



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS



**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA SUSTENTAR LA INCORPORACIÓN DE
LA PENA DE MULTA COMO SANCIÓN PRINCIPAL EN LOS DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CONTENIDOS EN LOS
ARTÍCULOS 379, 380, 385, 390 Y 391 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**

TESIS

Para Optar el Título Profesional de

ABOGADO

Presentado por el Bachiller:

DOMER ADOLFO LOZANO RODRÍGUEZ

Asesor:

DR. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

CAJAMARCA – PERÚ

Noviembre, 2019

A:

Mi padre hasta el cielo y a mi madre.

Mi agradecimiento especial a mi asesor de tesis, Dr. Juan Carlos Tello Villanueva y a Steffany, por su apoyo constante.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	12
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	12
1.1.1. Contextualización o problemática	12
1.1.2. Descripción del problema	14
1.1.3. Formulación del problema	16
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: Delimitación del Problema.....	17
1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN	18
1.4.1. De acuerdo al fin que se persigue	18
1.4.2. De acuerdo al diseño de investigación	18
1.4.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.	18
1.5. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:	18
1.5.1. Genéricos.....	18
1.5.2. Propios del Derecho	19
1.6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	19
1.6.1. Observación Documental	19
1.7. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	20
1.7.1. Registro De Datos	20
1.8. HIPÓTESIS	20

1.9. VARIABLES	20
1.10. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.11. Estado de la cuestión	21
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	22
2.1. Teoría del Delito	22
2.2. Sistema de Consecuencias Jurídicas Penales del Delito	23
2.2.1. Monista	23
2.2.2. Dualista	24
2.2.3. Vicarial	25
2.3. Sistema de Consecuencias Jurídicas del Delito	25
2.3.1. Consecuencias Civiles	26
2.3.2. Consecuencias Penales	27
2.4. Tipos de Penas	32
2.4.1. Privativa De La Libertad	32
2.4.2. Restrictiva De La Libertad	33
2.4.3. Limitativa De Derechos	37
2.4.4. Multa	40
2.5. Fines De La Pena	41
2.5.1. Teoría Retributiva	44
2.5.2. Teoría Relativa	46
2.5.3. Teoría Mixta	58

2.6.	De La Pena De Multa	62
2.6.1.	Evolución de la pena de Multa	66
2.6.2.	La pena de multa en la reforma penal	67
2.6.3.	La pena de multa en la jurisprudencia nacional.....	68
2.7.	DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	69
2.7.1.	Administración Pública	69
2.7.2.	Función Pública	70
2.7.3.	Funcionarios Públicos y Servidores Públicos	70
2.7.4.	De los Delitos Analizados.....	71
	A. Artículo 379 del Código Penal.- Requerimiento	
	indebido de la fuerza pública.....	71
	B. Artículo 380 del Código Penal.- Abandono de cargo	
	por funcionario público.....	72
	C. Artículo 385 del Código Penal.- Patrocinio ilegal.....	73
	D. Artículo 390 del Código Penal.- Retardo injustificado	
	de pago.....	74
	E. Artículo 391 del Código Penal.- Rehusamiento a la	
	entrega de bienes a la autoridad.	76
2.8.	El Principio De Proporcionalidad.....	77
2.8.1.	Sub Principio de Idoneidad	78
2.8.2.	Sub Principio de Necesidad	79
2.8.3.	Sub Principio de Proporcionalidad	79

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	80
3.1. Aplicación del principio de proporcionalidad	80
3.2. Satisfacción de los fines preventivos generales y especiales de la pena	89
CONCLUSIONES	92
RECOMENDACIONES	94
CAPÍTULO IV: PROPUESTA NORMATIVA	95
LISTA DE REFERENCIAS	97

LISTA DE ABREVIACIONES

CP. : Código Penal

CPP. : Código Procesal Penal

Art. : Artículo

BJP : Bien Jurídico Protegido

D. L. : Decreto Legislativo

D. S. : Decreto Supremo

RESUMEN

En las últimas modificatorias realizadas al Código Penal peruano, se ha incidido en la represión penal y el incremento de las penas en los delitos considerados graves o que representen en sí una afectación o puesta en peligro grave del Bien Jurídico protegido, dejando de un lado a los delitos que son considerados menores o de menor gravedad o lesividad; sin embargo, se ha seguido manteniendo la pena privativa de la libertad como sanción principal, sin tener en cuenta que se trata de la más severas de todos los tipos de penas recogidos por nuestro ordenamiento jurídico; por lo que, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad al momento de determinar el tipo de sanción a imponerse de acuerdo a la conducta delictiva, como la satisfacción de los fines preventivo generales y especiales de la pena con la imposición de la sanción determinada, el autor sustenta la incorporación de la pena de multa como sanción principal en los delitos analizados, corroborado de tal manera la hipótesis planteada.

PALABRAS CLAVES: Pena de multa, Pena privativa de la libertad, necesidad de la medida, afectación al bien jurídico protegido, fin constitucionalmente protegido.

ABSTRACT

In the last amendments made to the Peruvian Criminal Code, criminal repression and the increase in penalties for crimes considered serious or that represent a serious affectation or endangerment of the protected Legal Good have been affected, leaving aside crimes that are considered minor or minor or harmful; however, the custodial sentence has continued to be the main sanction, without taking into account that it is the most severe of all types of penalties collected by our legal system; Therefore, taking into account the principle of proportionality when determining the type of sanction to be imposed according to criminal conduct, such as the satisfaction of the general and special preventive purposes of the penalty with the imposition of the determined sanction, the The author supports the incorporation of the fine as the main sanction in the crimes analyzed, thus corroborated the hypothesis.

KEY WORDS: *Penalty of fine, Penalty deprived of liberty, necessity of the measure, affectation to the protected legal good, constitutionally protected purpose.*

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, nos centramos en el estudio de los delitos contenidos en los artículos 379 requerimiento indebido de la fuerza pública; 380 abandono de cargo por funcionario público; 385 patrocínio ilegal; 390 retardo injustificado de pago y el 391 rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, del Código Penal peruano, los mismos que no han sido incluidos dentro de las últimas modificatorias y el incremento de las sanciones impuestas, al ser considerados como delitos menores o que representan una lesividad menor, siendo así, surge la tesis de sustituir la pena privativa de libertad, la misma que es impuesta como sanción principal entre otros para estos delitos, por la pena de multa, hacemos un desarrollo de los fundamentos en los que se sustenta dicha tesis.

Iniciando por estudiar los tipos de sanciones que recoge nuestro ordenamiento jurídico, tanto la privativa de libertad, la limitativa de derechos, la restrictiva de la libertad y la multa, como sanciones que pueden ser impuestas de manera principal, pasando al desarrollo de la descripción de lo que se considera delito y los conductas que ameritan la imposición de una pena o una medida de seguridad, tomando además como referencia a las consecuencias civiles provenientes del delito, con la finalidad de diferenciarlas de la pena de multa y la naturaleza jurídica que sustenta a cada una de ellas.

También se realizó un análisis de los fines de la pena y las teorías que los desarrollan, para tener en cuenta como directriz en la evaluación para imponer una sanción penal a las conductas consideradas como delictivas.

Se desarrolla además de manera detallada la pena de multa, el surgimiento, evolución histórica y fundamento por el cual surge la imposición de dicha pena, así como la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico y su evolución legislativa.

