atenta contra el derecho constitucional de igualdad ante la ley.	PRUEBA DE HIPÓTESIS ESTADÍSTICA	Ficha de Revisión documental Escala de Bogardus Entrevista de magistrados Revisión de casos
Hipótesis específicos	La modificación del artículo 57 contenido en la Ley 30304 ocasiona la discriminación al funcionario y servidor público en el Perú.	Análisis estadístico de casos del Ministerio Público y del Poder Judicial sobre estado de procesos de peculado y cohecho.	Revisión documental
	La modificación del artículo 57 contenido en la Ley 30304 a través de la legitimidad de sus fines y la proporción de estos con los medios ocasiona control difuso por tener carácter discriminatorio al funcionario y servidor público en el Perú.	ANÁLISIS DE EXPEDIENTES JUDICIALES	Revisión documental Entrevista con magistrados

ELABORACIÓN: El ejecutante.

4.1.- Resultados obtenidos en cuanto a la Hipótesis General.

Considerando lo que se tiene que demostrar es que si existe o no correlación lineal entre el promedio de apreciación de Magistrados, Estudio de casos y exposición de motivos de la Ley 30304 en la discriminación de funcionarios o servidores públicos, es que se ha hecho un análisis de inferencia estadística que permitirá razonar y analizar los datos obtenidos de forma global e integral de toda la investigación.

4.1.1.- Inferencia Estadística.

Ho: Existe relación entre la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal y la vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la ley contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

H1: No existe relación entre la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal y la vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la ley contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

4.1.2.- Determinación del Coeficiente de Correlación Lineal

$$r = \frac{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})(y_i - \bar{y})}{\sqrt{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})^2} \sqrt{\sum_{i=1}^n (y_i - \bar{y})^2}}$$

Reemplazando:

$$n=23$$

Promedio (x) = 15.31 Opinión sobre el artículo 57 del Código Penal

Promedio (\bar{y}) =13.53 Opinión sobre discriminación de Funcionarios y Servidores Públicos.

$$r = \frac{65239.23077}{\sqrt{43411.23077} \sqrt{106891.2308}}$$

$$r = \frac{65239.23077}{(208.3536195)(326.9422438)}$$

$$r = \frac{65239.23077}{68119.59987}$$

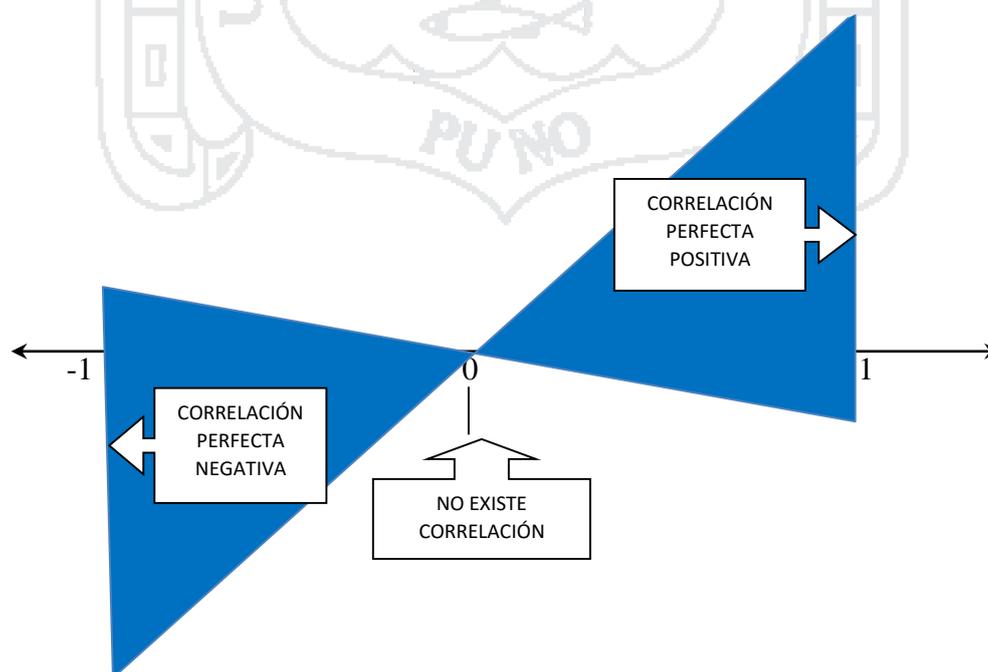
$r = 0.957716001$

4.1.3.- Toma de decisión

La correlación se ha determinado de conformidad con el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 05

TOMA DE DECISIÓN CORRELACIÓN LINEAL



Como el Coeficiente Correlacional es $r = 0.957716001$ está dentro de la Correlación Perfecta Positiva como Correlación Positiva MUY FUERTE.

4.1.4.- Decisión de análisis de la Investigación.

Corroborado con los resultados obtenidos en la investigación y los promedios de obtención de datos a través de los instrumentos **escala de Bogardus, revisión documental, revisión de casos y encuesta**, y el acopio de datos estadísticos se toma la decisión de aceptar H_0 permitiéndose afirmar que si existe relación entre la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal y la vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la ley contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

4.1.5.- Prueba de inferencia estadística generalizadora; estadística de prueba.

$$\alpha = 0,05$$

$$t_c = \frac{r}{\sqrt{\frac{1-r^2}{n-2}}}$$

Como $r = 0.957716$

Reemplazando:

$$t_c = \frac{0.957716}{\sqrt{\frac{1-(0.957716)^2}{13-2}}}$$

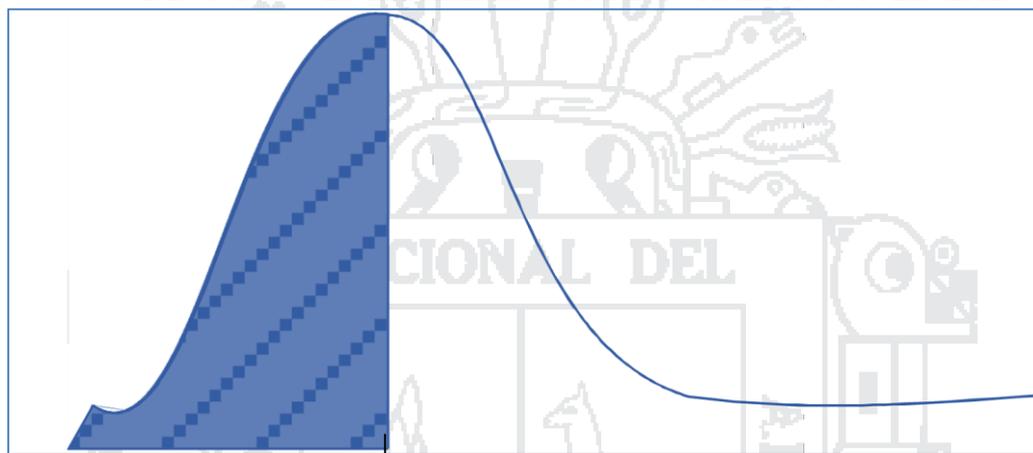
$$t_c = \frac{0.957716}{\sqrt{\frac{0.08278006}{11}}}$$

$$t_c = \frac{0.957716}{0.00752546}$$

$$t_c = 0.08674941.$$

4.1.6.- Regla de Decisión

GRÁFICO N° 06
DECISIÓN GENERALIZADORA DE CORRELACIÓN LINEAL



SE RECHAZA H_0

0.05

SE ACEPTA H_0

$$t_c = 0.08674941$$

Si $t_c < 0,05$ Se Rechaza H_0

Si $t_c \geq 0,05$ no se rechaza la H_0 .

En éste caso $0.08674941 > 0,05$ por lo tanto se acepta H_0

4.1.7.- Conclusión.

Estadísticamente a nivel de significancia del 5%, que existen suficientes evidencias para determinar que Si existe relación entre la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal y la vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la ley contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

4.2.- Resultados sobre la Primera Hipótesis Específica.

La modificación del artículo 57 contenido en la Ley 30304 ocasiona la discriminación al funcionario y servidor público en el Perú.

Para realizar la contrastación de hipótesis y analizar ésta primera hipótesis se ha obtenido información en general sobre la condición en la que se encuentran los procesos penales cometidos por funcionarios y servidores públicos a fin de determinar si existe o no la discriminación.

4.2.1.- Resultados sobre las condiciones o estado del proceso por delitos contra la Administración Pública.

CUADRO N° 08
CASOS REGISTRADOS POR EL DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA SEGÚN EL ESTADO ACTUAL EN EL AÑO 2015
EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO

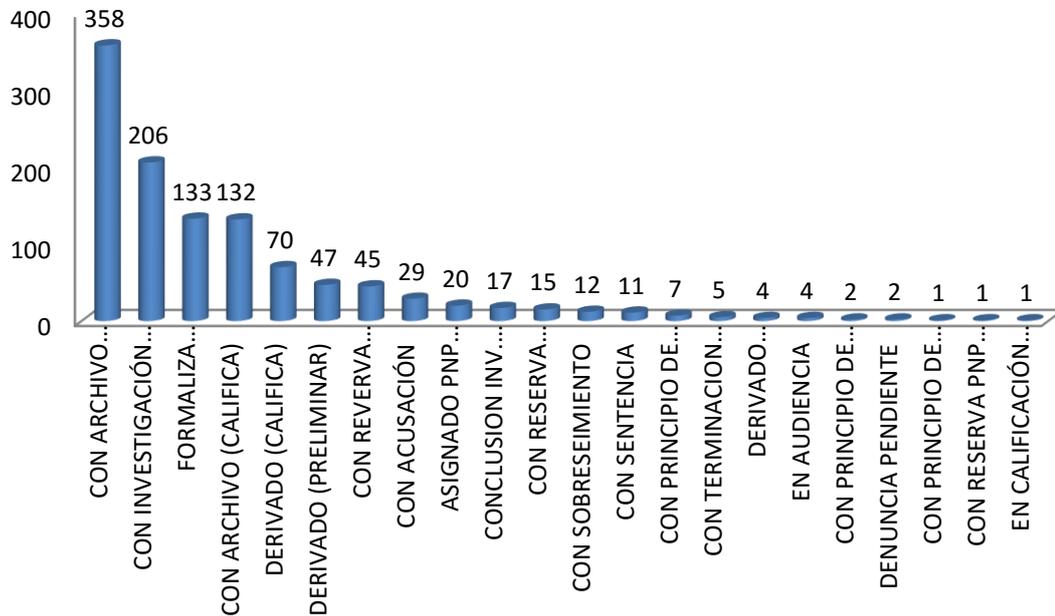
N°	ESTADO	fi	Hi
1	CON ARCHIVO (PRELIMINAR)	358	31.91
2	CON INVESTIGACIÓN PRELIMINAR	206	18.36
3	FORMALIZA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	133	11.85
4	CON ARCHIVO (CALIFICA)	132	11.76
5	DERIVADO (CALIFICA)	70	6.24
6	DERIVADO (PRELIMINAR)	47	4.19
7	CON REVERVA PROVISIONAL (PRELIMINAR)	45	4.01
8	CON ACUSACIÓN	29	2.58
9	ASIGNADO PNP (PRELIMINAR)	20	1.78
10	CONCLUSION INV. PREPARATORIA	17	1.52
11	CON RESERVA PROVISIONAL (CALIFICA)	15	1.34
12	CON SOBRESEIMIENTO	12	1.07
13	CON SENTENCIA	11	0.98
14	CON PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (PRELIMINAR)	7	0.62
15	CON TERMINACION ANTICIPADA	5	0.45
16	DERIVADO (PREPARATORIA)	4	0.36
17	EN AUDIENCIA	4	0.36
18	CON PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (CALIFICA)	2	0.18
19	DENUNCIA PENDIENTE	2	0.18
20	CON PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (PREPARATORIA)	1	0.09
21	CON RESERVA PNP IDENTIFICACIÓN IMPUTADO	1	0.09
22	EN CALIFICACIÓN (CALIFICA)	1	0.09
	TOTAL	1122	100.00

FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

GRÁFICO N° 07

CASOS REGISTRADOS POR EL DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN EL ESTADO ACTUAL EN EL AÑO 2015 EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO



FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

4.2.2.- Análisis de casos denunciados por delitos cometidos por funcionarios públicos.

En el cuadro N° 08 y Gráfico N° 07, se observa que un 31.91% de denuncias sobre delitos contra la Administración Pública cometidos por los funcionarios o servidores públicos se archivan preliminarmente, y sumado con el 11.76% de archivo en calificación y el 4.01% con reserva provisional y el 0.98% de sobreseimiento hacen un total de 48.66% que hacen casi el 50% de casos que concluyen con archivamiento, lo que quiere decir que éste 48.66% son denuncias que no corresponde la acción de la justicia constituyéndose casos que no se subsumen a un tipo penal y que son producto de denuncias o calumnias o incorrecciones o falta de apreciación de los hechos.

Cabe también resaltar que en el año 2015 sólo el 0.98% que es menos del 1%, ha concluido con sentencia producida en juicio oral y el 0.45% han concluido con terminación anticipada, lo que se corresponde con los datos propuestos en la población y muestra de estudio donde se han tenido un total de 6 casos con sentencia condenatoria, infiriéndose que del total presentado en el cuadro existen sentencias absolutorias.

4.2.3.- Resultados sobre el tipo de delito procesado en el Año 2015.

CUADRO N° 09

CASOS DE DENUNCIAS POR LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO 2015 EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO

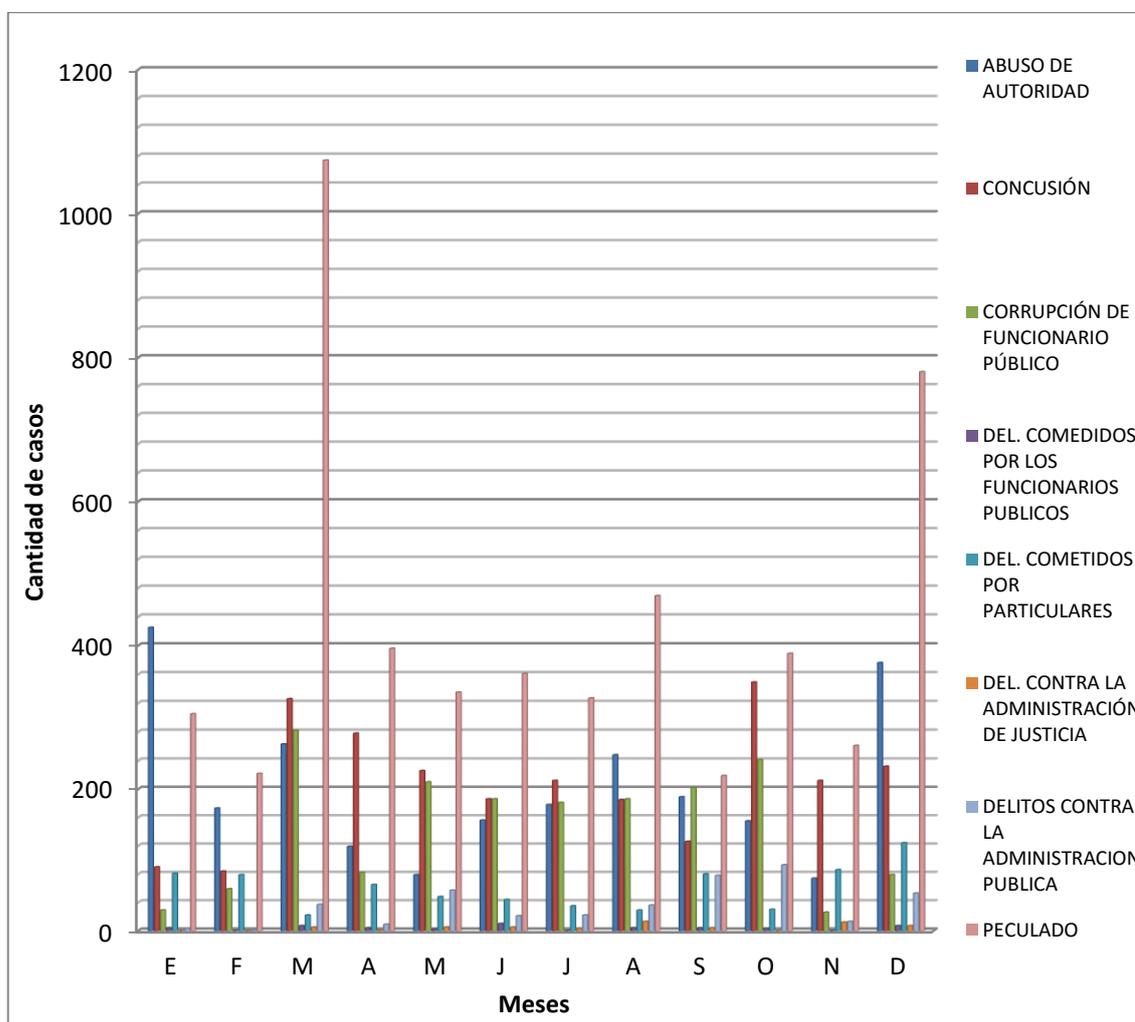
DELITO SUB GENÉRICO	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	TOT.	%
ABUSO DE AUTORIDAD	425	173	263	119	79	156	178	248	189	155	74	376	2435	18.60
CONCUSIÓN	90	84	326	278	226	186	212	185	126	349	212	232	2506	19.15
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO	29	59	282	82	210	186	181	186	202	241	26	79	1763	13.47
DEL. COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	4	0	7	4	2	10	0	4	4	3	0	7	45	0.34
DEL. COMETIDOS POR PARTICULARES	81	79	22	65	48	44	35	29	80	30	86	124	723	5.52
DEL. CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	0	0	5	1	5	5	3	13	4	0	12	7	55	0.42
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	3	1	37	9	57	21	22	36	78	93	13	53	423	3.23
PECULADO	305	222	1074	396	335	361	327	469	219	389	261	780	5138	39.26
TOTAL GENER.	937	618	2016	954	962	969	958	1170	902	1260	684	1658	13088	100.00

FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

GRÁFICO N° 08

CASOS DE DENUNCIAS POR LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO 2015 EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO



FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

4.2.4.- Análisis sobre resultados sobre el tipo de delito procesado en el Año 2015.