Finalmente se desarrolla el principio de proporcionalidad como base fundamental para la imposición de la pena de multa como sanción principal en los delitos analizados, respecto de la pena que tienen actualmente, es decir, la pena privativa de la libertad, para lo cual se desarrollan cada uno de los sub principio que contiene este principio general; concluyendo que en observancia al principio de necesidad y teniendo en cuenta la lesividad del bien jurídico protegido, así como la lesividad de las conductas analizadas, la pena de multa resulta más adecuada para la sanción de dichos delitos.

Finalmente se propone la incorporación de la multa como sanción principal en los delitos contenidos en los artículos 379 requerimiento indebido de la fuerza pública; 380 abandono de cargo por funcionario público; 385 patrocínio ilegal; 390 retardo injustificado de pago y el 391 rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, del Código Penal peruano, proponiendo la modificatoria del texto penal que los contiene.

CAPÍTULO I

ASPÉCTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización o problemática

Nuestro ordenamiento jurídico penal, de manera general, se encuentra dividido en tres libros, el primero, que desarrolla todas las cuestiones generales del tratamiento y desarrollo penal; el libro segundo, se encarga del desarrollo y tratamiento de las conductas que son consideradas como delitos y que ameritan un tratamiento y sanción penal correspondiente; finalmente, tenemos el libro tercero, que desarrolla lo correspondiente a las faltas, las cuales no tienen un tratamiento penal estricto.

Cada uno de los libros presentan sub divisiones; no obstante, nos ubicaremos y centraremos en el análisis del libro segundo, el cual se encuentra dividido en XIX títulos, que para nuestra investigación, nos ubicamos en el título XVIII, el mismo que se encuentra dividido en capítulos, cuyo capítulo bajo análisis será el II, referido a los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios y servidores públicos.

Los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios y servidores públicos, han sido objeto de modificaciones constantes, en las que se ha incidido en las medidas de represión a los mismos, por ejemplo, las modificatorias incluidas en la ley número 30111 que incorpora la multa como pena conjunta en la

mayoría de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios y servidores públicos, que ascendía desde los ciento cincuenta, hasta los setecientos treinta días multa, estos delitos son: artículo 382. (Concusión); artículo 384. (Colusión simple y agravada); artículo 387. (Peculado doloso y culposo); artículo 388. (Peculado de uso); artículo 389. (Malversación); artículo 393. (Cohecho pasivo propio); artículo 393-A. (Soborno internacional pasivo); artículo 394. (Cohecho pasivo impropio); artículo 396. (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales); artículo 397. (Cohecho activo genérico); artículo 397-A. (Cohecho activo transnacional); artículo 398. (Cohecho activo específico); artículo 399. (Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo); artículo 400. (Tráfico de influencias); finalmente, tenemos el artículo 401. (Enriquecimiento ilícito)¹, así como la incorporación de la pena de inhabilitación mediante el Decreto Legislativo número 1243 mediante el cual, el poder ejecutivo, en su artículo segundo, dispone la modificación de los artículos 38, 69, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393-A, 397, 397-A, 398, 400, 401 y 426 del Código Penal, estableciendo la pena de inhabilitación principal en los delitos contra la administración pública, así como también se dispone ampliar el plazo de duración de la misma²; sin embargo, existe un reducido número de delitos, que no han sido afectados por las mencionadas modificatorias; nos referimos al caso de los delitos de: requerimiento

¹ Mediante la ley número 30111, publicada en el diario oficial El Peruano el veintiséis de noviembre del dos mil trece.

² Decreto Legislativo número 1243, de fecha veintidós de octubre de dos mil dieciséis.

indebido de la fuerza pública (artículo 379 del Código Penal); abandono de cargo por funcionario público (artículo 380 del Código Penal); patrocinio ilegal (artículo 385 del Código Penal); retardo injustificado de pago (artículo 390 del Código Penal); finalmente tenemos el de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (artículo 391 del Código Penal).

1.1.2. Descripción del problema

En los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios y servidores públicos, desarrollados en el Código Penal peruano, podemos advertir que en su mayoría cuenta con penas privativas de la libertad elevadas, esto en virtud a la gran lesividad y perjuicio que implica su comisión³; no obstante, existen delitos que son sancionados con penas privativas de libertad notoriamente menores.

Es así que tenemos el caso del delito de requerimiento indebido de la fuerza pública, tipificado en el artículo 379 del Código Penal, el cual establece una pena no mayor de tres años de privativa de la libertad, así mismo, el delito de abandono de cargo por funcionario público, regulado en el artículo 380 del Código Penal, establece en su tipo básico una pena no mayor de dos años de privativa de la libertad, conteniendo un tipo agravado que prescribe una pena no mayor a los tres años de privativa de la libertad; de igual forma,

³ Véase la exposición de motivos del proyecto de ley número 2470/2012, ley que incorpora la pena de multa en los delitos de corrupción; que en el punto 1.3. refiere que se incluye la pena de multa para los delitos con mayor relevancia, gravedad e incidencia en el medio.

debemos referirnos al delito de patrocínio ilegal, el cual lo encontramos estipulado en el artículo 385 del Código Penal, estableciendo un margen punitivo no mayor a los dos años de pena privativa de la libertad, alternativamente se establece la prestación de servicios comunitarios entre veinte y cuarenta jornadas; el mismo caso se presenta para el delito de retardo injustificado de pago, tipificado en el artículo 390 del Código Penal, el mismo que consigna que la pena a imponerse no debe sobrepasar los dos años de privativa de la libertad; finalmente, tenemos el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, recogido en el artículo 391 del Código Penal, que establece que la pena a imponerse por la comisión del presente delito, no debe sobrepasar los dos años de privación de la libertad.

Nuestro ordenamiento jurídico penal, prescribe varios tipos de penas⁴, así como también se prescribe la posibilidad de aplicar dos de ellas en forma conjunta.

En atención a ello, se prescriben penas de mayor o menor gravedad, de acuerdo al delito cometido y la lesividad o puesta en peligro que represente la comisión del delito, buscando que dicha pena, cumpla con los fines y funciones de la misma, si bien en la mayoría de los delitos contra la administración pública se ha preferido imponer la pena privativa de la libertad y en su mayoría son penas que

⁴ Artículo 28 Código Penal (Clases de penas)

Las penas aplicables de conformidad con este código son:

1. Privativa de libertad;
2. Restrictiva de libertad;
3. Limitativa de derechos;
4. Multa.

sobrepasan los cuatro años de privativas de la libertad; no obstante, existe un grupo reducido de delitos, a los cuales hemos hecho referencia anteriormente, que cuentan con penas significativamente menores a los otros delitos y menor de cuatro años de privativa de la libertad, en tal sentido, respecto de estos delitos, corresponde analizar si se fundamenta la incorporación de la pena de multa como sanción conjunta de la pena privativa de la libertad, con la finalidad de lograr que se cumplan los fines y funciones de la pena.

En este contexto, luego de haber hecho las precisiones en los considerandos anteriores, nos formulamos la siguiente pregunta de investigación.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la incorporación de la pena de multa como sanción principal en los delitos contra la administración pública, contenidos en los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del Código Penal peruano?

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia de la presente investigación, radica en que propondremos la incorporación de la pena de multa como sanción conjunta principal en delitos contra la administración pública, que representan una menor lesión al bien jurídico protegido, pero que no han sido afectados por las modificatorias realizadas al general de los delitos contra la administración pública que tienen penas más elevadas, en respeto de los principio de

proporcionalidad y de resocialización, ligado al análisis y estudio de los fines y funciones de la pena.

Además, busca brindar una visión específica de los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la incorporación de la pena de multa como sanción principal en los delitos bajo análisis, sustentando las razones por las que se debe prescindir de la pena privativa de la libertad para tales delitos.

Bajo esas líneas, el camino a seguir en el desarrollo de la presente, involucrará la obtención de información bibliográfica, así como el respectivo análisis de la misma, además de interpretarse la norma hermenéuticamente, es decir, buscando el contexto en el que fue emitida e incorporada, en el caso de la pena de multa como sanción principal, al ordenamiento jurídico.

Finalmente, la presente investigación es trascendente en la medida que aportará información teórica relacionada a la pena de multa, su origen histórico y evolución legislativa en nuestro país, así como la aplicación de dicha pena como sanción conjunta principal en los delitos analizados.

1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: Delimitación del Problema

Espacial: Territorio peruano

Temporal: Hemos analizado los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del Código Penal peruano vigente, promulgado el tres de abril de mil novecientos noventa y uno, mediante Decreto Legislativo número 635, publicado el día ocho de abril de mil novecientos noventa y uno.

1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.4.1. De acuerdo al fin que se persigue

Básica: Consideramos que la presente investigación es de tipo básica, debido a que se realizó un estudio teórico de determinados artículos del Código Penal peruano.

1.4.2. De acuerdo al diseño de investigación

Explicativa – Propositiva: En la presente investigación se ha realizado un análisis descriptivo del problema, proponiéndose una posible solución.

1.4.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

Cualitativo: Es el enfoque que hemos dado a la presente investigación, pues hemos analizado y comprendido el problema planteado, así como la solución a través de la recolección de datos sin indicadores numéricos.

1.5. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

1.5.1. Genéricos

Analítico: Hemos utilizado este método, debido a que hemos analizado el problema de la eficacia de la sanción a imponerse en los delitos analizados, para así poder sustentar la incorporación de la pena de multa como sanción principal.

1.5.2. Propios del Derecho

Dogmático: La presente investigación también es de tipo Dogmático-Jurídica, debido a que hemos realizado el estudio del ordenamiento jurídico, en cuanto a las instituciones, derechos y garantías que este contiene, así como su interpretación, aplicación y respeto de ellas; en específico, analizaremos los delitos de requerimiento indebido de la fuerza pública, tipificado en el artículo 379 del Código Penal; el delito de abandono de cargo por funcionario público, regulado en el artículo 380 del Código Penal; el delito de patrocinio ilegal, el cual lo encontramos estipulado en el artículo 385 del Código Penal; el delito de retardo injustificado de pago, tipificado en el artículo 390 del Código Penal, finalmente tenemos el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, recogido en el artículo 391 del Código Penal.

1.6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. Observación Documental

Hemos manejado la presente técnica, debido a que nos apoyaremos en la documentación que poseemos; es decir, disposiciones legales, doctrinales; teorías que son esenciales en el derecho penal, como por ejemplo la teoría de la pena.

1.7. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. Registro De Datos

A lo largo de la presente investigación nos hemos apoyado del registro de datos, utilizando las diferentes fichas que existen para tal fin.

1.8. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que sustentan la incorporación de la pena de multa como sanción principal en los delitos contra la administración pública, contenidos en los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del Código Penal peruano, son:

A.- Aplicación del principio de proporcionalidad.

B.- Satisfacción de los fines preventivos general y especial de la pena.

1.9. VARIABLES

Por la naturaleza de la presente investigación (dogmática), este criterio no se aplica.

1.10. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.10.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos que sustentan la incorporación de la pena de multa como sanción principal en los delitos contra la administración pública, contenidos en los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del Código Penal peruano.

1.10.2. Específico

- A. Desarrollar los fines y funciones de la pena, así como los tipos de pena reconocidas por nuestro Ordenamiento Jurídico.
- B. Analizar los delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios y servidores públicos, contenidos en los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del Código Penal peruano.
- C. Analizar el principio de proporcionalidad.
- D. Formular una propuesta de modificatoria de los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del Código Penal peruano, para la incorporación de la pena de multa como sanción principal.

1.11. Estado de la cuestión

Luego de haber sido hecha la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) portal de búsqueda de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU) hasta el momento de la elaboración de la tesis, no se han encontrado trabajos que contengan el mismo objetivo ni lo que en el presente trabajo de investigación se desarrolla.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Teoría del Delito

Entendemos por delito a la infracción de una norma jurídica penal, la misma que contiene en sí un mandato prohibitivo y que como consecuencia del mismo es la imposición de una sanción penal.

El concepto material de delito refiere a la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. Mientras que mediante el "concepto formal de delito", la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político-criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como "protección subsidiaria de bienes jurídicos" (Roxin, 1997). Delito, entendido en el sentido más general de la expresión, será una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado como tal por órganos legislativos con competencia para ello. Lo que caracteriza a todo comportamiento desviado y, por consiguiente, también al delito, es su divergencia respecto de los modelos aceptados de conducta, es decir, de los comportamientos que cumplen con las expectativas sociales institucionalizadas. Estas expectativas se expresan en normas, o sea, a través de la comunicación de deseos en la forma de órdenes o imperativos (Bacigalupo, 1999).

La teoría del delito es, en primer lugar, el medio técnico jurídico para establecer a quién se debe imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente (Bacigalupo, 1999, pág. 199).

La definición del delito en un sistema de derecho penal de hecho podría encararse, en principio, desde dos puntos de vista. Si lo que interesa es saber lo que el derecho positivo considera delito (problema característico del juez), la definición podría lograrse recurriendo a la consecuencia jurídica del hecho concreto; en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley. Por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema característico del legislador), esa definición no servirá, pues no podrá referirse a la pena, sino que deberá hacerlo al contenido de la conducta. Dicho de otra manera: la definición del delito dependerá, en principio, de si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos punibles o los que son merecedores de pena. El primer concepto dio lugar a un llamado concepto "formal" del delito, mientras el segundo fue designado como concepto "material" del mismo. Sobre todo, bajo el imperio del positivismo legal, ambos conceptos se mantuvieron estrictamente separados debido a la particular distinción de aquél entre la aplicación del derecho y la creación del derecho, es decir, entre la dogmática jurídica y la política (Bacigalupo, 1999).

2.2. Sistema de Consecuencias Jurídicas Penales del Delito

2.2.1. Monista

La tesis monista propugna un solo medio de lucha contra la delincuencia (penas o medidas de seguridad), es decir, propone la

fusión en un solo instituto de las penas y las medidas de seguridad, se pretendía aquí la disolución de las penas con su aval de garantías en las medidas de seguridad. El juez debe tener como única referencia las necesidades preventivas del condenado, por lo que, desde esta óptica, no solo sería indeterminada la duración de la medida, sino también su propio contenido. No dependerían ambas circunstancias de la gravedad del delito, sino del perfil criminal del autor y de la evolución de la ejecución. (Mapelli Caffarena, 2011).

2.2.2. Dualista

Este sistema de penas, ya define y diferencia claramente entre las medidas de seguridad y las penas, el momento de su aplicación y las condiciones de la misma.