Se evidencia del cuadro N° 09 y gráfico N° 08, podemos apreciar que existen el 10.5% de casos de concusión y 39.26% de casos de peculado denunciados, lo que demuestra que existe un gran porcentaje precisamente que se perjudican con la Ley 30304 que modifica el artículo 57 del Código Penal que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en éstos delitos.

Es necesario establecer que la modificación al artículo 57° del Código Penal ocasionada por la Ley 30304 resulta inaplicable a “los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”. Dicha adición, determina que todo funcionario o servidor público, incluso, así cumpla con los tres requisitos regulados en el artículo 57°, no podrá acceder a la suspensión de la ejecución de su pena, de haber sido condenado por los delitos dolosos de colusión y/o peculado, por lo que en estos casos la pena privativa de libertad siempre será efectiva.

Sin bien, la consumación de los tipos penales bajo comentario colusión y peculado admiten la participación de individuos particulares ajenos a la competencia de la Administrativa Pública, a quienes se les denomina como extranei o extraneus. Así, los extraneus también denominados particulares son partícipes de la comisión del delito, pero en la calidad de cómplices, pues su responsabilidad penal no puede determinarse en función a la infracción de un deber especial que solo le es imputable al funcionario público. Siguiendo ese razonamiento, la prohibición de la suspensión de ejecución de la pena del artículo 57° del Código sustantivo dispuesta por el legislador se dirige, únicamente, al Funcionario o Servidor Público condenado por el delito de colusión o peculado doloso, no siendo obligatorio su aplicación a los particulares condenados por los mismos delitos, en todo caso esto queda a criterio del Juez para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.

4.2.5.- Resultados sobre el estado en que se encuentran los delitos contra la Administración Pública en el distrito fiscal de Puno, en el Año 2015.

**CUADRO N° 10
CASOS DE DENUNCIAS POR LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO 2015 EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO**

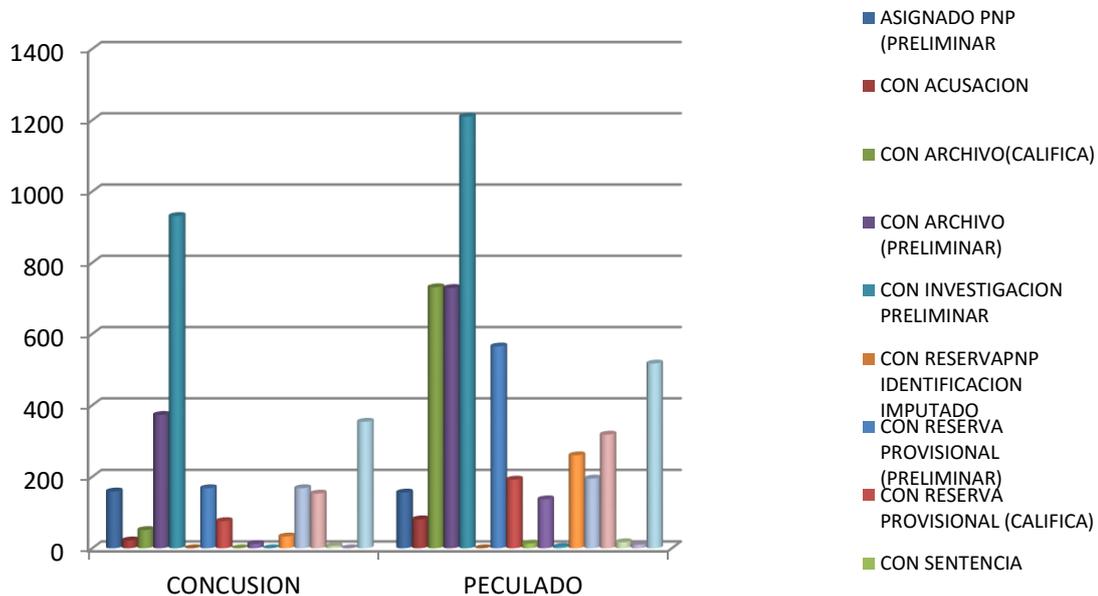
ESTADO ACTUAL	ABUSO DE AUTORIDAD	CONCUSION	PORCENTAJES (%)	CORRUPCION DE FUNCIONARIO PÚBLICO	DEL. COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS	DEL. COMETIDOS POR PARTICULARES	DEL. CONTRA LA ADM. DE JUSTICIA	DEL. CONTRA LA ADM. PÚBLICA	PECULADO	PORCENTAJES (%)	TOTAL GENERAL
ASIGNADO PNP (PRELIMINAR)	16	159	6.34	75	00	00	00	33	156	3.04	439
CON ACUSACION	71	22	0.88	82	00	37	00	00	81	1.58	293
CON ARCHIVO(CALIFICA)	424	51	2.04	18	01	91	20	54	731	14.23	1390
CON ARCHIVO (PRELIMINAR)	938	373	14.88	225	21	282	13	107	729	14.19	2688
CON INVESTIGACION PRELIMINAR	433	931	37.15	567	07	135	08	145	1210	23.55	3436
CON PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (CALIFICA)	00	00	0.00	00	00	04	00	00	00	0.00	04
CON PRICIPIO DE OPORTUNIDAD (PRELIMINAR)	00	00	0.00	03	00	17	00	00	00	0.00	20
CON PRICIPIO DE OPORTUNIDAD (PREPARATORIA)	00	00	0.00	00	00	00	00	00	03	0.06	03
CON RESERVA PNP IDENTIFICACION IMPUTADO	00	00	0.00	00	00	00	00	03	00	0.00	03
CON RESERVA PROVISIONAL (PRELIMINAR)	96	168	6.70	155	02	00	00	51	565	11.00	1037
CON RESERVA PROVISIONAL (CALIFICA)	134	76	3.03	58	10	00	00	03	192	3.74	473
CON SENTENCIA	00	00	0.00	06	00	07	00	00	13	0.25	26
CON SOBRESIEMIENTO	32	12	0.48	24	00	06	00	00	137	2.67	211
CON TERMINACION ANTICIPADA	00	00	0.00	03	00	11	00	00	04	0.08	18
CONCLUSION INV. PREPARATORIA	11	33	1.32	24	00	06	00	00	260	5.06	334
DENUNCIA PENDIENTE DERIVADO (CALIFICA)	04	00	0.00	00	04	01	00	00	00	0.00	09
DERIVADO (PRELIMINAR)	97	168	6.70	77	00	08	13	20	195	3.80	578
DERIVADO (PRELIMINAR)	17	153	6.11	132	00	01	01	07	318	6.19	629
DERIVADO (PREPARATORIA)	06	6	0.24	00	00	00	00	00	17	0.33	29
EN AUDIENCIA	00	00	0.00	00	00	06	00	00	10	0.19	16
EN CALIFICACION (CALIFICA)	18	00	0.00	00	00	00	00	00	00	0.00	18
FORMALIZA INVESTIGACION PREPARATORIA	138	354	14.13	314	00	111	00	00	517	10.06	1434
TOTAL GENERAL	2437	2506	100.00	1763	45	723	55	423	5138	100.00	13088

FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

GRÁFICO N° 09

CASOS DE DENUNCIAS POR LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO 2015 EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO



FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal
 ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

4.2.6.- Análisis de los resultados sobre el estado en que se encuentran los delitos contra la administración pública en el distrito fiscal de Puno, en el Año 2015.

Se aprecia en el cuadro N° 10 y gráfico N° 09 que de los delitos cometidos por funcionarios públicos de concusión y peculado, el 37.15% de casos se encuentra en la etapa de investigación preliminar en el primer caso y el 23.55% en el delito de peculado, lo que nos demuestra que la mayor parte de los casos en estudio no han sido investigados debidamente incluso preliminarmente a través del recojo de información vía Contraloría General de la República; además se observa que son muy pocos casos en los cuales existe sentencia. Cabe resaltar que en los delitos de concusión se presenta que sólo el 14.13% tiene la condición de formalización de la investigación preparatoria, mientras que en el peculado el 10.06% tiene esta condición.

Es necesario también advertir de éste cuadro que es recurrente se han asignado el 6.34% de casos de Concusión a la Policía Nacional del Perú, y el 3.04% en el caso de

peculado, por lo que demuestra que existe también afectación a los Funcionarios Públicos, en tanto dichas personas verán perjudicada su vida cotidiana al someterse a un procedimiento muy engorroso y de sometimiento.

Por la inspección general del cuadro y gráfico N° 13 podemos concluir que el proceso por delitos contra la Administración Pública es largo y que pasa por diferentes procedimientos de avance y retroceso, los cuales constituyen un tiempo muy largo para la culminación.

4.2.7.- Resultados obtenidos sobre el tipo de delito cometido según el número de Funcionarios en el año 2015 en el Distrito Judicial de Puno.

CUADRO N° 11
SUB TIPOS DE LOS DELITOS DE PECULADO Y CONCUSIÓN COMETIDOS
POR FUNCIONARIOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO
2015 EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO.

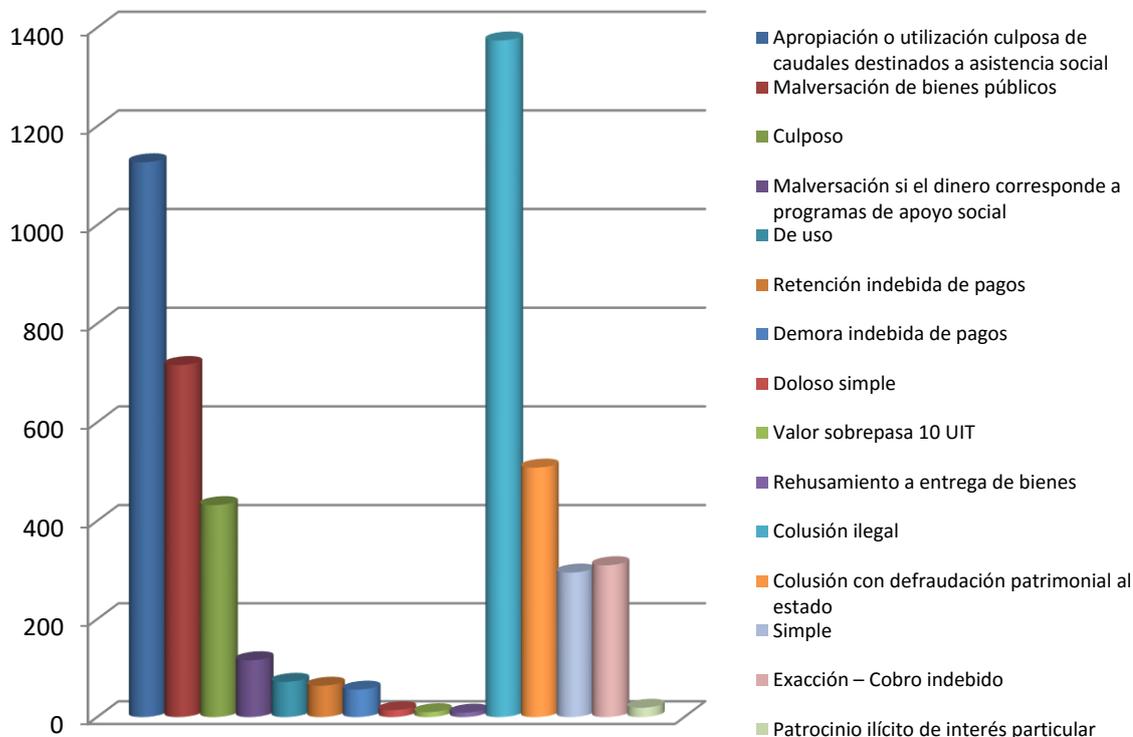
N°	DELITO ESPECÍFICO	TIPO BASE	Art. C.P.	FI	%
1	PECULADO	Apropiación o utilización de caudales	387	2282	30.82
2	PECULADO	Apropiación o utilización culposa de caudales destinados a asistencia social	387	1127	15.22
3	PECULADO	Malversación de bienes públicos	389	716	9.67
4	PECULADO	Culposo	387	432	5.83
5	PECULADO	Malversación si el dinero corresponde a programas de apoyo social	389	116	1.57
6	PECULADO	De uso	388	72	0.97
7	PECULADO	Retención indebida de pagos	390	64	0.86
8	PECULADO	Demora indebida de pagos	390	56	0.76
9	PECULADO	Doloso simple	387	14	0.19
10	PECULADO	Valor sobrepasa 10 UIT	387	10	0.14
11	PECULADO	Rehusamiento a entrega de bienes	391	9	0.12
12	CONCUSIÓN	Colusión ilegal	384	1374	18.56
13	CONCUSIÓN	Colusión con defraudación patrimonial al estado	384	508	6.86
14	CONCUSIÓN	Simple	382	295	3.98
15	CONCUSIÓN	Exacción – Cobro indebido	383	310	4.19
16	CONCUSIÓN	Patrocinio ilícito de interés particular	385	19	0.26
TOTAL				7404	100.00

FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

GRÁFICO N° 10

SUB TIPOS DE LOS DELITOS DE PECULADO Y CONCUSIÓN COMETIDOS POR FUNCIONARIOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO 2015 EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO



FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal

ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

4.2.8.- Análisis de los resultados obtenidos sobre el tipo de delito cometido según el número de funcionarios en el año 2015 en el Distrito Judicial de Puno.

Del cuadro N° 11 y gráfico N° 10 se aprecia que el delito de mayor porcentaje es el peculado en su modalidad de apropiación o utilización de caudales, esto corresponde al 30.82% de casos, mientras que bajo la modalidad culposa destinada a asistencia social se tiene el 15.22% mientras que la colusión ilegal alcanza el 18.56% de casos. Lo que demuestra que éstas modalidades delictivas son las más recurrentes en nuestro país y sobre todo en el Distrito Judicial de Puno.

Es necesario establecer que existen mayores modalidades de peculado que las de concusión, sin embargo es necesario aclarar que estos delitos sólo tienen la calidad de denuncia y se encuentran en etapa de investigación durante el año 2015.

4.3.- Resultados sobre la Segunda Hipótesis Específica.

La modificación del artículo 57° contenido en la Ley 30304 a través de la legitimidad de sus fines y la proporción de estos con los medios ocasiona control difuso por tener carácter discriminatorio al funcionario y servidor público en el Perú.

Para realizar la contrastación de hipótesis y analizar ésta segunda hipótesis se ha realizado el análisis de 03 sentencias que han aplicado la Ley 30304, recaídas en los siguientes expedientes:

- a) 00693-2015-58-2101-JR-PE-02
- b) 00662-2015-23-2101-JR-PE-01
- c) 00993-2014-96-2101-JR-PE-01

En tanto se pretende determinar si mediante la aplicación en casos prácticos el Poder Judicial hace un control difuso sobre la legitimidad de los fines de la aplicación del artículo 57 del Código Penal modificado por ley 30304, si existe proporcionalidad entre fines y medios que determinan la discriminación de los funcionarios y servidores públicos.

4.3.1.- Resultados sobre la legitimidad de fines y proporción con los medios discriminatorios contra el servidor y funcionario público que ha sido corregido por control difuso Expediente 00693-2015.