Mapelli Cafarena menciona que, a diferencia del planteamiento anterior, aquí se trata de establecer diferencias entre las penas y las medidas de seguridad y, por tanto, establecer el orden en que deberían cumplirse ambas. Este sistema propone que la medida de seguridad debe empezar a aplicarse en tanto el condenado haya cumplido con la totalidad de la pena, en otras palabras propone un orden secuencial pese a que con ello la medida de seguridad carezca de todo sentido al haber desaparecido la peligrosidad. Se critica esta posición también ya que en muchos casos a falta de instalaciones alternativas, la medida tendría lugar en una prisión, lo que conllevaría al cumplimiento de una doble condena. (2011)

2.2.3. Vicarial

El sistema vicarial se traduce en una síntesis entre el monismo y el dualismo que permite la fungibilidad entre penas y medidas de seguridad con el propósito de asegurar los fines preventivos. La principal característica del sistema que tratamos, reside en el plano de la ejecución de la pena y la medida, no sólo en la posibilidad de aplicar primero la medida, sino que la ejecución de esta sustituya o haga innecesaria la posterior ejecución de la pena, computándose en todo caso, a los efectos del eventual cumplimiento de la última medida. Bajo estas líneas, es de verse que nuestro sistema penal al igual que otras legislaciones modernas, contempla normativamente el sistema en mención, toda vez que diferencia legalmente la pena de la medida de seguridad, pues mientras la primera reprime comportamientos socialmente insoportables; pero limitados por el principio de culpabilidad, la medida de seguridad se encuentra restringida por el principio de proporcionalidad. (Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal Parte General Tomo II, 2011)

2.3. Sistema de Consecuencias Jurídicas del Delito

Las consecuencias jurídicas del delito, son definidas como todas aquellas que se desprenden de la verificación del delito como ente y de la relación de autoría que media entre este y un sujeto imputable. En el sistema penal peruano, buscan en primer lugar sancionar al sujeto que es hallado culpable (penas y medidas de seguridad), y por otro lado instrumentan

mecanismos accesorios que hacen que el infractor de la ley penal interiorice el costo de sus actos. El sistema que a continuación se desarrollará seguirá un modelo tradicional, ya que estará constituido por aquellas consecuencias que le atañen solamente a la persona natural, como sujeto de derecho. (Pérez Arroyo, 1996)

2.3.1. Consecuencias Civiles

A. La Reparación Civil

“Se entiende por responsabilidad civil la obligación que debe asumir una persona para reparar el daño originado como consecuencia de haber vulnerado con su conducta los derechos de otros.” (Mapelli Caffarena, 2011). En cuanto a su naturaleza jurídica, esta viene a ser la misma que la naturaleza de la responsabilidad extracontractual, por lo tanto, es menester analizar los presupuestos que se requieren para su nacimiento.

La conducta típica; es necesario verificar la existencia de una acción u omisión que se adecue al tipo de una infracción penal.

Una legítima expectativa indemnizable; es decir que sea cierta, actual y determinable, es decir, que el órgano judicial pueda determinar el hacer o no hacer que corresponda para la compensación del daño.

Relación de causalidad; es decir que nazca directamente por los daños y perjuicios causados por la comisión del delito.

El Código Penal Peruano, específicamente en el artículo 93, señala que; la reparación comprende a) la restitución del bien o, si no es posible el pago equivalente a su valor y b) La indemnización de los daños y perjuicios.

2.3.2. Consecuencias Penales

A. Las Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad son otras de las consecuencias jurídicas del delito y son definidas como la privación o restricción de bienes jurídicos que vienen a ser aplicadas en función de la peligrosidad del sujeto que ha cometido un hecho definido en la ley como delito. Sin embargo, no se hace referencia aquí a la comisión de un delito, sino que se habla de un estado peligroso; así como tampoco se basa en la culpabilidad, sino en la peligrosidad que el agente demuestra como consecuencia de la enfermedad o situación de inimputabilidad.

Los presupuestos para la imposición de las medidas de seguridad son:

La peligrosidad del sujeto; peligrosidad que debe ser criminal y no meramente social, es decir que siempre debe partir de la

existencia o realización de un hecho típico y antijurídico, aunque no culpable.

La peligrosidad post-delictual; la peligrosidad no se debe sustentar en la probabilidad de comisión delictual por las meras condiciones personales del agente, sino que más bien debe existir la verificación objetiva de un evento criminal en el que el sujeto a asegurar sea el autor o partícipe.

El ordenamiento peruano reconoce en su articulado dos tipos de medidas de seguridad; el internamiento y el tratamiento ambulatorio, define el primero como el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia, no pudiendo exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. En cuanto al tratamiento ambulatorio, establece que será aplicado conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación, pues representa un tratamiento adecuado para que el sujeto recupere la salud mental.

B. La Pena

Toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. La culpabilidad del sujeto es la base de la medición de

la pena. Por tanto, si falta la culpabilidad, p.ej. por trastornos mentales o por un error de prohibición invencible, está excluida la punición del sujeto. En cambio, aunque falte la culpabilidad, es perfectamente posible imponer una medida de seguridad si el sujeto como consecuencia de su estado es peligroso para la colectividad (Roxin, 1997).

Von Liszt —siguiendo a Von Jhering, para quien el derecho penal jugaba sólo un papel marginal— desencadena la «idea de fin en derecho penal» lo que fundamentalmente significa que la pena no tiene un sentido para el autor penal, sino que únicamente le coerce: «la pena es coerción» en forma de «corrección», «intimidación» o «inocuidación»; lo último se aplica a los «incorregibles», y éstos son considerados como «males cancerígenos», como «fenómeno social patológico», como «el estado mayor de los principales adversarios del orden social» etc., es decir, como —sit venia verbo— bestias inteligentes (Jakobs, 2004, pág. 56).

La pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad (Jakobs, 1998).

La sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin, la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios; siendo que la sanción consiste en una limitación de los medios materiales del infractor de la norma (Jakobs, 1998).

En el derecho positivo, la pena es un mal que se impone en cuanto tal mal como respuesta a la comisión de un delito. Mir Puig citando los términos de Grocio, refiere que: *Poena est malum passionis, quod inflingitur propter mahim actionis.*

Siendo la pena un castigo impuesto en proporción al mal del delito (Mir Puig, 2003).

La pena es entendida como “la institución de derecho Público por la cual se le priva de un derecho a una persona imputable como consecuencia de una infracción criminal impuesta en una sentencia firme por un órgano judicial” (Mapelli Caffarena, 2011).

Señala además el autor que la primera característica que esta institución posee es su naturaleza pública, pues pertenecen al derecho público y dentro de él, son objeto de regulación en la legislación penal, representando ello una garantía de protección al condenado frente a reacciones vindicativas y desproporcionadas de las propias víctimas. En segundo lugar, se encuentra el carácter aflictivo de la pena, al estar aquella concebida como un daño sin el cual no se podría afirmar la vigencia de la amenaza penal y del derecho.

La pena, a su vez, constituye la principal y más grave consecuencia jurídica del delito, tal es así que el Código Penal peruano, en su artículo 28, enumera taxativamente a aquellas que son aplicables dentro del ordenamiento, tales como; la privativa de libertad, la restrictiva de derechos, la limitativa de derechos y finalmente la multa, conceptos que serán desarrollados con posterioridad.

En el Perú; al tratarse de un estado Social y Democrático y de Derecho en el que se aspira a la consecución del respeto

irrestricto de la dignidad humana y la inviolabilidad de los derechos que le son inherentes; la pena posee una doble finalidad, por un lado busca combatir el delito para proteger a la sociedad de esos posibles abusos y por otro se orienta a la ayuda y protección del reo, defendiéndolos de una represión estatal sin límites. Por lo tanto, se niega el carácter retributivo de la pena, dándole más bien un sentido de prevención, protección y resocialización, así las cosas, la pena ordena prevenir al delito, proteger a la sociedad y al delincuente y hacer que la sanción tenga efectos de reinserción e integración entre el delincuente y la sociedad.

Además, es preciso señalar que existen varias teorías que determinan y fundamentan el concepto de “pena”, así como también son varias las funciones que cumplen las penas; en términos prácticos, la pena es la sanción impuesta a un sujeto que ha transgredido el ordenamiento jurídico – comisión de un ilícito penal – concepto que resulta de la unión de las dos acepciones que tiene el *ius puniendi* desarrollado por la doctrina, que como menciona Peña Cabrera Freyre, citando a Rodríguez Devesa:

En lo referente a la naturaleza del *Ius Puniendi*, surgen dos posiciones en la doctrina jurídico-penal, de concebir a la pena como un derecho subjetivo del Estado o como un poder o potestad. Jurídicamente suelen distinguirse dos manifestaciones del *ius puniendi* que, según la doctrina, tendrían, en cada caso, un fundamento autónomo: el derecho del Estado a establecer normas penales y el derecho a exigir el cumplimiento de éstas (2004, p. 181)

De lo antes citado, la primera acepción referida a la fase de tipificación de las conductas prohibidas, a las cuales se les ha asignado una forma de retribución o castigo que sería una pena, llevando también como finalidad una cuestión de resocialización y apoyo social al penado, y la segunda acepción, de la misma forma, es una normativización que ayuda al cumplimiento de los fines establecidos por la primera; es así, que en términos generales, la pena es la sanción impuesta al sujeto que ha trasgredido el ordenamiento jurídico.

2.4. Tipos de Penas

2.4.1. Privativa De La Libertad

Quien en nuestra doctrina nacional ha desarrollado el concepto referente a este tema, es el profesor James Reátegui Sánchez y en con relación al tema, destacamos en el presente trabajo lo siguiente:

La pena privativa de la libertad lleva esta denominación, la sanción impuesta a una persona natural por la comisión de un ilícito penal y consiste en la privación de la libertad ambulatoria de la misma, llegando a recluirlo en un establecimiento destinado para tal fin.

Puede ser de carácter temporal, donde la duración es de dos días como mínimo, hasta treinta y cinco años como máximo, o puede tener el carácter de perpetuo.

Por la pena privativa de libertad el sujeto activo del delito es recluido e internado físicamente en un local especial, que para estos efectos edifica el Estado por tiempo determinado y durante el cual someterse a un tratamiento específico para su posterior readaptación y reincorporación al seno de la comunidad.

De igual forma, el mismo profesor Reátegui Sánchez, afirma que la pena privativa de la libertad consiste en la privación de la libertad ambulatoria de la persona condenada por la comisión de un delito; resulta ser la pena más grave del ordenamiento jurídico; su duración puede ser temporal o de cadena perpetua; en el caso de ser temporal, su duración mínima será dos días y la máxima de treinta y cinco años; incluso, en el supuesto de cadena perpetua, a los treinta y cinco años es posible su revisión. En el orden normativo, en la aplicación de la pena privativa de libertad en la que existen implicancias limitaciones a la libertad, no pueden suprimirse los demás derechos individuales; como se colige del artículo V del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, debe proveerse al penado, todos los mecanismos indispensables, para reintegrarse a los valores comunitarios.

2.4.2. Restrictiva De La Libertad

Con la finalidad de contextualizar y explicar lo referente a este tipo de pena que establece nuestro ordenamiento jurídico, nos apoyamos de lo desarrollado y explicado por Víctor Prado Saldarriaga, quien establece que este tipo de sanciones, si bien

no privan por completo la libertad ambulatoria, como es el caso de la pena privativa de la libertad, sino que simplemente la recortan, estableciendo una prohibición de transitar libremente en un determinado lugar.

Contiene la sanción a los extranjeros que cometen un delito en el territorio nacional o el territorio en el cual es aplicable la legislación peruana, dicha sanción prescrita por este tipo de penas es la Expulsión del país.

Bajo esta algo tautológica denominación, la legislación peruana alude a castigos penales no privativos de libertad que afectan derechos de tránsito o residencia en el territorio nacional. Su origen histórico ha estado ligado a modalidades de exclusión y sanción de la disidencia política o de los autores de actos de alta traición al Estado. De allí que sus antecedentes más conocidos fueron el destierro y la deportación, razón por la cual siempre se cuestionó su compatibilidad democrática. De la misma forma, haciendo referencia al tratadista Vaello Esquerdo, citado por Víctor Prado Saldarriaga, señala que entre sus manifestaciones españolas al "extrañamiento, el confinamiento y el destierro, que, substancialmente y de forma respectiva, consistían en la expulsión del territorio español, en la obligación de residir en una concreta área geográfica y en la prohibición de entrar en determinados puntos fijados en la sentencia; es decir, limitaban o restringían la libertad del penado, no privándole por completo de

ella; de ahí que doctrinalmente se les atribuyese la naturaleza de penas restrictivas de la libertad”

El Código Penal peruano de 1991 incluye este tipo de penas en el artículo 30. Se les ha regulado también como castigos penales que restringen los derechos del condenado extranjero a transitar, permanecer o residir en el territorio de la República. Es decir, quien fuera condenado a la pena de expulsión del país, deberá abandonar obligatoriamente el territorio nacional de manera permanente y definitiva. Esto es, no podrá retornar nunca más al Perú.

Inicialmente la disposición legal citada incluía también la pena de expatriación, la que era aplicable a los nacionales y era la única pena restrictiva de la libertad que tenía un límite máximo de duración de diez años. Sin embargo, contra esta modalidad punitiva se formularon varias objeciones. Sobre todo, se cuestionó su incompatibilidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 22.5 rechaza que se impida a un nacional permanecer en su territorio de origen. Por tal razón, el Congreso de la República la suprimió mediante la Ley 29460 del 27 de noviembre de 2009. Esta decisión legislativa se adoptó en base a dos propuestas: el Proyecto de Ley No 2102/2007-CR presentado por la Célula Parlamentaria Aprista el 5 de febrero de 2008 y el Proyecto de Ley No 244972007-CR del Grupo Parlamentario Nacionalista del 27 de mayo de 2008. La exposición de motivos de este último documento justificaba la

derogatoria de la pena de expatriación del modo siguiente: "La pena de expatriación, si bien se encuentra contemplada en el Código Penal, deviene en incompatible con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional. Es decir, la pena de expatriación es para el derecho peruano, una pena inconstitucional"

Cabe mencionar que a esta forma de castigo penal se le ha cuestionado siempre, y sobre todo, el tener un carácter discriminatorio que afecta el principio de igualdad, al considerar como base de su imposición no el hecho punible cometido por el agente sino, exclusivamente, su condición de extranjero. Lo cual, además, resulta potenciado con el hecho de que en la legislación nacional vigente su aplicación judicial es preceptiva y no discrecional. Así, por ejemplo, en el artículo 303 se establece expresamente: "El extranjero que haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta o se le haya concedido un beneficio penitenciario será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso"

Se trata, pues, de una pena principal y conjunta, pero de ejecución diferida. Esto es, se ejecutará luego de que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad que también le fue impuesta en la sentencia. La norma vigente considera también el hecho de que el condenado acceda a un beneficio penitenciario que anticipe su excarcelación (semilibertad o liberación condicional con las excepciones señaladas por el artículo 500 de Código de

Ejecución Penal). Sin embargo, refiere que no se ha tomado en cuenta el caso de la conversión de penas en ejecución que autoriza ahora el artículo 52-A del Código Penal. Al respecto consideramos que en tal supuesto la expulsión debe cumplirse al finalizar la ejecución de la pena convertida sea esta de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres (Prado Saldarriaga, 2018).