INFORMACIÓN DEL CASO ANALIZADO

EXPEDIENTE : 00693-2015-58-2101-JR-PE-02
 JUEZ : CAYETANO CHIRE CHRISTIAN NEIL
 ESPECIALISTA : LENA LEONOR ALZAMORA PÉREZ
 MIN. PÚBLICO : FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE
 CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
 IMPUTADO : QUISPE ALEJO DEMETRIO

DELITO : PECULADO DOLOSO
AGRAVIADO : I.E.S. MARIA AUXILIADORA DE PUNO
PROCURADOR ANTICORRUPCIÓN DE PUNO
DECISIÓN POR : SENTENCIA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

4.3.1.1.- Hechos suscitados

Los hechos se producen por cuanto la persona de Demetrio Quispe Alejo es docente de la Institución Educativa María Auxiliadora de Puno, quien se desempeña como docente de la Banda de Músicos de dicha institución, quien recibe en calidad de custodia los instrumentos musicales propios de dicha agrupación. En tales circunstancias aprovechándose de su cargo empeña (préstamo prendario por el que recibe dinero a cambio) dos instrumentos musicales (saxofones) siendo descubierto toda vez que la Fiscalía de Prevención del Delito de Puno, de oficio según programa de acciones investigativas ingresa a una casa de empeños identificado objetos pertenecientes al Estado. Así como lo indica la sentencia:

En fecha 10 de abril del 2015, la 2° Fiscalía Provincial de Prevención del delito de Puno, realizó un operativo orientado a la prevención del delito de receptación, interviniéndose en dicha oportunidad la casa de empeños en la Av. Floral N° 341 de propiedad de la persona de Rubén Gabriel Vilca Huallapa donde efectuada la verificación de los bienes se establece la existencia, de dos saxofones instrumentos musicales que presentaban la inscripción gravada “I.E.S. M.A.-021-2014 e I.E.S. M.A.-019-2014” pertenecientes al Centro Educativo “María Auxiliadora” Puno, que dichos bienes fueron dejados en prenda por parte del profesor investigado Demetrio Quispe Alejo, en calidad de propietario y bien siéndose el imputado Demetrio Quispe Alejo, Servidor Público en calidad de profesor de la I.E. “María Auxiliadora” Puno, y que dichos bienes antes descritos, se encontraban bajo su custodia por ser el profesor de música, de dicha

institución, denotándose que el imputado se habría apropiado dolosamente de dichos bienes de la institución educativa. (Sentencia de Peculado doloso, 2015)

4.3.1.2.- Tipicidad.

Los hechos se encuentran subsumidos en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, como delito contra la Administración Pública, en su modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos, en su forma de peculado en su sub forma de peculado doloso por apropiación.

Artículo 387. Peculado doloso y culposo: El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad

será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa." (Sentencia de Peculado doloso, 2015)

4.3.1.3.- Extremos de la pena:

Cuatro años a ocho años de pena privativa de libertad

Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Sentencia de Peculado doloso, 2015).

4.3.1.4.- Fundamento de conversión de condena aplicación Ley 27770 y cumplimiento de la Ley 30304

Considera el juez que pese a que la pena tiene que tener el carácter de efectiva, en el caso de delitos de peculado, ello en base a los aspectos de política criminal que se viene desarrollando en nuestro país, sin embargo conforme lo solicitado por el Ministerio Público en audiencia, el Juzgado acorde a las normas procesales vigentes que expresa claramente que los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos constitucionales conforme a la interpretación de los mismos, es decir, este Juzgado está no sólo en la facultad sino en la obligación de realizar un control difuso, mucho más de acuerdo al principio pro hómine, que también nos rige en nuestra constitución Política del Perú, que es la ley con más alto rango dentro de nuestro ordenamiento legal.

En ese sentido, atendiendo a que el fin de la pena, dentro de nuestra política criminal y nuestro ordenamiento legal es la resocialización y teniendo en cuenta que el delito imputado es un delito que de alguna forma, no existe una gran afectación al bien jurídico protegido, toda vez que estos bienes habrían sido entregados en calidad de custodia al procesado, por su calidad de profesor de la I.E.S. "María Auxiliadora" y el mismo por las situaciones económicas que habría tenido conforme lo ha manifestado el Ministerio Público de necesidad y teniendo que realizar los hechos descritos, sin embargo esos

hechos, habrían sido realizados en fecha 8 de abril del presente año y la inspección habría sido realizada por la Fiscalía el día diez de abril es decir la disposición de bienes realizadas no habría sido por un tiempo exagerado sino más bien por cuarenta y ocho horas, y de acuerdo a las experiencias que se tiene respecto de la política criminal, se tiene que la finalidad de la pena no sólo se cumple necesariamente con una pena privativa de libertad efectiva, mucho más teniendo en cuenta que la persona imputada, no tiene antecedentes penales y el mismo habría actuado por situaciones de fuerza mayor, estando a la necesidad, situación que debe además tenerse en cuenta en este proceso.

Así mismo debe tenerse en cuenta que la dignidad de la persona humana, de acuerdo a lo reconocido en nuestra carta magna, es el fin supremo de la sociedad, por lo que, si pretendemos querer resocializar a una persona, con una pena efectiva en un Establecimiento Penitenciario, tal vez la resocialización no estaría cumpliendo su finalidad correspondiente, mucho más que el delito imputado no afecta gravemente, por cuanto el mismo su tiempo de realización habría sido de cuarenta y ocho horas y los bienes ya estarían a punto de devolverse a su propietario, existiendo más bien, el compromiso de pagar la reparación civil correspondiente, es decir reparar el daño causado, y al mismo ser convertida a prestación de servicios comunitarios, lo cual va ayudar de alguna forma, a la dignidad de la persona humana, respetando el principio pro homine, señalado por el señor representante del Ministerio Público, en esta audiencia. Estando a todo ello, con la finalidad de dar un mensaje a la sociedad respecto a la resocialización y de la dignidad de la persona humana, se considera en este caso, debe de inaplicarse lo establecido en el artículo 3º literal a) de la ley 27770 y proceder conforme lo establecido por el artículo 52 del Código Penal, a la conversión de pena privativa de libertad, por prestación de servicios a la comunidad, que para el caso concreto sería de ciento setenta y cuatro jornadas, aspecto sobre el cual deberá de formarse el incidente

correspondiente y elevarse en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de acuerdo a los estándares que están previstos en la norma correspondiente. (Sentencia de Peculado doloso, 2015)

4.3.1.5.- Descripción del proceso:

El proceso concluyó como proceso especial de terminación anticipada, dentro de la etapa procesal de investigación preparatoria, siendo que los hechos se ha producido el diez de abril del 2015 por lo que de forma inmediata se inició la investigación preparatoria en el mes de abril del año 2015, y se produce la sentencia el veinticinco de junio del 2015 a poco más de dos meses de inicio del proceso.

4.3.5.- Condena:

La condena ha sido de conformidad de aprobación del acuerdo reparatorio según lo establece el artículo 468 del Código Procesal penal:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo arribado en la audiencia de terminación anticipada.

SEGUNDO: Declaran a Demetrio Quispe Alejo, como autor del delito contra la administración pública, en su modalidad de Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en su forma de Peculado, en su sub forma de Peculado Doloso por apropiación, previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal en agravio del Estado Peruano, específicamente de la Institución Educativa Secundaria María Auxiliadora; y, como tal, se le impone la pena de **tres años con cuatro meses** de pena privativa de libertad la misma que tendría el carácter de efectiva, la misma que inicia el día de la fecha y vencerá el veinticinco de octubre del año dos mil dieciocho.

TERCERO: En este acto se dispone **convertir** la pena privativa de libertad efectiva, de tres años y cuatro meses a ciento setenta y cuatro jornadas de prestación de servicios a la comunidad, que deberá prestar el sentenciado Demetrio Quispe Alejo, en la entidad que determine la autoridad penitenciaria. Sobre el inicio, días, horas y lugar de ejecución de

esta pena, el sentenciado deberá informar al juzgado en un lapso no mayor a cinco días hábiles.

CUARTO: Se impone al sentenciado la pena de inhabilitación de tres años con cuatro meses, lapso en el cual quedará inhabilitado para ejercer cualquier cargo o empleo en la administración pública. De igual manera se impone al sentenciado ciento cincuenta días multa que equivalen a la suma de mil ciento ochenta y siete nuevos soles con cincuenta céntimos de nuevo sol, que han de ser pagados luego de emitida la presente sentencia.

QUINTO: Se establece como monto de reparación civil, que deberá pagar Demetrio Quispe Alejo, a favor del Estado Peruano, específicamente de la Institución Educativa Secundaria maría auxiliadora de puno, la cantidad de trescientos nuevos soles, que deben ser cancelados luego de emitida la presente sentencia.

SEXTO: Se dispone se forme el incidente correspondiente, y se le eleve en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, por la inaplicación del literal a) del artículo 3º de la Ley 27770. Una vez que quede firme la presente sentencia, se dispone se cursen las comunicaciones correspondientes para la inscripción de los antecedentes penales así como cursarse el oficio correspondiente para el Instituto Nacional Penitenciario de Puno, y cursarse las demás comunicaciones para los fines legales consiguientes”. (Sentencia de Peculado doloso, 2015).

4.3.1.6.- Análisis de la sentencia.

En ésta sentencia se puede observar que no ha sido efectiva como lo dispone el artículo 57 del Código Penal, por lo que considerando las condiciones del agente quien no es reincidente ni mucho menos habitual, el Juez ha optado por la conversión de la condena de pena efectiva a prestación de servicios a la comunidad pero al hacerlo incumple lo establecido por la ley 27770, por lo que tiene que aplicar el control difuso de dicha norma y privilegiando la condición del autor es que no impone pena efectiva. Además se nota que la condición para tal hecho es que el Juez ha solicitado que de forma

inmediata se cumpla con el pago de la pena multa y la reparación civil, lo cual demuestra el arrepentimiento del sentenciado y la comprensión de la vulneración cometida.

Es relevante hacer referencia en el análisis de la sentencia, al concepto de ejecución de la pena, en la medida que ésta representa en nuestro ordenamiento legal una consecuencia jurídica prevista para todo comportamiento típico, antijurídico y culpable que protagoniza cualquier individuo. Así, la suspensión de la ejecución de la pena implica que no se haga efectiva la pena privativa de libertad impuesta en una sentencia condenatoria.

La suspensión de la ejecución de la pena podrá ser aplicada por el Juez siempre y cuando concurren determinados requisitos establecidos en el artículo 57° del Código Penal que señalan circunstancias que permiten al magistrado realizar un análisis favorable respecto a la actuación futura por parte del condenado. De esta manera, transcurrido el plazo de suspensión establecido -de uno a tres años - sin que éste haya transgredido alguna de las reglas de conducta dispuestas por el Juez, se tendrá por cumplida la pena y se cancelará su registro para tenerse por no impuesta; caso contrario, de no cumplir con las reglas impuestas en la sentencia se hará efectivo el cumplimiento de la pena privativa de libertad fijada.

Al respecto el Tribunal Constitucional señala que el fin del instituto jurídico de la suspensión de la pena es evitar la aplicación de las penas privativas de libertad de corta duración a efectos de salvaguardar los fines de resocialización consagrados en la Constitución Política, correspondiendo aplicar penas menos traumáticas. Es decir, la importancia de la suspensión de la ejecución de la pena radica, principalmente, en evitar el ingreso en la cárcel de un agente o delincuente primario, ya que de ocurrir aquello, probablemente, en lugar de lograr su resocialización, el resultado sería todo lo contrario, siendo más perjudicial, toda vez, que su conducta ilícita no requiere de la privación de su

libertad, considerando que es suficiente la amenaza de una pena efectiva como mecanismo intimidatorio para la no reincidencia y las reglas de conducta establecidas como métodos correctivos.

La sentencia bajo comentario ha incumplido lo dispuesto por la Ley 27770 ya privilegiado la modificación al artículo 57° del Código Penal que, como se señaló previamente, dispone los requisitos a cumplir para que el juez pueda suspender la ejecución de la pena fijada a un condenado, y añade que éste instituto resulta inaplicable a “los Funcionarios o Servidores Públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”. Determina que todo Funcionario o Servidor Público, incluso, así cumpla con los tres requisitos regulados en el artículo 57°, no podrá acceder a la suspensión de la ejecución de su pena, de haber sido condenado por los delitos dolosos de Colusión y/o Peculado, por lo que en estos casos la pena privativa de libertad siempre será efectiva.

En ese sentido, mediante la modificación realizada por la Ley N° 30304, el legislador pretende darle un mayor grado de desvalor a las conductas ilícitas cometidas en contra de la Administración Pública, especialmente a quienes sean condenados como autores de los delitos de colusión y peculado en su calidad de funcionarios y servidores públicos, debiendo cumplir con la pena efectiva establecida en la sentencia condenatoria. Esta modificación es a consecuencia de los reiterados actos de corrupción que se desenvuelven en nuestro país, así como el reclamo de la ciudadanía por sanciones de mayor fuerza para los funcionarios y servidores públicos que actúan contrariamente a sus deberes, obligaciones y en perjuicio del Estado.

Es decir, la ley considera que debe existir un mayor reproche a los funcionarios y servidores públicos, toda vez que ellos son los encargados del normal funcionamiento de la Administración Pública, de la seguridad de los bienes pertenecientes a dicha

administración y tienen el deber de fidelidad hacia el patrimonio público. En tal sentido, este el motivo del mayor reproche contra los funcionarios públicos, al atentar contra el patrimonio del Estado que se le confió o los pusieron en una situación de vulnerabilidad.

Es preciso señalar que el debate de la presente ley surge a partir del Proyecto de Ley N° 2529/2013-CGR presentado por la Contraloría General de la República, a razón de la alarmante estadística en las que se ha suspendido la ejecución de la pena privativa de libertad en el período 2009-2013 a favor de funcionarios o servidores públicos condenados por delitos contra la Administración Pública, en su mayoría por colusión y peculado doloso.

Pese que en el Proyecto de Ley se propuso la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos contra la administración pública; la Ley N° 30304 sólo prevé tal inaplicación para los autores por los delitos dolosos de Colusión y Peculado, en atención a las estadísticas presentadas por la Contraloría General de la República y los bienes jurídicos específicos que protegen cada uno de ellos.

En suma, el objetivo de la modificación realizada al artículo 57° del Código Penal es tener un mayor efecto amedrentador de la pena como sanción ante las conductas transgresoras de los funcionarios y servidores públicos que asumen, en calidad de garantes, deberes, responsabilidades y obligaciones de carácter especial, los cuales se desprenden de la norma penal, es decir, de los tipos penales del delito de Colusión y Peculado. En ese sentido, cada uno de los referidos delitos tutela la preservación del patrimonio público y la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública, toda vez que se tratan de ilícitos penales especiales en sentido estricto, ya que lo que sanciona es la infracción del deber especial, que surge producto de la relación institución-agente, encargado a determinado funcionario o servidor público, por lo que

éste es el único habilitado a recibir condena como autor del tipo penal.

Sin bien, la consumación de los tipos penales bajo comentario Colusión y Peculado admiten la participación de individuos particulares ajenos a la competencia de la Administrativa Pública, a quienes se les denomina como extranei o extraneus. Así, los extraneus también denominados particulares son partícipes de la comisión del delito, pero en la calidad de cómplices, pues su responsabilidad penal no puede determinarse en función a la infracción de un deber especial que solo le es imputable al funcionario público. Siguiendo ese razonamiento, la prohibición de la suspensión de ejecución de la pena del artículo 57° del Código sustantivo dispuesta por el legislador se dirige, únicamente, al funcionario o servidor público condenado por el delito de Colusión o Peculado doloso, no siendo obligatorio su aplicación a los particulares condenados por los mismos delitos, en todo caso esto queda a criterio del Juez para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.

4.3.2.- Resultados sobre la legitimidad de fines y proporción con los medios discriminatorios contra el servidor y funcionario público que ha sido corregido por control difuso Expediente 00662-2015.

INFORMACIÓN DEL CASO ANALIZADO

EXPEDIENTE	:	00662-2015-23-2101-JR-PE-01
JUEZ	:	EDSON JAUREGUI MERCADO
ESPECIALISTA	:	LUIS YERSON CHARAJA CRUZ
MIN. PÚBLICO	:	FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
IMPUTADO	:	MONTEAGUDO QUISPE ROXANA AMPARO
DELITO	:	PECULADO
AGRAVIADO	:	UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PROCURADOR ANTICORRUPCIÓN DE PUNO
DECISIÓN POR	:	SENTENCIA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

4.3.2.1.- Hechos suscitados

Los hechos se suscitan el día dieciséis de marzo del año dos mil quince, Roxana Amparo Monteagudo Quispe, quien era personal administrativo de la Universidad Nacional del Altiplano se constituyó en la casa de empeño ubicado en la avenida Floral ciento sesenta y seis, de propiedad de Nancy Ayunta Incacutipa, con el proyector marca EPSON de propiedad de la Universidad Nacional del Altiplano, con inventario del dos mil trece número ciento tres, con registro 2207952278340780, que de acuerdo al informe veintiuno dos mil quince, habría sido entregado en custodia a la citada procesada Roxana Amparo Monteagudo Quispe, quien empeñó el bien a la persona de Nancy Ayunta Incacutipa, por la suma de trescientos setenta nuevos soles. Al día siguiente diecisiete de marzo del año dos mil quince, se verificó que en esa casa de empeños se encontraba el proyector Data Display que se ha indicado, ello por parte de la Primera Fiscalía Provincial de Prevención del Delito, de modo evidente en que dicho objeto tuvo a su cargo la custodia de un bien de propiedad de la Universidad de la servidora pública, y procedió a disponer del mismo, se entiende que ha sido con carácter doloso, siendo así, los hechos acordados tipifican el delito de peculado. (Sentencia Peculado Doloso, 2015).

4.3.2.2.- Tipicidad

Los hechos se encuentran subsumidos en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, como delito contra la Administración Pública, en su modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos, en su forma de peculado en su sub forma de peculado doloso por apropiación.

Artículo 387. Peculado doloso y culposo: El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será

reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa."(Sentencia de Peculado doloso, 2015).

4.3.2.3.- Extremos de la pena:

Cuatro años a ocho años de pena privativa de libertad
Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Sentencia de Peculado doloso, 2015)

4.3.2.4.- Fundamento de conversión de condena aplicación Ley 27770 y cumplimiento de la Ley 30304

En torno al carácter de la pena, como se puede determinar de lo establecido por la Ley 30304, esta pena ha de tener carácter de efectiva, ello por aspectos de política criminal que viene desarrollando en nuestro país, cuando se trata –en especial- de delitos

cometidos contra la administración pública y también aquellos que tengan una connotación sobre los caudales del Estado. Ahora respecto a la conversión que se ha propuesto y acordada en esta sesión ha de tenerse en cuenta la ley 27770 que establece que no es procedente en delitos de peculado, salvo la forma culposa, la conversión de pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad. (Sentencia de Peculado doloso, 2015).

Sin embargo el juzgado de investigación preparatoria, considera que teniendo en cuenta los fundamentos del señor fiscal, que las circunstancias de este caso, por haberse presentado móviles de comisión del delito por necesidad primaria de su familia, se considera que no existe una gran afectación al bien jurídico protegido, debido que es el debido funcionamiento de la administración pública, toda vez que estaba entregada en calidad de custodia a la procesada, no se trataba de un bien – se entiende- que haya estado en uso o que con el empeño del bien se haya afectado de manera tangible y grave algún servicio que haya estado prestando a la Universidad Nacional del Altiplano. Además por diferentes estudios sobre criminología crítica, nos permiten establecer que los fines de la pena contenidos en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, difícilmente se consiguen cuando una persona se encuentra privada de libertad de manera efectiva y menos aún por tiempo prolongado.

El Juzgado, en este caso, procede a efectuar una ponderación en función de los hechos señalados, teniendo en cuenta la dignidad de la persona contenida en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, teniéndose en cuenta que no se trata de un hecho grave o que haya generado una connotación grave en nuestro medio, además en atención a los fines de la pena que se encuentran directamente vinculados al artículo 1 de la Constitución Política, reiterando derecho a la dignidad, se considera en este caso, es prudente para cautelar ese derecho de la dignidad de la procesada y la oportunidad de una

resocialización efectiva; y, que la ejecución de la pena implique un mensaje positivo hacia la sociedad en atención a los fines especiales de la pena. Se considera que debe inaplicarse lo establecido por la Ley 27770 y procederse en torno a lo que establece el artículo 3 literal a) debe procederse aplicar el artículo 52 del Código Penal. Esto es, la conversión de la pena privativa de libertad por prestación de servicios a la comunidad, para el caso concreto de ciento cincuenta y cuatro jornadas. Aspecto sobre el cual, ha de formarse el incidente correspondiente para ser elevada en consulta a la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social de acuerdo a los trámites que están previstos en la norma correspondiente.

4.3.2.5.- Descripción del proceso:

El proceso concluyó como proceso especial de terminación anticipada, dentro de la etapa procesal de investigación preparatoria, siendo que los hechos se ha producido el 16 de marzo del 2015 por lo que de forma inmediata se inició la investigación preparatoria en el mes de marzo del año 2015, habiendo sido derivado de la Fiscalía de Prevención del Delito a la Fiscalía Provincial Penal, y se produce la sentencia el veintidós de mayo del 2015 a poco más de dos meses de inicio del proceso.

4.3.2.6.- Condena:

La condena ha sido de conformidad de aprobación del acuerdo reparatorio según lo establece el artículo 468 del Código Procesal penal:

“PRIMERO: expresando que ha existido acuerdos sobre los hechos, pena principal, pena de multa y la reparación civil entre el Ministerio Público y la ciudadana Roxana Amparo Monteagudo Quispe asistida por su señor abogado

SEGUNDO: Se declara a Roxana Monteagudo Quispe, con DNI 43575837, nacida el siete de mayo de mil novecientos ochenta y seis en el distrito de Juliaca, provincia de San Román, departamento de Puno, hija de Modesto y Máxima como autora del delito Contra

la Administración Pública en su modalidad de Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en su forma de Peculado en su sub forma de Peculado Doloso por Apropiación, previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, en agravio del Estado Peruano específicamente de la universidad nacional del altiplano, como tal se le impone la pena de tres años con cuatro meses de privación de la libertad, la misma que tendrá el carácter de efectiva que inicia el día de la fecha y vencerá el diecinueve de agosto del dos mil dieciocho.

TERCERO: En este acto, se dispone **convertir la pena** privativa de libertad **efectiva** de tres años con cuatro meses a ciento setenta y cuatro jornadas de prestación de servicios a la comunidad, que deberá prestar la sentenciada Roxana Amparo Monteagudo Quispe en la entidad que determine la Autoridad Penitenciaria. Sobre el inicio, días, horas y lugar en que se iniciará la ejecución de esta pena, la sentenciada deberá informar al juzgado en un lapso no mayor a cinco días hábiles.

CUARTO: Se impone a la sentenciada roxana amparo monteagudo quispe, la pena de inhabilitación por tres años, con cuatro meses, lapso en el cual quedará inhabilitada para obtener cualquier tipo de empleo o cargo en la administración pública. De igual modo, se **impone** a la sentenciada ciento cincuenta días multa, que equivalen a la suma de mil doscientos cincuenta nuevos soles, que han de ser pagados luego de emitida la presente sentencia.

QUINTO: Se establece como monto de reparación civil, que deberá pagar Roxana Amparo Monteagudo Quispe a favor del Estado Peruano específicamente Universidad Nacional del Altiplano, la cantidad de quinientos nuevos soles, que deben ser cancelados luego de emitida la presente sentencia

SEXTO: Se dispone se forme el incidente correspondiente y se eleve en consulta a la Sala de Derecho Constitucional Y Social de la Corte Suprema, por la inaplicación del literal

b) del artículo 3 de la Ley 27770. Finalmente, una vez quede firme la presente sentencia, se dispone cursarse las comunicaciones correspondientes para la generación de los antecedentes penales, debe cursarse el oficio correspondiente para la Oficina de Area Libre del Instituto Nacional Penitenciario de Puno y cursarse las demás comunicaciones para los fines legales consiguientes”. (Sentencia de Peculado doloso, 2015).

4.3.2.7.- Análisis de la sentencia

En el presente caso siendo la imputada servidora pública, quien subsume su conducta a la de peculado doloso por haberse apropiado de un proyector multimedia (data) para haciéndolo pasar como de su propiedad empeñarlo en una tienda de empeños para percibir trescientos nuevos soles; se tiene que considerar que tratándose de un monto que está por debajo del sueldo mínimo vital como referente, así mismo considerando que el monto del precio mismo del bien es aproximadamente de tres mil quinientos nuevos soles y su empeño constituye menos del diez por ciento de su valor; además teniéndose en cuenta las condiciones de necesidad económica del agente quien al haberse puesto en calidad de custodia dicho bien tendría que haberlo recuperado pagando el monto de empeño; la sentencia en si misma constituye una sanción muy grave contra una conducta que podría delimitarse en la calidad de tentativa por cuanto sólo pasaron 24 horas de los hechos y el descubrimiento del delito; lo que fortifica la condición de discriminación contra el funcionario y servidor público, quienes tienen un tratamiento diferenciado mucho más drástico como pretendiendo ser una forma de prevención.

Al igual que el análisis de la primera sentencia en comentario se observa que no ha sido efectiva como lo dispone el artículo 57° del Código Penal, por lo que considerando las condiciones del agente quien no es reincidente ni mucho menos habitual, el juez ha optado por la conversión de la condena de pena efectiva a prestación de servicios a la comunidad pero al hacerlo incumple lo establecido por la Ley 27770, por lo que tiene que aplicar el control difuso de dicha norma y privilegiando la condición del autor es que no

impone pena efectiva. Además se nota que la condición para tal hecho es que el Juez ha solicitado que de forma inmediata se cumpla con el pago de la pena multa y la reparación civil, lo cual demuestra el arrepentimiento del sentenciado y la comprensión de la vulneración cometida.

No obstante existir otras formas de control social, algunas más sutiles y difíciles de limitar que el propio Derecho penal, el Estado utiliza la pena para proteger de eventuales lesiones determinados bienes jurídicos que son así considerados en una organización socioeconómica específica, en nuestro caso la comisión de delitos contra la Administración Pública perpetrados por funcionarios y servidores públicos. Desde el comienzo de la humanidad existieron diferentes formas de castigo aplicados por una ofensa cometida contra una persona o autoridad. Ese castigo, esa necesidad de reacción contra el agresor, con el correr de los tiempos se fortaleció con justificaciones normativas. Así, a lo largo de la historia la pena ha evolucionado a la par de las formas estatales, siendo evidente la relación existente entre una teoría determinada de Estado con una teoría de la pena, y entre la función y finalidad de la pena con el concepto dogmático de culpabilidad; así Zaffaroni señalaba que “toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función” (Zafaroni, 1995). Por tanto, al igual que evoluciona la forma del Estado, el Derecho penal también evoluciona, tanto en el plano general, como en cada uno de sus conceptos fundamentales. En ese sentido, la función del Derecho penal y las teorías de la pena tienen una estrecha relación: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal; por encima de la medita intención estatal de tratar de erradicar la corrupción de funcionarios mediante las normas pues esto se realiza con la incorporación de políticas públicas a diferentes aspectos como el educativo, de prevención, mejor control en contratación de personal y otros.

El fundamento de la pena ha sido un interrogante planteado a través de los años, al igual que preguntas que indagan por el cómo y el por qué se legitima su uso. Existen dos líneas claramente diferenciadas en el pensamiento clásico y que procuran una respuesta a esta cuestión, por un lado se sostiene que el Derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia; mientras que por otro, que el Derecho penal tiene una función social, caracterizada por unos como la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo y por otros como la prevención mediante la ratificación de la norma vulnerada a través de la desautorización del comportamiento infractor de la misma.

En todo caso, la crisis de la idea pena que retribuye la culpabilidad conlleva inevitablemente en sí misma un cuestionamiento de la culpabilidad como fundamento y medida de dicha retribución; además, no cabe duda de que en la actualidad es difícil sostener una idea de culpabilidad que tenga como función la de ser retribuida por la pena. Tal cosa resultaría científicamente insostenible y dañosa desde un punto de vista de política criminal.

El fundamento de la pena ha sido un tema tratado no solo por juristas, sino también por filósofos, psicólogos, sociólogos. Los varios puntos de vista que expresaron dichos estudios se agruparon en lo que hoy llamamos teorías de la Pena. Básicamente existen tres tipos de teorías, las teorías absolutas de la pena, las relativas y las mixtas o de la unión que debaten entre sí e internamente debido a la multiplicidad de autores sobre los fines de la pena.

En los últimos tiempos el debate científico-político sobre el fundamento de la pena se ha transformado ostensiblemente, hasta llegar a convertirse en un debate sobre el Derecho penal en su conjunto, siendo esta la razón por la que resultan sumamente importantes las Teorías de la Pena, en tanto ellas señalan los criterios fundamentales que van a servir para

configurar el modelo de análisis del Derecho penal, y que van a estar ligados lógicamente y teleológicamente con los demás aspectos del mismo, y más concretamente con los presupuestos de la pena, es decir con el delito y el delincuente. Con el examen de las distintas teorías que explican al sentido, función y finalidad de las penas, reconstruimos la evolución del concepto dogmático de culpabilidad.

La vinculación tan cercana entre pena y culpabilidad nos exige, sin lugar a dudas, detenernos para analizar los contenidos de cada una de las teorías, por lo menos de las tres más importantes: teorías absolutas, teorías relativas; prevención general y prevención especial, y teorías de la unión. Actualmente, parece unánime la opinión, en el mundo científico del Derecho Penal a la hora de afirmar que la pena se justifica por su necesidad. En realidad, la justificación de la pena no es una cuestión religiosa ni filosófica, sino una necesidad amarga en una sociedad de seres imperfectos como la formada por el ser humano, para reprimir conductas como las cometidas por funcionarios y servidores públicos, pero que por tal razón el propio estado debiera procurar ser menos discriminador para afrontar la política criminal de forma eficiente.

Esto se evidencia en la presente sentencia pues al realizar control difuso de la norma contenida en la Ley 27770, se privilegió la dignidad humana frente a la sanción del delito, pero mejor hubiera sido inaplicar la ley 30304 y suspender la ejecución de la condena, tratando al servidor y funcionario público como ciudadanos quienes por la gravedad del delito y las consecuencias del mismo menos lesivas al bien jurídico protegido, debieran dar posibilidades de resocialización al individuo.

4.3.3.-Resultados sobre la legitimidad de fines y proporción con los medios discriminatorios contra el servidor y funcionario público que ha sido corregido por control difuso Expediente 00993-2014.

INFORMACIÓN DEL CASO ANALIZADO

EXPEDIENTE : 00993-2014-96-2101-JR-PE-01
JUEZ : NIEL CAYETANO CHIRE
ESPECIALISTA : JOSE EDGARDO BELON SALAS
MIN. PÚBLICO : FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
IMPUTADO : LIDIA VANESA APAZA PINEDA
LUIS PINEDA QUISPE
DELITO : PECULADO, FALSEDAD IDEOLÓGICA
AGRAVIADO : GOBIERNO REGIONAL PUNO
DECISIÓN POR : SENTENCIA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

4.3.3.1.- Hechos Suscitados

Respecto del imputado Lidia Vanesa Apaza Pineda:

Se tiene que en el año 2009 luego de ser contactada por la persona de Hilda Torres Quispe, quien le ofreció un puesto de trabajo en el Gobierno Regional a cambio de que hiciera unos cobros de dinero del Gobierno Regional, hecho que la imputada aceptó. Por ello, se habría apropiado de caudales del Gobierno Regional de Puno, puesto que pese a no haber tenido ningún tipo de relación laboral con la entidad referida, ésta imputada aparece en las siguientes planillas 1) Planilla de Jornales correspondiente al mes de marzo del 2009 del Expediente Técnico de la obra: Mejoramiento de la Carretera Azángaro Saytocochoa- Sandia-San Juan del Oro, documento en el cual figura como Economista, en la elaboración del expediente técnico aludido, asimismo, figura también su firma de puño y letra, habiéndose dejado constancia de que, la imputada efectivizó un cobro de dinero por concepto de remuneración ascendente a un total de S/. 2,349.09 y 2) Planilla de Jornales correspondiente al mes de abril del 2009 del Expediente Técnico Mejoramiento de la Carretera Azángaro Saytocochoa- Sandia-San Juan del Oro, documento en el cual

figura como Economista, en la elaboración del expediente técnico aludido, asimismo, figura también su firma de puño y letra, habiéndose dejado constancia de que, la imputada efectivizó un cobro de dinero por concepto de remuneración ascendente a un total de S/. 2,349.09. Haciendo un total de cobro por un monto de S/4698.09 nuevos soles.