2.4.3. Limitativa De Derechos

En relación a este tema, también el Profesor Víctor Prado Saldarriaga refiere que este tipo de pena consiste en la limitación al ejercicio libre de determinados derechos, obligando al condenado a cumplir con determinados trabajos, asistencia a programas educativos o privando, incapacitando o suspendiendo el derecho del condenado al acceso de puestos de trabajo, asunción de obligaciones y ejercicio de derechos.

La nomenclatura de este tipo de penas procura designar y distinguir a un tipo de penas que afectan derechos diferentes a la libertad ambulatoria o el patrimonio de los condenados. Efectivamente la eficacia de estas sanciones penales se proyecta sobre el ejercicio de funciones, atribuciones o capacidades especiales del delincuente; así como, a la disposición o utilización de su tiempo libre. Como pone de relieve Martínez Huamán, citado por Prado Sandarriaga "la inclusión de estas penas estuvo encaminada a reducir los gastos de construcción y mantenimiento

de los centros penitenciarios, así como a desarrollar alternativas de castigo adecuadas para los delincuentes de escasa peligrosidad". No obstante, menciona que en la aplicación a la Parte Especial del Código Penal de 1991 las convirtió en las sanciones predilectas de las faltas o contravenciones alejando con ello todo impacto real sobre el predominio de los castigos privativos de libertad y su impacto en la realidad carcelaria del país

Ahora bien, en nuestra legislación penal la modalidad más tradicional e histórica de estas penas limitativas de otros derechos, es la pena de inhabilitación. Por su parte, las de menor experiencia legislativa y práctica son las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres.

Nuestra legislación toma como base al Código Penal brasileño de 1984 (artículo). El legislador peruano las recogió inicialmente en el Proyecto de 1985 (artículo 56) y las mantuvo, luego, en otros Proyectos posteriores como los de 1986 (artículo. 55) y de 1989 (artículo. 35). Su cualidad más representativa era la de poder operar como penas sustitutivas de la imposición judicial de penas privativas de libertad de corta duración (actualmente hasta de cuatro años). Esto es, interactuar como penas de reemplazo a través de la aplicación de las medidas alternativas de sustitución y conversión de penas también innovadas por el Código Penal de 1991 (artículos 32 y 52). Cabe señalar que recientemente también se ha concedido a estas penas la función de medidas de

excarcelación anticipada, a través de la regulación de la conversión de penas en ejecución incorporada mediante el Decreto Legislativo 1300. En estos casos la operación de reemplazo puede alcanzar a penas privativas de libertad en cumplimiento de seis años (artículos 3 del Decreto Legislativo 1300 y artículo 52 A del Código Penal) (Prado Saldarriaga, 2018, pág. 71).

Es así como se definen de forma breve las tres modalidades que contiene este tipo de penas:

Prestación de servicios comunitarios: por esta modalidad, se obliga al condenado a trabajos gratuitos a favor de alguna institución pública, como consecuencia de la comisión del delito.

Limitación de días libres: consiste en la obligación que se impone al condenado a permanecer en instituciones públicas o privadas que tengan fines asistenciales o sociales, participando de programas educativos, psicológicos o de formación laboral, durante los días sábados, domingos y feriados.

Inhabilitación: por esta modalidad de limitación de derechos, se priva al condenado del ejercicio de cargos públicos, se suspende del ejercicio de los mismos, así como de otros derechos que consigne en juzgador en la sentencia correspondiente, finalmente se suspende al condenado del ejercicio de algunos derechos que se encuentra ejerciendo o pretenda acceder.

2.4.4. Multa

En esta sección, solamente haremos referencia a lo que se denomina la Multa como sanción en el ordenamiento jurídico y más adelante pasaremos al desarrollo detallado de lo referido, de esta manera, el profesor Víctor Roberto Prado Saldarriaga menciona que es una pena que obliga al condenado a pagar a favor del estado una suma dineraria fijada; para el presente informe nos interesa el desarrollo de la pena de multa.

Es una pena de naturaleza pecuniaria que afecta el patrimonio económico del condenado y en particular la disposición absoluta y total de sus rentas e ingresos. La pena de multa expresa, pues, su capacidad punitiva cuando "priva al condenado de una parte de su patrimonio"

Este castigo penal consiste en el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido declarado autor o partícipe de un hecho punible. Jescheck y Weigend han destacado varias "ventajas" de la pena de multa: "Por una parte, comporta una pérdida sensible de calidad de vida para el condenado dado que muchas posibilidades placenteras sólo son disponibles a cambio de dinero. Por otra, el autor no es separado de su familia, de sus contactos sociales ni tampoco de su integración laboral como sucede con la pena de prisión. Hasta cierto punto la pena de multa es también económica al conservar la mano de obra y la actividad productiva del autor, así como

también porque no obliga al Estado a suministrarle alojamiento, mantenimiento y tutela en la prisión"

El importe dinerario, entonces, constituye el principal indicador de la mayor o menor extensión y gravedad de la multa. Para determinar dicho importe se han configurado varias metodologías, las cuales identifican, a su vez, las distintas modalidades de multa que actualmente conocemos.

En unos casos dicho monto dinerario es definido directamente por el legislador quien precisa en la ley su equivalencia en dinero. En este supuesto se trata de una multa tasada. En otros casos aquél se representa a través de un porcentaje de las ganancias ilícitas generadas por el delito o de los ingresos del delinciente o del valor de la mercancía ilegal negociada, lo que se identifica como multa porcentual. Y también, en otras modalidades, el importe resulta de la adición y conversión de unidades de referencia como el sueldo mínimo vital o los días multa. Formas que constituyen una multa determinable (Prado Saldarriaga, 2018).

2.5. Fines de la Pena

A lo largo de la evolución del Derecho Penal y de la Teoría de la Pena en específico, se han ido gestando y desarrollando determinadas teorías que explicarían los fines de la pena, de acuerdo al contexto y los momentos históricos que se han vivido, revistiendo de diferentes caracteres a la Pena, pues entre estas teorías que sustentan los fines de la pena,

tenemos tres, referidas al carácter que reviste ésta, una es la retributiva, la segunda es la teoría relativa y la tercera teoría es la mixta.

Una cuestión que debe abordar el estudio es la concerniente a la función de las normas que integran el Derecho Penal. Se trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas? En este sentido, función del derecho penal y teorías de la pena tienen una estrecha relación: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal. De una manera simplificada, en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado, se sostiene que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho positivo (bienes jurídicos) (Bacigalupo, 1999).