Además existe concurso ideal con el delito de falsedad ideológica en tanto que se atribuye la comisión de éste delito a título de autor, a la imputada Lidia Vanessa Apaza Pineda, toda vez que, hizo uso, un instrumento público con declaraciones falsas concernientes a hechos que deben probarse con el documento, como si la declaración fuera conforme a la verdad. En efecto, la imputada para apropiarse de los caudales del Gobierno Regional, utilizó los siguientes documentos que contienen declaraciones falsas

- 1) Constancia de Conformidad de Prestación de labor efectiva de fecha 20 de abril del 2009, emitida por el Jefe de la Oficina Regional de Estudios y Proyectos, documento en el cual se hace constar que durante el mes de marzo del 2009, la imputada Lidia Vanessa Apaza Pineda laboró como economista en la elaboración del expediente técnico de la obra Mejoramiento de la Carretera Azángaro Saytocochoa- Sandia-San Juan del Oro
- 2) Constancia de conformidad de prestación de labor efectiva de fecha 25 de mayo del 2009, emitida por el Jefe de la Oficina Regional de Estudios y Proyectos, documento en el cual se hace constar que durante el mes de marzo del 2009, la imputada Lidia Vanessa Apaza Pineda laboró como economista en la elaboración del expediente técnico de la obra Mejoramiento de la Carretera Azángaro Saytocochoa- Sandia-San Juan del Oro,

constancias cuyo contenido no se ajustan a la verdad pues la misma imputada ha sostenido en su declaración ante la Comisión Auditora de la Contraloría General de la República que nunca ha trabajado ni prestado sus servicios para el Gobierno Regional de la República que nunca ha trabajado ni prestado sus servicios para el Gobierno Regional de Puno, lo que ha sido corroborado con el informe especial N° 522-2013-GRPU-EE del

Examen Especial al Gobierno Regional de Puno efectuado por la Contraloría General de la República.

Respecto del imputado Luis Pineda Quispe:

Se le atribuye la comisión de éste delito a título de cómplice primario, al imputado Luis Pineda Quispe, toda vez que, en el año 2009, se habría apropiado de caudales del Gobierno Regional de Puno, pues pese a no haber tenido ningún tipo de relación laboral con el gobierno regional referido, este imputado aparece en las siguientes planillas: 1) Planilla de Jornales correspondiente al mes de marzo del 2009 del Expediente Técnico de la obra: Mejoramiento de la Carretera Azángaro Saytocochoa- Sandia-San Juan del Oro, documento en el cual figura como Economista, en la elaboración del expediente técnico aludido, asimismo, figura también su firma de puño y letra, habiéndose dejado constancia de que, la imputada efectivizó un cobro de dinero por concepto de remuneración ascendente a un total de S/. 2,355.84 y 2) Planilla de Jornales correspondiente al mes de junio del 2009 de la elaboración del Expediente Técnico Desarrollo de capacidades de la cadena productiva de Alpaca en la Región de Puno. Correspondiente al comprobante de pago N° 1234 documento en el cual figura como proyectista II en la elaboración del expediente técnico aludido, asimismo, figura también su firma de puño y letra dejando constancia de que este imputado efectivizó un cobro de dinero por concepto de remuneración ascendente a un total de S/ 4735.93 haciéndose un total de cobros por la suma de S/. 7091,77 nuevos soles.

4.3.3.2.- Tipicidad.

Los hechos se encuentran subsumidos en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, como delito contra la Administración Pública, en su modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos, en su forma de peculado en su sub forma de peculado doloso por apropiación.

Artículo 387. Peculado doloso y culposo: El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa."(Sentencia de Peculado doloso, 2015).

Así mismo de Falsedad ideológica contenido en el artículo 428 del Código Penal:

Artículo 428.- El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El que hace uso del documento como si el contenido fuera exacto, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

4.3.3.3.- Extremos De La Pena:

Peculado doloso

Cuatro años a ocho años de pena privativa de libertad

Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Falsedad ideológica

Tres a seis años de pena privativa de libertad

Ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa

4.3.3.4.- Suspensión de la ejecución de la condena

Dado que los hechos se suscitaron antes de la vigencia de la Ley 30304, se procedió a la suspensión de la ejecución de la condena, pese a que la sentencia se dictó posterior a la entrada en vigencia de dicha norma.

El acuerdo arribado por las partes es de dos años y seis meses de pena privativa de libertad, suspendida por el período de prueba de un año, así como también el pago de ciento ochenta días multa, que calculando en base a sus ingresos es de mil ciento veinticinco nuevos soles, así como la inhabilitación por un año, debiéndose tener presente que la suspensión impedirá la comisión de un nuevo delito bajo los parámetros del artículo 57 del Código Penal, teniendo presente que el quantum de imposición de la pena, se ha considerado el sexto de reducción, que hace posible la terminación anticipada, así como los presupuestos especiales, para fundamentar y determinar la pena prevista en los artículos 45 y 46 del Código Penal (Sentencia, 2015)

4.3.3.5.- Descripción del proceso:

El proceso concluyó como proceso especial de terminación anticipada, dentro de la etapa procesal de investigación preparatoria, siendo que los hechos se han producido

como delito continuado de marzo del 2009 a julio del 2009 son anteriores a la vigencia de la ley 30304.

4.3.3.6.- Condena :

“PRIMERO: aprobar el acuerdo arribado en la audiencia de Terminación Anticipada.

SEGUNDO: Declarar A Lidia Vanesa Apaza Pineda, cuyas calidades personales figuran en la parte expositiva de la presente cómplice primario del delito de Peculado Doloso, previsto en el artículo 387 del Código Penal, asimismo, autora del delito de Falsedad Ideológica, ello en concurso ideal, previsto en el artículo 428 del Código Penal, en agravio del Estado Peruano, específicamente Gobierno Regional de Puno, representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República y declarar A Luis Pineda Quispe, cuyas calidades personales se encuentran en la parte expositiva de la presente cómplice primario del delito de Peculado Doloso, previsto en el artículo 387 del Código Penal, asimismo autor del delito de Falsedad ideológica, ello en concurso ideal, previsto en el artículo 428 del Código Penal en agravio del Estado Peruano específicamente el Gobierno Regional.

TERCERO: Se impone las siguientes reglas de conducta:

- a).- Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado en forma mensual a efecto justificar sus actividades.
- b).- No frecuentar lugares ni personas de dudosa reputación, ni ingerir bebidas alcohólicas ni sustancias psicoactivas.
- c).- Prohibición de ausentarse del lugar de su residencia sin autorización judicial.
- d).- No tener en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otros delitos.
- e).- Reparar el daño ocasionado con el delito, en el entendido que el incumplimiento de las reglas de conducta dará lugar a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 59 del Código Penal”.

CUARTO: Se impone la pena de ciento ochenta días multa que calculada en base al ingreso diario de cada una de ellos asciende a la suma de mil ciento veinticinco soles que deberán pagar cada una de ellas a favor del estado.

QUINTO: fijo como reparación civil cinco mil ciento noventa y ocho nuevos soles con nueve céntimos de nuevo sol a Lidia Vanesa Apaza Pineda y ocho mil noventa y un nuevo sol con setenta y siete céntimos al sentenciado Luis Pineda Quispe (Sentencia de Peculado doloso, 2015).

4.3.3.7.- Análisis de la sentencia

Como se observa en la presente sentencia a diferencia de los casos anteriores en comento en ésta sentencia se ha producido una suspensión de la ejecución de la condena por delitos que lesionan de forma más grave el bien jurídico protegido, que existe concurso ideal de delitos con el delito de falsedad ideológica, sin embargo la imposición de la condena es menor e incluso la reparación civil es por debajo del monto percibido por ambas personas.

Esto es un caso paradójico y complejo que demuestra una exageración en la protección del intraneus, sin embargo es un extremo que no es generalizado por lo que la suspensión de la ejecución de la condena es pro homine.

El rasgo más llamativo de la evolución de los sistemas penales actuales es la previsión en ellos de mecanismos tendentes a evitar la aplicación de penas privativas de libertad no absolutamente necesarias. Además, como consecuencia de la progresiva humanización de las ideas penales, la privación de libertad aparece hoy en día como una pena que resulta excesiva en muchas ocasiones, como lo hemos visto en los casos donde se ha aplicado la ley 30304. Además, existe también una fuerte tendencia a evitar las penas cortas de prisión basada en dos razones principalmente: La primera es que estas penas antes de favorecer la resocialización y la reeducación del sujeto penado, provocan una fuerte desocialización, ya que permiten el contagio del pequeño delincuente al entrar en contacto

con delincuentes más avanzados, y en cambio no posibilitan el tiempo necesario para conseguir un tratamiento eficaz. La segunda razón es que las penas cortas de prisión están previstas para delitos poco graves, para los cuales bastarían penas menos traumáticas.

Pues bien, para evitar estas penas cortas de prisión existen distintas posibilidades. Cabe acudir a la condena de otras penas, como la multa o la localización permanente, y cabe también renunciar a toda pena. Pero existe también una posibilidad intermedia: la suspensión de la ejecución de la pena a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir o de que cumpla ciertas condiciones dentro de cierto plazo.

4.4.- TEST DE CONSTITUCIONALIDAD.

4.4.1.- Determinación de la norma en análisis.

La disposición en análisis es el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, modificado por Ley 30304, publicada el 28 de febrero del 2015, en los términos siguientes:

“La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los Funcionarios o Servidores Públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.

4.4.2.- Análisis de la constitucionalidad de la ley 30304.

4.4.2.1.- El principio derecho de igualdad.

La Constitución reconoce el derecho principio igualdad en el artículo 2º, inciso 2, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.” Es decir que ordena igualdad ante la Ley, tanto para beneficios como para sanciones, en tal sentido considera de forma general que la persona humana independientemente de que sea Funcionario, Servidor público o

ciudadano común tienen los mismos derechos, los mismos beneficios y las mismas sanciones, la diferenciación entre ellos constituye discriminación.

El Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Exp. N°. 0048-2004-PI/TC, Fundamentos N°. 59 a 61, señala que la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes, considerando “iguales” a todos los ciudadanos que ostenten o no cargo o nivel de contratación frente al estado, considerándose iguales al Funcionario, Servidor Público y el ciudadano común.

En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad.

4.4.2.2.- Razonabilidad y proporcionalidad

En reiterada Jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio. Son estos los principios que sirven

de parámetro para examinar un trato diferenciado; en nuestro caso si existe o no trato diferenciado del funcionario o servidor público y el ciudadano común.

La forma de operar de este par conceptual, razonabilidad y proporcionalidad implica advertir que “(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (Alonso García, 1983). Por lo que por más que el Estado tenga un afán de sobre criminalizar alguna conducta, prima el derecho de igualdad ante la Ley.

En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por el Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional” (Sentencia, 2004).

De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de

razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno. Así constituiría irracional y fuera de la razonabilidad que se perjudique a ciudadanos que ostenten el cargo de funcionarios o servidores públicos, con el fin de criminalizar su conducta, por más que ésta sea común o no correspondiente.

La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.

De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en cuanto par conceptual para examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad y de necesidad.

Ahora bien, esta exigencia de proporcionalidad conjunta a la de razonabilidad, resulta ciertamente restringida en comparación con el denominado “principio de proporcionalidad”. En efecto, el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (Untermaßverbot), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales.

En el examen del trato diferenciado resulta indispensable también el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en el supuesto que dicho trato ha superado el examen a la luz de los principios de idoneidad y de necesidad. Justamente, la exclusión de la ponderación, en esta exigencia de razonabilidad-proporcionalidad, la

convierte en insuficiente e imperfecta. La protección de los derechos fundamentales y, entre ellos, el de igualdad, impone que el examen de las intervenciones que se operan en ellos tenga que satisfacer plenamente, de ser el caso, también el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En este contexto, la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad.

En síntesis, el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

4.4.2.3.- El principio de proporcionalidad

En atención a lo anterior, el examen de si el último párrafo de la ley 30304 que modifica el artículo 57 del código Penal contraviene, o no, el principio de igualdad, debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme lo establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N°. 0048-2004-PI/TC (Fundamento N°. 65), el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad.

De esta forma, el principio de proporcionalidad que normalmente es empleado para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales, ahora, es proyectado para examinar el supuesto concreto de una eventual contravención del derecho-principio de igualdad ocasionado por la Ley 30304.

4.4.6.- Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad.

Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

La intervención en la igualdad. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación.

“Intensidad” de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:

- Intensidad grave.
- Intensidad media.
- Intensidad leve.

- a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.
- b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
- c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.

La finalidad del tratamiento diferente. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas

o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.

Examen de idoneidad. La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio fin (Sentencia, 2004). Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención.

Examen de necesidad. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

4.4.7.- Examen de la ley 30304 a la luz del principio de proporcionalidad.

La intervención en el principio de igualdad.

El problema, aquí, consiste en determinar si el tratamiento distinto establecido por la modificación del último párrafo del artículo 57 modificado por la Ley 30304 puede

considerarse como una “intervención” en el derecho a la igualdad, esto es, como una intervención en la prohibición de discriminación.

La Ley 30304 establece que:

“La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los Funcionarios o Servidores Públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.

La disposición establece que el beneficio de suspensión de la ejecución de la pena otorgado a todos los ciudadanos del Estado Peruano que contiene en sí mismo el cumplimiento de los fines de la condena de resocialización, no se debe aplicar a los funcionarios y servidores públicos.

En consecuencia, tendríamos, por un lado: a) ciudadanos comunes que no ostentan el cargo de funcionarios y servidores públicos y, b) funcionarios y servidores públicos, no importando el grado de su función, ni la forma de contratación que ostentan que han cometido los delitos de peculado y colusión. b) Funcionarios y Servidores Públicos, no importando el grado de su función, ni la forma de contratación que ostentan que no han cometido, los delitos de peculado y colusión.

La relevancia de esta disección radica en que permite identificar los concretos grupos de destinatarios de la disposición diferenciadora para, así, precisar en qué consiste la diferencia en cada uno de ellos. De esta forma se tiene dos problemas concretos: (1) ¿es discriminatoria la suspensión de la ejecución de pena?, Adviértase que este problema exige tratar de modo separado el trato diferente entre (1) ciudadanos comunes y, (2), servidores y funcionarios públicos.

¿En qué consiste aquí la intervención en el principio derecho de igualdad? En el caso la intervención consiste en la introducción de un trato diferenciado en los destinatarios de la norma. Dicho trato diferenciado consiste en privilegiar con la suspensión de la

ejecución de la pena a los ciudadanos comunes y a los Funcionarios o Servidores Públicos que no hayan cometido delitos de colusión y peculado.

Ahora bien, el resultado de este aventajamiento es simplemente que las personas del Grupo A podrán acceder a la Suspensión de la ejecución de la pena, mientras que las del Grupo B, quedarán postergadas. Lo que prima facie constituye una diferenciación, termina siendo una condición que deja al margen a las personas del Grupo B, para acceder al beneficio de Suspensión de la Ejecución de la Pena. Se trata, así, de una intervención de intensidad gravísima en el derecho de estas personas.

En síntesis, la intervención en el principio-igualdad consiste en que se tiene un trato diferente al funcionario y servidor público que comete los delitos de colusión y peculado lo que crea un favorecimiento a los del Grupo A respecto a las Grupo B. Por consiguiente. Tal intervención favorece al Grupo A. La intervención representa aquí el “medio” adoptado por el legislador y que será objeto de análisis conforme al principio de proporcionalidad.

El rasgo común entre los componentes del Grupo A y del Grupo B reside en que se trata de funcionarios y/o funcionarios públicos ¿es discriminatoria la concesión de la bonificación al Grupo A, en detrimento del Grupo B?

4.4.8.- El fin del tratamiento diferente.

Determinada la intervención en la igualdad que concretamente se produce en el caso, corresponde ahora determinar la finalidad del tratamiento diferenciado. El problema consiste aquí en determinar si el tratamiento diferente que la ley ha configurado respecto a dos grupos de destinatarios tiene o promueve un objetivo y un fin constitucional.

Para determinar la finalidad del trato diferente de la Ley 30304 ha menester inquirir acerca de la ratio de la Ley que se encuentra inspirada en la alta criminalidad de funcionarios y servidores públicos, por lo que sin mayor sustento con un afán

desalentador de la comisión de los delitos y sobre criminalizando los delitos de peculado y colusión, pretende que por el monto que fuere el funcionario y servidor público pague la comisión de éstos delitos en la cárcel, sin opción a la suspensión de la ejecución de la pena, derecho que tienen todos los demás funcionarios públicos que han cometido otros delitos.

El objetivo del trato diferenciado de funcionarios y servidores públicos. Para el Congreso, la “finalidad” que justifica la “desigualdad” reside en “garantizar la sanción efectiva en la comisión de los delitos de peculado y colusión que cometen los servidores y funcionarios públicos.

4.4.8.1.- Examen de la idoneidad del tratamiento diferente.

Establecidos el objetivo y la finalidad del trato diferente, corresponde inquirir ahora por su idoneidad. En cuanto a la idoneidad del medio con el objetivo, ha de preguntarse: ¿Hay una relación de causalidad entre el favorecimiento al Grupo A, ciudadanos comunes o funcionarios y servidores públicos que no hayan cometido los delitos de colusión y peculado, con respecto al Grupo B constituido por funcionarios y servidores públicos que han cometido los delitos de peculado y colusión? El análisis de causalidad medio-fin debe elaborarse aquí sobre premisas empíricas.

Procede examinar ahora si el favorecimiento frente a los funcionarios y servidores públicos que cometieron el delito de peculado o colusión se sustenta, o no, en un medio conducente a la sanción efectiva de personal que ha sido contratado por el Estado; con lo cual determinamos que existen condiciones en las que de forma más eficaz se puede tratar y disminuir la comisión de funcionarios o servidores públicos en los delitos de peculado y colusión:

- a) Contratación con mayor exigencia por parte del Estado a personal que ostentará los cargos de funcionarios y servidores públicos.

- b) Mayor control por parte del Estado y delimitación de disposición de bienes y de arcas del Estado.
- c) Educación y prevención.

4.4.8.2.- Examen de la necesidad del tratamiento diferente que impide la suspensión de la ejecución de la pena.

Superado el examen de idoneidad, procede, ahora, examinar el tratamiento diferenciado a la luz del subprincipio de necesidad. Conforme se precisó, dos aspectos han de analizarse bajo este principio: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización el objetivo y, b), si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la del cuestionado.

Los medios alternativos. Aquellos funcionarios y servidores públicos que tendrían la condición y derecho a la suspensión de la ejecución de la pena, son aquellos que han lesionado mínimamente el bien jurídico protegido que es la administración pública, en tanto que sólo tienen derecho a la suspensión si la condena es menor de 4 años de pena privativa de libertad, por lo que deviene en innecesario, sobre criminalizar a éste sector de servidores y funcionarios públicos.

Un tratamiento discriminatorio en función de la realidad criminal por la que los funcionarios y servidores públicos no pueden acceder a la suspensión de la ejecución de la pena no es conducente a la consecución de la idoneidad de los efectos de la sanción punitiva contra la corrupción. Evidentemente, el legislador es libre de optar por cualquier medio conducente a la realización u optimización de un bien o principio constitucional como, en este caso, el de sanción diferenciadora; sin embargo, el medio adoptado no debe ser discriminatorio. En consecuencia, el tratamiento diferenciado no supera el test de necesidad.

Por estos fundamentos, es que habiendo realizado la investigación se determina la inconstitucionalidad de:

La modificación del artículo 57 del Código Penal, establecida por la Ley 30304 que determina la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal.



CONCLUSIONES

1.- Estadísticamente a nivel de significancia del 5%, que existen suficientes evidencias para determinar que SI Existe relación entre la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los Funcionarios o Servidores Públicos previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal y la vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la ley contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

2.- La modificación del artículo 57 contenido en la Ley 30304 ocasiona la discriminación al Funcionario y Servidor Público en el Perú. Se ha obtenido como resultados que un 31.91% de denuncias sobre delitos contra la Administración Pública cometidos por los Funcionarios o Servidores Públicos se archivan preliminarmente, y sumado con el 11.76% de archivo en calificación y el 4.01% con reserva provisional y el 0.98% de sobreseimiento hacen un total de 48.66% que hacen casi el 50% de casos que concluyen con archivamiento, lo que quiere decir que éste 48.66% son denuncias sin fundamento y/o que no corresponde la acción de la justicia constituyéndose casos que no se subsumen a un tipo penal. El 37.15% de casos se encuentra en la etapa de investigación preliminar en el primer caso y el 23.55% en el delito de peculado, lo que nos demuestra que la mayor parte de los casos en estudio no han sido investigados debidamente incluso preliminarmente a través del recojo de información vía Contraloría General de la República; además se observa que son muy pocos casos en los cuales existe sentencia. Cabe resaltar que en los delitos de concusión se presenta que sólo el 14.13% tiene la condición de formalización de la investigación preparatoria, mientras que en el peculado el 10.06% tiene esta condición.

3.- La modificación del artículo 57 contenido en la Ley 30304 a través de la legitimidad de sus fines y la proporción de estos con los medios ocasiona control difuso por tener carácter discriminatorio al Funcionario y Servidor Público en el Perú. El 70% de sentencias donde se aplica la ley 30304, se produce conversión de la condena a prestación de servicios a la comunidad inaplicando la ley 27770 a través del control difuso de la norma.



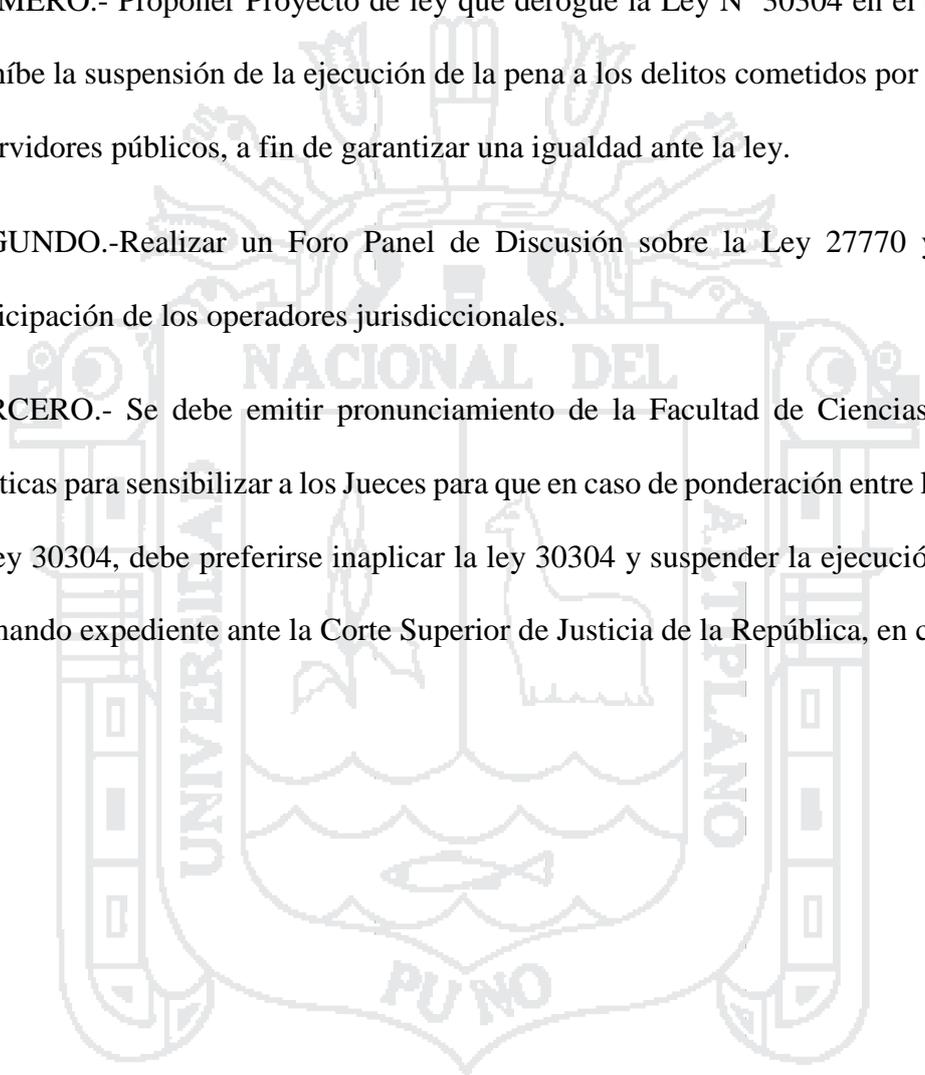
SUGERENCIAS

Después de haber establecido las conclusiones a las que se arribó producto de la investigación es preciso hacer las recomendaciones:

PRIMERO.- Proponer Proyecto de ley que derogue la Ley N° 30304 en el extremo que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, a fin de garantizar una igualdad ante la ley.

SEGUNDO.- Realizar un Foro Panel de Discusión sobre la Ley 27770 y 30304, de participación de los operadores jurisdiccionales.

TERCERO.- Se debe emitir pronunciamiento de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas para sensibilizar a los Jueces para que en caso de ponderación entre la Ley 27770 y Ley 30304, debe preferirse inaplicar la ley 30304 y suspender la ejecución de la pena formando expediente ante la Corte Superior de Justicia de la República, en consulta.

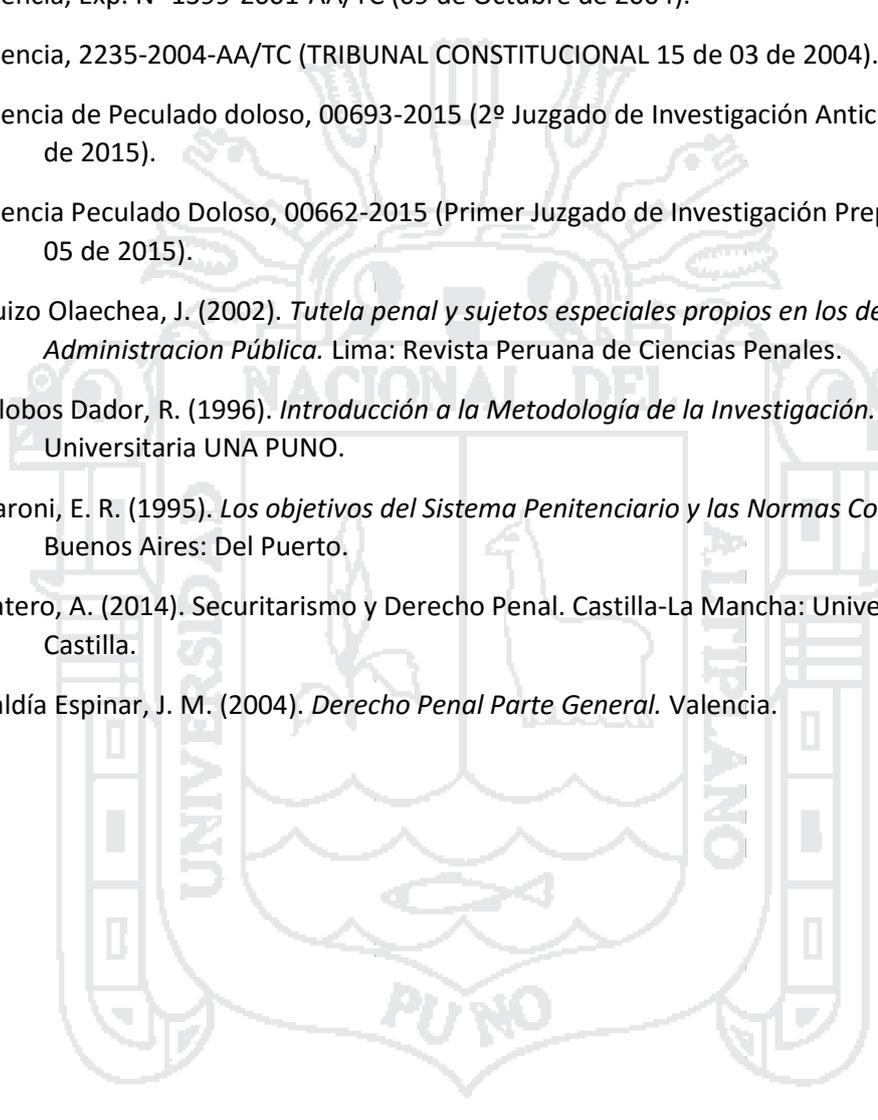


BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales, traducción de E. Garzón Valdez. Centro de Estudios Constitucionales Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Madrid.
- Alonso García, E. (1983). El principio de igualdad del artículo 14 de la ley Española. *Revista de administración Pública*, 100-102.
- Ander - EGG, E. (2010). *Técnicas de investigación social* (24 ed.). Buenos Aires Argentina: Lumen.
- Bacacorso, G. (1997). *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bernal Pulido, C. (2009). *El juicio de igualdad en la jurisprudencia del derecho constitucional y instrumentos de tutela de justicia constitucional*. Bogotá.
- Bilbao Ubillos, J. M., & Rey Martín, F. (2003). *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española*. Mexico.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona.
- Boldova Pasamar, M. A. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal esparta*. España.
- Bramot Arias Torres, L. M. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: Eddili, 4ª edición.
- Bustos Ramírez, J. (1994). *Manual de Derecho Penal Español- parte general*. Barcelona.
- Carrasco Díaz, S. (2005). *Metodología de la investigación científica*. Lima-Perú: San Marcos.
- Castillo Alva, J. L. (2008). *Delito de Colusión*. Lima.
- Citado por Villa Stein, J. (s.f.). *Derecho Penal- parte general*. Lima: san Marcos.
- Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos, no discriminación. (s.f.). *COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS*.
- Comercio, D. e. (21 de 06 de 2015). *Página del Diario El Comercio*. Recuperado el 31 de 03 de 2016, de <http://elcomercio.pe/visor/1820300/1140526-cual-costo-corrupcion-peru-informe-noticia>
- Conde, F. M. (1992). *La resocialización: Analisis y Critica de in mito*. Bogotá: temis.
- Contitución politica del Perú*. (1993). Lima.
- Contraloría General de la República. (2014). Acabemos la Impunidad. *Boletín Institucional 2014*, 2.
- Cuello Calón, E. (s.f.). *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: Bosch.
- De La Vega García, P. (1987). *Estudios Políticos Constitucionales*. México.
- De Rivacoba Rivacoba, M. (1993). *Función y Aplicacion de la Pena*. Buenos Aires: Depalma.

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. (2001).
- Eguiguren Praeli, F. (1997). *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. Lima.
- Fernández Segado, F. (1997). "El principio de igualdad jurídica y no discriminación". Lima.
- Galvez Villegas, T. (2001). *Delitos Contra la Administracion Pública*. Buenos Aires - santa Fe.
- García Cavero, P. y. (2008). *Delito de Colusión*. Lima: Grijley.
- García Morales, O. (1999). *El Delito de Malversación (apropiación utilización temporal y administracion desleal de caudales públicos)*.
- Gascón Abellán, M. (2009). "Igualdad y respeto al precedente". En: *Derechos y Libertades*. España.
- Gómez Canotilho, J. (1996). *Derecho Constitucional*, Liyrraria Almedina.
- Gonzales Placencia, L. (s.f.). *Política Criminal y Sociología del Control Penal*". Mexico.
- Gracia Matín, L. (1996). *Las consecuencias juridicas del delito*. españa.
- Guillamondegui, L. R. (2010). *Resocialización y Semilibertad. Análisis legal*. Buenos Aires.
- Gutiérrez Camacho, W., & Sosa Sacio, J. M. (2005). " *Igualdad ante la Ley*. En: *la Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Juridica.
- Hernandez Sampieri, F. C. (2003). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Derecho penal- parte general*. Lima: Edilli.
- Martinez López, A. J. (1997). *Régimen penal de la función pública*. Bogotá.
- Mendoza Gutierrez, F. (1999). *Inferencia estadística en Educación*. Puno: Titikaka.
- Mendoza, M. (2000). *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional peruano*. Lima: Gráfica Bellido.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona.
- Mosquera Monelos, S. (2006). *El derecho fundamental de igualdad*. Lima: Palestra Editores.
- Muñoz Conde, F. (1998). *Derecho Penal Parte General*. Valencia.
- Pavajeau, G. M. (2004). *Delitos Contra la Administraciòn Publica*. Bogotá.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2011). *Derecho Penal - Parte General*. Lima.
- Prado Sladarriga, V. (2010). *Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*. Lima: Gaceta juridica.
- Real Academia Española, D. d. (1970). Madrid.
- Rodríguez Puerta, M. J. (1999). *El delito de cohecho: Problematico jurídico penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.

- Rosenfeld, M. (2003). *Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional*". En: Miguel Carbonell (compilador). *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción. Comisión Nacional de derechos Humanos*. México.
- Salinas Siccha, R. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley segunda edición.
- Sentencia, Exp. N° 1399-2001-AA/TC (09 de Octubre de 2004).
- Sentencia, 2235-2004-AA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 15 de 03 de 2004).
- Sentencia de Peculado doloso, 00693-2015 (2º Juzgado de Investigación Anticipada 25 de 06 de 2015).
- Sentencia Peculado Doloso, 00662-2015 (Primer Juzgado de Investigación Preparatoria 22 de 05 de 2015).
- Urquiza Olaechea, J. (2002). *Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública*. Lima: Revista Peruana de Ciencias Penales.
- Villalobos Dador, R. (1996). *Introducción a la Metodología de la Investigación*. Puno-Perú: Universitaria UNA PUNO.
- Zaffaroni, E. R. (1995). *Los objetivos del Sistema Penitenciario y las Normas Constitucionales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Zapatero, A. (2014). *Securitarismo y Derecho Penal*. Castilla-La Mancha: Universidad de Castilla.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Valencia.





FICHA DE ENTREVISTA Nº 01

DIRIGIDO A MAGISTRADOS

Esta es una Investigación, para obtener el título de abogado titulada “AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA INAPLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA A LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS PREVISTO EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL”, PUNO 2015 cuyo objetivo es identificar las causas y efectos de los actos discriminatorios; por ello le suplicamos ser sincero en las respuestas que a continuación indique y colabore con el encuestador según sus posibilidades.