La función del derecho penal está, a su vez, vinculada de una manera muy estrecha a las concepciones sobre su legitimidad. Si se piensa que es una función (legítima) del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el derecho penal será entendido como un instrumento al servicio del valor justicia. Por el contrario, si se entiende que la justicia, en este sentido, no da lugar a una función del Estado, se recurrirá a otras concepciones del derecho penal, en el que éste será entendido de una manera diferente. Por lo general, en este caso, se justificará el derecho penal como un

instrumento socialmente útil. El valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del derecho penal.

En la actualidad, y en lo que va del siglo, la historia del derecho penal se expresa en el intento de sintetizar los dos puntos de vista opuestos. El criterio utilitario es aceptado en lo que mitiga el rigor del principio de justicia (por ejemplo, mientras se admite con diferente intensidad —según los ordenamientos jurídicos— la agravación de penas para el reincidente y habitual, no se da cabida a la sentencia indeterminada)

El profesor Bacigalupo refiere que desde hace más de dos mil años se ha intentado responder a la pregunta sobre la naturaleza de la pena con un gran número de puntos de vista, razón por la cual apenas resulta imaginable que puedan existir nuevas respuestas. Estas respuestas han sido formuladas como teorías de la pena. Sin embargo, cabe señalar que las "teorías" de la pena sólo son tales en la medida en que la expresión "teoría" se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por tanto, las "teorías" de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el "ser" de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿en qué condiciones es legítima la aplicación de una pena? (Bacigalupo, 1999)

En virtud a ello, se han tejido ciertas teorías que sustentan los fines de la pena, las mismas que pasamos a desarrollar en adelante.

2.5.1. Teoría Retributiva

Originalmente la imposición de una pena, se encontraba en relación a la magnitud del daño que se habría causado, puesto que representaba en sí una sanción de carácter retributivo, con respecto a la comisión del delito, para lo cual se debía causar un sufrimiento relativo al delincuente; pues, esto quedaría resumido a la generación de un mal en virtud al mal primigeniamente originado; recogeremos dos posiciones doctrinales que a nuestro criterio desarrollan adecuadamente los términos conceptuales referentes a esta teoría.

Para el tratadista Enrique Bacigalupo (Bacigalupo, 1999):

Una primera respuesta a esta cuestión corresponde a las llamadas "teorías absolutas". La pena será legítima, según ellas, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La lesión del orden jurídico cometida libremente presupone un abuso de la libertad que es reprochable, y, por lo tanto, culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral. Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente

Al respecto, Enrique Bacigalupo refiere que la utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil. De la misma manera una pena útil, pero injusta, carecerá de legitimidad. Los

representantes más caracterizados de esta concepción son Kant y Hegel

En favor de las teorías absolutas se puede sostener, sin embargo, que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas ejemplares al que ha cometido un delito (finalidad para cuya realización la pena no necesitaría guardar relación de proporcionalidad con la gravedad de este) y que, por tanto, no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impiden sacrificar al individuo en favor de la generalidad.

Para Claus Roxín (fin y justificación de la pena y las medidas de seguridad, 1993, pág. 14), esta teoría es entendida de la siguiente forma:

La teoría de la retribución ve el sentido de la pena no en la persecución de alguna finalidad socialmente útil, sino que, por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho es retribuida, compensada, expiada en forma justa. Se habla aquí de una teoría "absoluta", porque para esta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social. La concepción de la pena como una retribución compensadora es conocida, en su objeto, desde la antigüedad, y permanece vigente en la conciencia del lego, en cierta medida, como obvia: la pena debe ser justa, y esto

presupone que en su duración e intensidad se corresponda con la gravedad del hecho dañoso, la pena compensa. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el antiguo principio del Tallón -ojo por ojo, diente por diente-. Considerada también históricamente, describe el desarrollo de la pena en forma absolutamente correcta, en tanto en el transcurso del desarrollo de las culturas, la pena estatal reemplazó a la venganza privada y a las luchas entre familias y tribus, de tal modo que el derecho de retribución fue trasladado a una instancia de autoridad que procede mediante reglas formales, neutralmente, y así, logra la pacificación.

2.5.2. Teoría Relativa

Luego de que se tomara a la pena como una sanción retributiva en virtud a un mal anterior, surgieron nuevas tendencias de tratamiento de la pena, revistiéndolo de un carácter totalmente contrapuesto, pues ya se hablaba de la Prevención como un elemento esencial de la pena, siendo que este elemento tendría dos acepciones de vital importancia en el tratamiento de la pena; nos estamos refiriendo a la prevención general y prevención especial, que se desarrollan de acuerdo al momento y ámbito de intervención de la pena en la sociedad y en el condenado, con la finalidad de evitar la comisión delictuosa.

Las "teorías relativas" procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en

la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una "teoría" preventivo-general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una "teoría" preventivo-especial o individual de la pena (Bacigalupo, 1999).

A. Prevención General

De tener el carácter retributivo que actuaba luego de la comisión del delito, se presenta el nuevo carácter, este es el preventivo, que actúa no solamente luego de la comisión del delito, sino que de igual forma, previo a la comisión de este, pues si nos centramos en el nombre establecido, el prevenir incluye, evitar que se cometa algún delito, o evitar que se cometa un segundo delito.

Ante ello, Santiago Mir Puig (2003) ha sostenido lo siguiente:

Que mientras que las teorías absolutas, en su sentido estricto, parten de que la pena debe imponerse como postulado de justicia, sin que hayan de tomarse en consideración fines de prevención ulteriores, las teorías relativas fundamentan la pena en su necesidad para la subsistencia de la sociedad (p. 52)

La posición doctrinaria de (Roxin, 1997), refiere establece que cuando hablamos del carácter preventivo general, nos situamos en un plano anterior a la comisión del delito, por lo que el carácter preventivo de la pena está orientado a cumplir

sus efectos frente a toda la sociedad, en ese mismo sentido, refiriendo este tratadista que “La influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación”

Refiriendo en los mismos términos, que se trata de la teoría de la amenaza penal, puesto que como podemos advertir del texto, la amenaza va dirigida a la sociedad con la finalidad de evitar mediante la amenaza, la comisión de algún ilícito penal. Esta teoría, en tanto tiene por objetivo prevenir el delito mediante normas penales es, en primer lugar, una teoría de la amenaza penal. Pero en sus efectos es, necesariamente, también una teoría de la imposición, y ejecución de la pena, pues de ella depende la eficiencia de su amenaza.

Esta teoría de derecho penal tradicional ve el fin de la pena no en la retribución ni en la actuación sobre el autor, sino en la influencia sobre la generalidad, a la cual se le debe enseñar a través de las amenazas penales y de la ejecución de las penas lo relativo a las prohibiciones legales, y disuadirla de su infracción. También aquí se trata, por lo tanto, de una teoría que tiene por objetivo la evitación preventiva del delito (y de este modo, de una teoría preventiva y relativa), de acuerdo con la cual, la pena, sin embargo, no debe actuar en forma especial sobre el condenado, sino general, sobre la generalidad. Se habla, por lo tanto, de una teoría de la prevención general.