I. DATOS INFORMATIVOS

JUZGADO O FISCALIA A LA QUE PERTENECE	TITULAR O PROVISIONAL	CARGO QUE OCUPA	TIEMPO

MARQUE CON UNA X DONDE CORRESPONDE

II. DATOS GENERALES

1.- INDIQUE ¿QUÉ OPINION TIENE SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN CONDENA DIRIGIDA CONTRA LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS?

.....

.....

.....

2.- ¿CREE USTED QUE ÉSTO CONSTITUYE UN ACTO DISCRIMINATORIO CONTRA LOS INTRANEUS? ¿SI O NO? COMENTE SU RESPUESTA

.....

.....

.....

3.- DADO EL CASO DE APLICACIÓN DE LA LEY 30304 QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL ¿EN QUÉ CASOS DEBE INAPLICARSE LA LEY 27770 QUE PROHIBE LA CONVERSIÓN DE LA PENA A FUNCIONARIOS PÚBLICOS?,

.....

.....

.....

4.- ¿QUÉ OPINIÓN TIENE SOBRE LAS DIFERENTES FORMAS DISCRIMINATORIAS DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO?

.....

.....

ESCALA DE BOGARDUS

La presente ficha es una escala de determinación de Bogardus, por la cual se requiere determinar intención que Ud., tiene a favor del análisis de la “AFECTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA INAPLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA A LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS PREVISTO EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL”, PUNO 2015

INSTRUCCIONES: Guiándose por el solo impulso de sus sentimientos, ¿admitiría gustosamente cuál de las siguientes instituciones o personas hacen que su empresa se regularice y se constituya legalmente?

1. Recuerde que debe dar su reacción primaria en cada caso
2. Expresé sus reacciones hacia cada institución, no se refiera a los miembros mejores o peores de la ellas, piense más bien en la imagen o estereotipo general.
3. Ponga una cruz en cada columna que usted desee de acuerdo con sus sentimientos.
4. Solo se acepta un solo criterio por cada institución.

GRADO	1	2	3	4	5
INSTITUCIONES	Delito que debe ser sancionado o severamente	Los imputados no tienen valores	Es un comportamiento habitual de delincuentes	Los implicados muchas veces no saben la consecuencia de sus actos	Se produce por desonocimiento
CONCUSIÓN					
PECULADO					
COHECHO					
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS					
PREVARICATO					
ROBO AGRAVADO					
VIOLACION SEXUAL					

ESCALA DE LIKERT

La presente ficha de es una escala de determinación de Likert, por la cual se requiere conocer la apreciación que Ud., Sobre si existe o no discriminación contra los Funcionarios y Servidores Públicos a través de la aplicación del artículo 57 del Código Penal.

	La condena es muy severa	La condena es severa	La condena no es severa	Es buena condena	
Criterio	1	2	3	4	Total
Quando el imputado se ha apropiado caudales del estado debe tener pena efectiva aún que ésta sea menor de cuatro años					
Quando el imputado retarda indebidamente pagos de trabajadores debe tener pena efectiva aún que ésta sea menor de cuatro años					
Quando rehusa la entrega de bienes debe tener pena efectiva aún que ésta sea menor de cuatro años					
Quando el imputado cobra en un monto superior al debido debe tener pena efectiva aún que ésta sea menor de cuatro años					
Quando por dolo o culpa comete peculado de uso debe tener pena efectiva aún que ésta sea menor de cuatro años					
TOTAL					

PODER LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY N° 30304

LA PRESIDENTA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE PROHÍBE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA A LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS.

Artículo único.- Modificación del artículo 57 del Código Penal

Modifícase el artículo 57 del Código Penal con el siguiente texto:

“Artículo 57. Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico Favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, aceptándose las observaciones formuladas por el señor Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108° de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los nueve días del mes de febrero de dos mil quince.

ANA MARÍA SOLÓRZANO FLORES

Presidenta del Congreso de la República

MODESTO JULCA JARA

Primer Vicepresidente del Congreso de la República.

ARTÍCULO JURÍDICO

AFECTACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE NO DISCRIMINACION EN LA INAPLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA A LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS PREVISTO EN EL ÚLTIMO PARRAFO DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL.

RESUMEN

El Código Penal prevé en el artículo 57° la suspensión de la ejecución de la pena que tiene por finalidad eludir o limitar la ejecución de penas privativas de libertad de no mayor de cuatro años para evitar el efecto corruptor de la vida carcelaria. En donde manifiesta en el último párrafo, que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387. El presente trabajo tiene como propósito conocer si la regulación de la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los Funcionarios o Servidores Públicos previsto en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal contraviene el derecho constitucional de igualdad ante la ley. Estadísticamente a nivel de significancia del 5%, que existen suficientes evidencias para determinar que sí existe relación entre la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los Funcionarios o Servidores Públicos previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal y la vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la ley contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. El método de la presente investigación es el método mixto cualitativo y cuantitativo científico-inferencial.

PALABRAS CLAVE: Igualdad, dignidad, derechos humanos, discriminación, funcionarios y servidores públicos, sanción y punibilidad.

ABSTRACT.

Article 57 of the Criminal Code provides for the suspension of the execution of the sentence that is intended to evade or limit the execution of custodial sentences of not more than four years to avoid the corrupting effect of prison life. Where it states in the last paragraph that the suspension of execution of the sentence is inapplicable to public officials or civil servants convicted of any of the intentional crimes provided for in articles 384 and 387. The purpose of this paper is to know if the regulation of the non-application

of the suspension of the execution of the sentence to the Officials or Public Servants provided for in the last paragraph of Article 57 of the Criminal Code contravenes the constitutional right to equality before the law. Statistically at a significance level of 5%, there is sufficient evidence to determine that there is a link between the non-application of the suspension of execution of the sentence to the Public Officials or Servants provided for in the last paragraph of article 57 of the Criminal Code and Violation of the constitutional right of equality before the law contained in paragraph 2 of article 2 of the Political Constitution of the State. The method of the present investigation is the mixed method qualitative and quantitative scientific-inferential.

KEYWORD: Equality, dignity, human rights, discrimination, civil servants and civil servants, punishment and punishment.

I.- INTRODUCCIÓN.

Si bien el art. 57 del Código Penal permite al Juez suspender la ejecución de la pena cuando la condena no sobrepase los cuatro años, ello no es un derecho del penado, sino una facultad discrecional que la ley ha otorgado a los Jueces. Por ello al momento de otorgar estos beneficios, los magistrados deben observar además el cumplimiento de otros requisitos o cualidades del agente sentenciado.

El problema de la presente investigación es la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios y servidores públicos en los delitos de colusión y peculado. El proyecto de Ley ha sido presentado por la Contraloría General de la República, Ley N° 2529/2013-CGR; mediante el cual se propone la modificación del último párrafo del artículo 57 del Código Penal, finalmente esta ley ha sido aprobado mediante Ley N° 30304, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2015, que modificó el artículo 57 del Código Penal para incorporar el último párrafo, en el que se dispuso que “La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.

La suspensión de la ejecución de la pena a raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 57° del Código Penal, mediante Ley N° 30304 sólo prevé tal inaplicación para los autores por los delitos dolosos de Colusión y Peculado para los Funcionarios y Servidores Públicos, han surgido varios problemas en cuanto a su interpretación y aplicación, conforme en aplicación de los derechos fundamentales de la persona del

artículo segundo numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que consagra a la igualdad ante la ley, tema que analizaremos en la presente investigación.

II. MATERIALES Y METODOS DE INVESTIGACIÓN.

La presente Investigación es de diseño Mixto Cuantitativo y Cualitativo, puesto que la investigación cualitativa tiene por objeto la transformación radical de la realidad social y la mejora del nivel de la vida de las personas, es aquella donde se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales e instrumentos en una determinada situación o problema. En la investigación cuantitativa es aquella en la que se recogen y analizan datos cuantitativos sobre las variables.

Se utilizó el Método Científico, pues permitirá conocimientos susceptibles a verificación, dándonos acierto de probabilidad que facilitará la medición y cuantificación de la realidad; se ejecutará a través del método inferencial que “es el que permite realizar la inducción y la deducción en el proceso de análisis y síntesis de los hechos y fenómenos a investigar (Carrasco, 2005, p.273). Donde en los objetivos se utilizó los casos registrados por el delito contra la administración pública según el estado actual en el año 2015 en el Distrito Fiscal de Puno, y se ha realizado el análisis de sentencias que han aplicado la Ley 30304.

III. DISCUSIÓN TEÓRICO

3.1.- El derecho a la no discriminación.

La real Academia Española recoge dos posibles significados del concepto discriminar, por un lado, el verbo discriminar en sentido neutro, que implica separar, distinguir o diferenciar una cosa de otra, por otro, un sentido negativo, consistente en “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos racionales, religiosos, políticos, etc.

La discriminación se afirma, se funda en un prejuicio negativo por el cual se trata a los miembros de un grupo no como seres diferentes, sino inferiores, siendo el motivo de distinción “más que irrazonable, odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación” (Bilbao Ubillos & Rey Martínez, 2003, pág. 111). Con la discriminación lo que se ataca es la esencia misma de la personas, lo que se encuentra en juego es su dignidad, se las descalifica y segrega por el solo hecho

de pertenecer a un grupo, y no por asuntos o conductas exógenos a la persona misma, sobre las que podría atribuírseles responsabilidad.

En concreto, el derecho a la no discriminación, al igual que el derecho a la igualdad, se encuentra también reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución de 1993 que señala a la letra que “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

De otra parte, conviene mencionar que diversos tratados internacionales ratificados por el Perú que abordan el tema de discriminación e imponen una serie de obligaciones al respecto. Entre ellos se encuentran los tratados generales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tratados especiales como la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros.

Como quiera que la jurisdicción constitucional nazca históricamente como un instrumento de defensa de la Constitución, cabe identificar la noción de Constitución que tiene sentido proteger actualmente a través del Derecho Procesal Constitucional. Por cuanto “la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde este prisma valorativo, desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional” (De La Vega García, 1987)

3.2.- El derecho a la igualdad.

La Constitución peruana enuncia el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”* El contenido del derecho a la igualdad está constituido por un mandato de igualdad. Pero este mandato se convierte, de modo más preciso, en una prohibición de discriminación. Según esto, los destinatarios de este derecho, Estado y particulares tienen prohibido incurrir en actos discriminatorios, es decir, establecer normas o efectuar actos discriminatorios.

El principio de igualdad “representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos”

El principio de derecho a la igualdad ha sido construido como concepto por el artículo, 2 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental. (Constitución política del Perú, 1993) Sobre una noción amplia de proscripción de la discriminación en diversas facetas intrínsecas y extrínsecas: las primeras, en cuanto a cualidades inmateriales de la persona, y las segundas, en tanto pudiera mediar una restricción de entidad particularmente física. Hablar de igualdad constitucional es una tarea central, aunque complicada. Como bien señala Rosenfeld, ello es así porque esta institución es la principal piedra angular del constitucionalismo (Rosenfeld, 2003, pág. 69).

Sin embargo, definir a la igualdad desde el punto de vista jurídico es una tarea por demás compleja. Y es que la indeterminación es una característica de la igualdad; la igualdad es uno de esos conceptos que tienen el inconveniente de perder toda transparencia y evidencia tan pronto como uno se pregunta en qué consisten. En ese sentido, Bobbio ha señalado que para determinar su significado, o si dos entes son iguales o no “es necesario especificar de qué entes se trata y respecto de qué cosas son iguales, o lo que es lo mismo, debe responderse a las preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?’, y b) ‘Igualdad en qué? (Bobbio, 1993, pág. 33 y ss) . La igualdad como principio y derecho “funciona en la medida en que se encuentra conectada con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan”.

3.2.1.- Igualdad en el contenido de la ley.

La igualdad en la ley se puede definir como una exigencia referida a los contenidos de la Ley, en el sentido de que ellos deben satisfacer un determinado estándar de igualdad. El principio de igualdad en esta dimensión representa una cláusula que limita el proceder del Poder Legislativo o del poder normativo en general, y en consecuencia también involucra al poder reglamentario.

En efecto, la igualdad en la ley es un límite para el Legislador, por lo que la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad. Así, el legislador tiene como

límite de su potestad legislativa al derecho a la igualdad en la ley, en tanto este le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a encuadrar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

Por otra parte, la igualdad en la ley no debe entenderse como prohibición de diferenciación, pues la igualdad se entiende como la “exigencia de tratar igual a los que son ‘iguales’ y ‘distinto’ a los que son distintos”. El mandato para el legislador aquí tiene que ver con el hecho que este se encuentra “obligado a justificar de manera adecuada y suficiente las diferencias de trato que introduce en la norma” (Mosquera Monelos, 2006, pág. 23).

En consecuencia, si el TC admite un trato diferenciado, este no puede traducirse en un tratamiento arbitrario basado en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos (Sentencia, 2004). En esa lógica, cabría entender que esta no es una regla carente de requisitos en el ordenamiento peruano: Contrario sensu a lo señalado por el TC en relación a la discriminación, es admisible un trato diferenciado, en la medida que este se sustenta en una base razonable, objetiva y verificable, es decir, en tanto es comprobable en la realidad y admisible constitucionalmente (Gutiérrez Camacho & Sosa Sacio, Igualdad ante la ley. En: La Constitución comentada., 2005, pág. 53).

3.2.2.- Igualdad en la aplicación de la ley.

La igualdad en la aplicación de la ley que obliga a que esta sea aplicada de forma igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación y por tanto prohíbe que el aplicador establezca diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias distintas de las presentes en la propia norma (Gascón Abellán, 2009); en ese sentido se encuentra dirigido a todos los órganos aplicadores de derecho, ya sea la Administración o el Poder Judicial, con distinto alcance.

Más en concreto, esta vertiente de la igualdad ante la ley es una prohibición de modificar de modo arbitrario el sentido de las decisiones jurisdiccionales o administrativas en casos sustancialmente iguales (Fernández Segado, 1997, pág. 182). En esa lógica, la igualdad en la aplicación de la ley se encuentra en estrecha conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad, en la medida que “lo que impide son las decisiones arbitrarias, caprichosas, no fundadas en razones jurídicamente atendibles” (Bilbao Ubillos & Rey Martínez, 2003, pág. 115)

En lo referente a la igualdad en la aplicación en el ámbito jurisdiccional, la doctrina y jurisprudencia españolas han señalado una serie de elementos básicos que determinan si hubo o no afectación a este principio/derecho y, en el mismo sentido, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la mención a este tema se ha realizado en distinta jurisprudencia.

En ese sentido, cuando se exige el respaldo de un pronunciamiento judicial previo (de un precedente judicial) para poder articular un juicio de igualdad en la aplicación de la ley, la igualdad entre órganos administrativos acaba convirtiéndose, cuando se impugna una decisión por la vía subsidiaria del amparo constitucional, en una cuestión de igualdad entre órganos judiciales (Bilbao Ubillos & Rey Martínez, 2003, pág. 115).

3.3.- ¿Por qué se suspende la ejecución de la pena?

Antes de responder la interrogante, es necesario abarcar lo que se entiende por suspensión de la pena. La institución jurídica citada trata de la condena condicional o pena condicionalmente suspendida, Muñoz Conde nos dice que “consiste genéricamente en la suspensión del cumplimiento de la conducta durante un cierto periodo en el que se establece determinadas condiciones que, si son cumplidas permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal” (Citado por Villa Stein). Esta pena responde a criterios del derecho humanitario que propicia darle al sentenciado una oportunidad de probar para el futuro su respeto al orden jurídico, siendo la sobrepoblación penitenciaria un elemento adicional que abona por esta opción. En palabras de Bramont Arias la suspensión de la ejecución de la pena responde al principio de no necesidad de ejecución de la pena. Desde el punto de vista teórico, esta pena se justifica únicamente por la necesidad preventiva, esto es, la ejecución de una pena no es necesaria desde el punto de vista preventivo especial, cuando puede conseguirse también con su suspensión que el sujeto no vuelva a delinquir y desde el punto de vista preventivo general, el efecto intimidatorio se consigue también con la simple amenaza de ejecución de la pena impuesta si el sujeto vuelve a delinquir durante el periodo de prueba. (Bramot Arias Torres, 2008, pág. 356)

El Código Penal prevé en el artículo 57 la suspensión de la ejecución de la pena, teniendo por *finalidad conceder una oportunidad de resocialización a los denunciados*, imputados y acusados por delitos con penas menores a cuatro años, con el propósito de prevenir o limitar la comisión de nuevos delitos, permitiendo que la ejecución de pena privativa de libertad no ocasione un caos en el sistema penitenciario y evitar el efecto corruptor de la

vida carcelaria. El *principio de humanidad*, es otro de los fundamentos de la suspensión de la ejecución de la pena, ello en consideración que constituye uno de los principios fundamentales de todo el sistema punitivo mediante el cual se respeta la dignidad humana.

Es necesario puntualizar que si bien el art. 57 del Código Penal permite al Juez suspender la ejecución de la pena cuando la condena no sobrepase los cuatro años, ello no es un derecho del penado, sino una facultad discrecional que la ley ha otorgado a los Jueces. Por ello al momento de otorgar estos beneficios, los magistrados deben observar además el cumplimiento de otros requisitos o cualidades del agente sentenciado.

3.4.- Exclusión del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena para Funcionarios o Servidores Públicos condenados por delito de Colusión simple y agravada, y peculado doloso.-

Según el Código Penal en el artículo 425 “son Funcionarios o Servidores Públicos los que están comprendidos en la carrera administrativa, que desempeñan cargos políticos o de confianza; que poseen un régimen laboral independiente, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce sus funciones en dichas entidades u organismos”.

La ley 30304 publicada en el diario oficial el Peruano en fecha 28 de febrero de 2015, incorpora el último párrafo al texto original, el mismo que prevé que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387, que corresponden respectivamente a la Colusión simple y agravada, y peculado doloso.

A raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 57 del Código Penal, en cuanto a la inaplicabilidad de la suspensión de la ejecución de la pena para los Funcionarios y Servidores Públicos han surgido varios problemas en cuanto a su interpretación y aplicación, conforme en aplicación de los derechos fundamentales de la persona del artículo segundo numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que consagra a la igualdad ante la ley; Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

De lo señalado resulta eminente que la exclusión del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena obedece a la gravedad del delito perpetrado por el agente, es decir,

que el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, para prever que resulta posible suspender la ejecución de la pena, solo tiene en cuenta el tipo de delito, mas no así la condición del agente, esto es que sea reincidente o no.

3.5.- ¿Es proporcional el trato diferenciado que prevé el último párrafo del artículo 57 del Código Penal?

El medio empleado por el último párrafo del artículo 57 del Código Penal es el trato diferenciado, esto es no permitir a los funcionarios y servidores públicos que cometan delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal, ser beneficiarios con una pena suspendida, a diferencia de aquellos que cometen otros delitos; la finalidad perseguida es la disminución de la criminalidad, no en general, sino especial, al pretenderse que solo funcionario y servidores públicos no vuelvan a cometer los delitos que regula el artículo- 384 y 387 del

Código Penal, ello en consideración que el Estado ha visto en el derecho penal como único medio para combatir la criminalidad.

GRÁFICO No 01



FUENTE Y ELABORACIÓN: El ejecutante

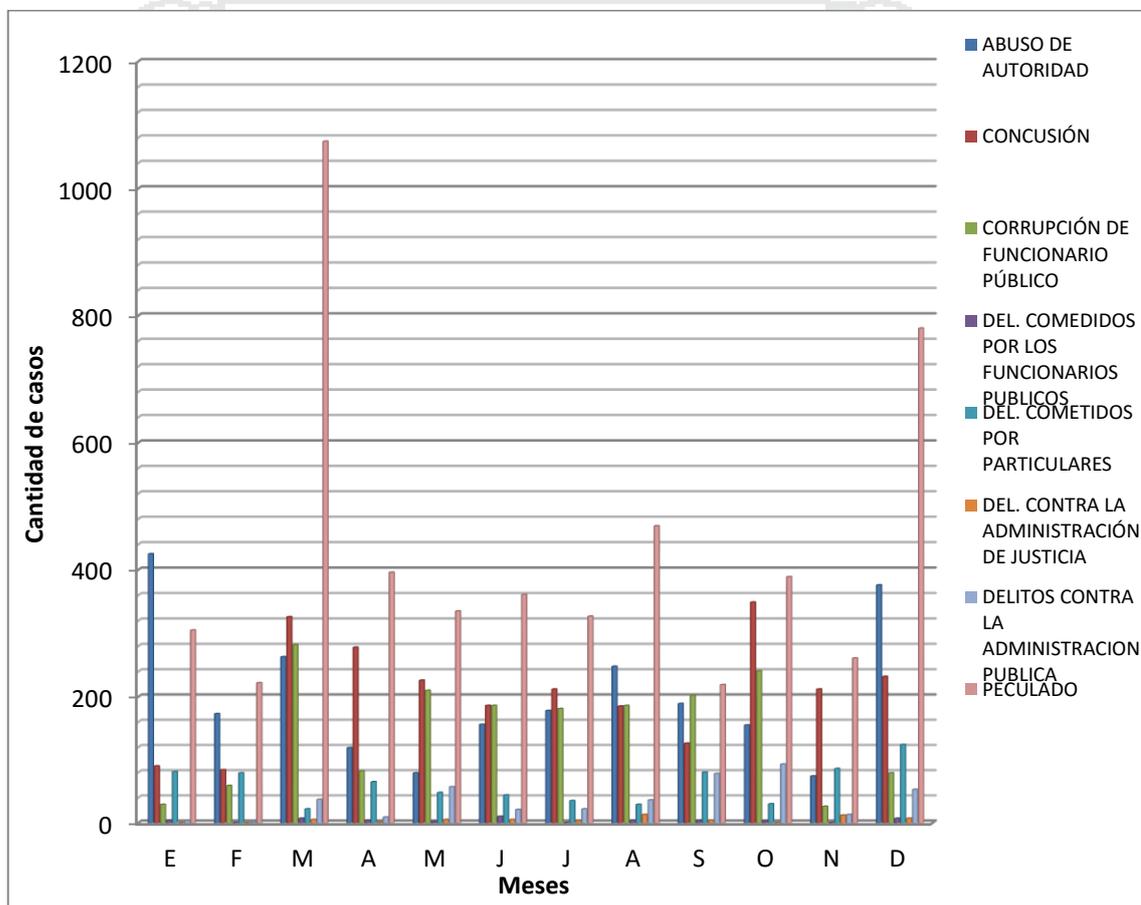
- En cuanto al **medio empleado** del grafico No 01, existe una clara contradicción, esto es entre la justificación de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena y la justificación de la exclusión de dictar sentencia condenatoria suspendida en contra de los funcionarios o servidores públicos que cometan los delitos previsto en el artículo 384 y 387 del Código Penal; ello en consideración que la suspensión de la ejecución de la pena es una facultad del Juez, mas no una obligación, en tal virtud, el Magistrado en se encuentra obligado a analizar cada caso en concreto y si evidencia gravedad, entre otros aspectos, puede dictar sentencia condenatoria, con carácter efectiva, ello resulta

coherente, con el fin resocializador de la pena. La nueva redacción de la norma, convierte la facultad que ostentaba el Juez en una obligación, impidiéndole analizar cada caso en concreto, afectándose con ello no solo el principio de independencia del Poder Judicial, también los fines de la pena.

- Y en cuanto a la **finalidad** perseguida esto lamentablemente no se ha alcanzado, conforme se acredita con el siguiente cuadro, que evidencia que los casos por el delito de Peculado han incrementado al mes de diciembre del 2015.

GRÁFICO No 02.

CASOS DE DENUNCIAS POR LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL AÑO 2015 EN EL DISTRITO FISCAL DE PUNO



FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal
ELABORACIÓN: Gestión de indicadores del Ministerio Público.

Se evidencia del gráfico N° 02, podemos apreciar que existen el 10.5% de casos de concusión y 39.26% de casos de Peculado denunciados, lo que demuestra que existe un gran porcentaje precisamente que se perjudican con la Ley 30304 que modifica el artículo 57 del Código Penal que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en éstos delitos.

Por otro lado, es tener en consideración que la población penitenciaria nacional muestra un aumento continuo en los últimos años. Uno de los problemas más serios que se ha puesto de manifiesto en los últimos tiempos es la sobrepoblación penal y el hacinamiento. Una de las principales causas de esta alarmante situación es la existencia de una política criminal que prioriza la represión a través de normas penales sobre penalizadoras, esto es la agravación de la penas como ocurre con la exclusión de suspensión de ejecución materia de investigación.

En tanto se tiene acreditado que el trato diferenciado (exclusión – prohibición de ejecución suspendida de la pena) prevista en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal no resulta idóneo para alcanzar la finalidad perseguida, en tanto dicho trato diferenciado es discriminatorio por atentar contra el principio de proporcionalidad, específicamente al sub principio de adecuación, ello porque la exclusión – prohibición de la ejecución suspendida de la pena no se pronuncia respecto de la finalidad de la medida adoptada, que a través de ella se pretendió frenar el avance de la conducta delictiva anotada prevista en el artículo 384 y 387 del Código Penal, a fin de preservar el bien jurídico protegido por la ley, no obstante, no se trasluce relación alguna entre la medida adoptada y la finalidad de la misma, dado que con la mayor represión penal, traducida en la agravación de las penas, surgida como consecuencia de la exclusión del beneficio de suspensión de la pena, no sólo no se ha conseguido la disminución de la delincuencia, sino que ésta se ha incrementado considerablemente, habiéndose canalizado inclusive a la realización de otras figuras delictivas, para los cuáles no se encuentra vigente limitación alguna al momento de obtener un beneficio de suspensión de ejecución de la pena. En consecuencia se concluye que el último párrafo del artículo 57 del Código Penal vulnera el principio de igualdad ante la ley al haber realizado diferencias en función de la naturaleza de las figuras delictivas, sin que para ello haya respetado los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

En consecuencia ante esta situación, dicha norma penal contraviene al principio de las cláusulas de la Constitución del Perú por la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los Funcionarios y Servidores Públicos, es decir dicha norma introduce una discriminación, desigualdad de trato irrazonable y desmedido, sin fundamentación objetiva suficiente, que impide un resultado jurídico legítimo, si para la aplicación de esta pena suspendida también se considera el estado de hacinamiento en el que se encuentran las cárceles.

3.6.- Examen de la necesidad del tratamiento diferente que impide la suspensión de la ejecución de la pena.

Superado el examen de idoneidad, procede, ahora, examinar el tratamiento diferenciado a la luz del subprincipio de necesidad. Conforme se precisó, dos aspectos han de analizarse bajo este principio: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización el objetivo y, b), si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la del cuestionado.

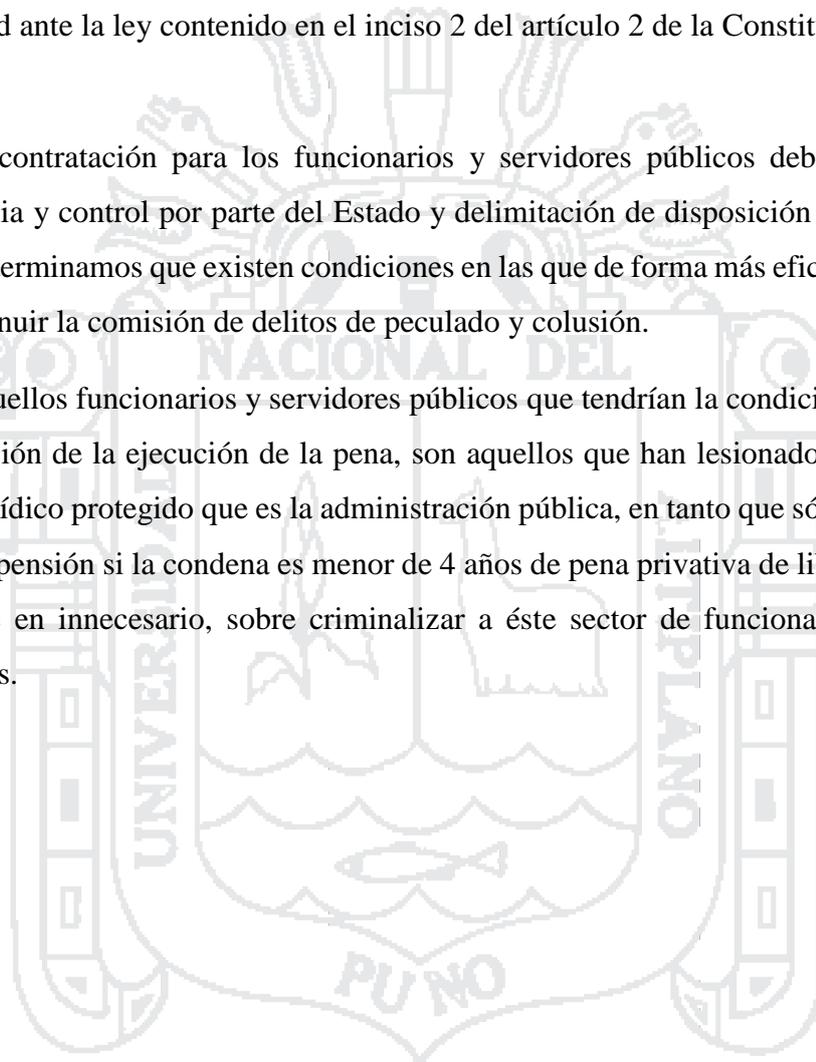
Los medios alternativos. Aquellos funcionarios y servidores públicos que tendrían la condición y derecho a la suspensión de la ejecución de la pena, son aquellos que han lesionado mínimamente el bien jurídico protegido que es la administración pública, en tanto que sólo tienen derecho a la suspensión si la condena es menor de 4 años de pena privativa de libertad, por lo que deviene en innecesario, sobre criminalizar a éste sector de servidores y funcionarios públicos.

Un tratamiento discriminatorio en función de la realidad criminal por la que los funcionarios y servidores públicos no pueden acceder a la suspensión de la ejecución de la pena no es conducente a la consecución de la idoneidad de los efectos de la sanción punitiva contra la corrupción. Evidentemente, el legislador es libre de optar por cualquier medio conducente a la realización u optimización de un bien o principio constitucional como, en este caso, el de sanción diferenciadora; sin embargo, el medio adoptado no debe ser discriminatorio. En consecuencia, el tratamiento diferenciado no supera el test de necesidad.

Por estos fundamentos, es que habiendo realizado la investigación se determina la inconstitucionalidad de: La modificación del artículo 57 del Código Penal, establecida por la Ley 30304 que determina la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal.

IV. CONCLUSIONES.

- 1.- Estadísticamente a nivel de significancia del 5%, que existen suficientes evidencias para determinar que sí existe relación entre la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los Funcionarios o Servidores Públicos previsto en el último párrafo del artículo 57 del Código Penal y la vulneración del derecho constitucional de igualdad ante la ley contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.
- 2.- La contratación para los funcionarios y servidores públicos debe ser con mayor exigencia y control por parte del Estado y delimitación de disposición de bienes; con lo cual determinamos que existen condiciones en las que de forma más eficaz se puede tratar y disminuir la comisión de delitos de peculado y colusión.
- 3.- Aquellos funcionarios y servidores públicos que tendrían la condición y derecho a la suspensión de la ejecución de la pena, son aquellos que han lesionado mínimamente el bien jurídico protegido que es la administración pública, en tanto que sólo tienen derecho a la suspensión si la condena es menor de 4 años de pena privativa de libertad, por lo que deviene en innecesario, sobre criminalizar a éste sector de funcionarios y servidores públicos.



V.- REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

- Contitución politica del Perú.* (1993). Lima.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.* (2001).
- Sentencia, Exp. N° 1399-2001-AA/TC (09 de Octubre de 2004).
- Sentencia, 2235-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 15 de 03 de 2004).
- Bilbao, J. M., & Rey, F. (2003). *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española.* Mexico.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad.* Barcelona.Paidós ibérica
- Bramot, L. M. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte General.* Lima: Eddili, 4ª edición.
- Carrasco, S. (2005). *Metodología de la investigación científica.* Lima-Perú: San Marcos.
- Citado por Villa Stein, J. (s.f.). *Derecho Penal- parte general.* Lima: san Marcos.
- Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos, no discriminación. (s.f). *comité de derechos humanos.*
- De La Vega García, P. (1987). *Estudios Políticos Constitucionales.* México.
- Fernández, F. (1997). *El principio de igualdad jurídica y no discriminación.* Lima.
- Gascón, M. (2009). *Igualdad y respeto al precedente.*En: *Derechos y Libertades.* España.
- Gutiérrez C., W., & Sosa, J. M. (2005). *Igualdad ante la Ley. En: la Constitución Comentada.* Lima: Gaceta Juridica.
- Hernandez, F. (1988). *Metodología de la Investigación.* México: Limusa.
- Mosquera, S. (2006). *El derecho fundamental de igualdad.* Lima: Palestra Editores.
- Rojas, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública.* Lima: Grijley.
- Rosenfeld, M. (2003). *Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. En: Miguel Carbonell (compilador). El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción. Comisión Nacional de derechos Humanos.* México.