Es posible separar aún otros tres objetivos y efectos diferentes de la prevención general positiva, si bien relacionados entre sí: el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el "ejercicio en la confianza en el derecho" que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado

Así mismo, Enrique Bacigalupo (1999), enfatiza precisando que el representante más caracterizado de las "teorías" preventivo-generales es Feuerbach, quien sostuvo que era "una preocupación del Estado, que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas se vea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias". La amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir. Pero ello permite, como se ha objetado, elevar las penas indefinidamente, pues, cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante. Por esto, la prevención general requiere, en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser, por decirlo así, externos (por ejemplo, la culpabilidad del autor)

También, que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir, "la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social", o sea, "la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales". Esto mismo se sostiene también diciendo que la "tarea del derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contacto social" y que "el contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa de quien la ha quebrantado". La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, pues "destinatarios de la pena, en primera línea, no son algunas personas consideradas como autores potenciales, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones". La función de la pena es, resumiendo, "prevención general mediante ejercicio del reconocimiento de la norma". Con esta formulación del problema se obvian, sin duda, las objeciones que, por lo general, han invalidado otras teorías de la pena, en la medida en que éstas hacían referencia a ciertas consecuencias que requerían una verificación empírica.

La teoría de la prevención general positiva, sin embargo, ha sido criticada porque se considera que niega la ideología de la resocialización sin acompañar su crítica "de la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y que sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente". Esta crítica, de cualquier manera, no tiene en cuenta que la teoría de la prevención general positiva no impide, aunque no exija, un desarrollo del tratamiento en la fase de la ejecución penal. Por otra parte, la teoría de la prevención general positiva tiene el mérito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad y, de esta manera, origina, necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales a esta pena

De esta forma, se puede afirmar que el derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazando y castigando. El castigo entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención de motivar. En resumen, cabe señalar que el derecho penal forma parte del "aparato de imposición" (Parsons) necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad. Se trata de la última instancia de dicho aparato: la que "consiste en la utilización de fuerza física para impedir acciones perturbadoras"

Naturalmente, una teoría como ésta permite superar la crítica de las teorías absolutas basada en su irracionalidad, es decir, en la ausencia de una finalidad social que justifique la aplicación de las penas. En efecto, en tanto la pena tiene la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor, adquiere una función social utilitaria, consistente en la comunicación de un determinado mensaje destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de la norma infringida. Por ello, constituye un medio para lograr un fin socialmente positivo. Todo esto no excluye, como es claro, la posibilidad de una articulación de la teoría de la prevención general positiva con teorías absolutas en la forma propia de las teorías de la unión. De esta manera desaparecerían las razones para sostener que la teoría de la prevención general positiva "carece de un criterio para la limitación de la duración de la pena"

El derecho penal, visto desde esta perspectiva, cumple (junto con otros ordenamientos normativos) una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito.

B. Prevención Especial

Claus Roxín refiere que cuando hablamos de prevención especial, ya nos estamos situando en la comisión del delito, podríamos decir que ante la falla de la Prevención General por

frenar y evitar la comisión del delito, ahora entra a tallar y actuar la Prevención especial⁵.

Por lo tanto, la actuación de la pena impuesta al autor, cumple un rol de vital importancia en la comisión delictiva, puesto que teniendo la muy desagradable experiencia de cumplir una pena, limitará al agente la comisión de un futuro delito.

La posición extrema contraria a la teoría de la retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial). Por ello, según esta opinión se habla de "prevención especial" como el fin de la pena. A diferencia de la concepción de la pena retributiva "absoluta", la teoría de la prevención especial es una teoría "relativa", porque está referida a la finalidad de la evitación del delito (relativo viene del latín, *referre*, referirse a). También esta posición se remonta a los inicios del pensamiento penal. Ya se encuentra en Séneca (m. 65 d. C), con relación a la concepción de Protágoras (aprox. 485 a 415 a. C), transmitida por Platón (427 a 347 a. C.), la formulación clásica de todas las teorías preventivas: "*Nam, ut Plato ait: 'nema prttdeiis puntí, quia peccatum est, sed ne peccetur (...)*" ("Pues, como dice Platón, 'ningún hombre

⁵ De esa manera lo refiere (Roxin, 1997):

"(...) la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos (...)"

prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque...").

Esta teoría fue revivida a fines del siglo XIX, en forma hasta hoy influyente, mediante la "Escuela sociológica de derecho Penal". Su principal sostenedor fue Franz von Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más importante. Según su concepción, la prevención especial se puede llevar a cabo en tres formas: asegurando a la generalidad frente al autor penal mediante su encierro, intimidando al autor mediante la pena para la no comisión de otros hechos punibles, y mediante su mejoramiento, protegiéndolo de la reincidencia (Roxin, 1993).

Enrique Bacigalupo, desarrolla lo siguiente:

La prevención especial ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal. Su fundamento es siempre el mismo: la comisión de un delito revela en el autor la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo. Los autores más antiguos sostuvieron que el mal de la pena debía actuar sobre el autor para que su impulso delictivo se convirtiera en lo contrario, en la inhibición del impulso criminal. La fisonomía de esta "teoría" cambió cuando el positivismo hizo de ella su teoría de la pena. Con sus nuevas características, la "teoría" preventivo-especial se convirtió en el siglo XX en el punto de partida de lo que se

puede llamar el derecho penal moderno, pues sobre su base se orientaron las reformas legislativas de los códigos penales del siglo XIX.

La moderna "teoría" de la prevención especial se caracteriza por el desplazamiento del acento del derecho penal desde el hecho cometido al autor del mismo: "El punto de vista dominante —decía von Liszt en su famoso Programa de Marburgo en 1882— determina la pena en relación a un hecho que parece no haber sido cometido por ningún autor...". "No es el concepto sino el autor lo que se debe sancionar". Esta, agregaba von Liszt, era la manera de concebir correctamente la pena retributiva, pues "Represión y prevención no constituyen oposición alguna".

La pena, en consecuencia, "es prevención mediante represión". Pero la manera de llevar a cabo este programa requiere que la finalidad preventivo-especial de la pena se investigue en función de las distintas categorías de delincuentes y no, como hasta entonces, de manera uniforme para cualquier autor. Para ello, la ciencia del derecho penal debía atender a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas referentes a los delincuentes. Si se parte de la base de que la protección de bienes jurídicos mediante la pena requiere tres finalidades diversas: corrección, intimidación e inculcación, cabría poner en relación estos fines con las tres diferentes categorías de delincuentes que

proporcionaba la antropología criminal, sobre todo a través de las investigaciones de Lombroso y Ferri.

El resultado de esta combinación de los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diversas categorías empíricamente formuladas fue que la pena debía servir para:

- a) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección;
- b) Intimidación del delincuente que no requiere corrección;
- c) Inocuidad del delincuente que carece de capacidad de corrección.

Por delincuentes que carecen de capacidad de corrección entendió von Liszt a los habituales. Los delincuentes que requieren corrección y que son susceptibles de ella son los "principiantes de la carrera delictiva". Los que no requieren corrección son los delincuentes ocasionales.

Bajo el influjo del positivismo las clasificaciones de delincuentes respecto de los que se hacía necesario determinar las diversas finalidades preventivo-individuales de la pena no fue uniforme. Ferri, sin duda el que vislumbró antes que ninguno la posibilidad, luego teorizada por von Liszt, proponía en 1878 una clasificación diversa de la defendida por éste. Para Ferri, la clasificación de von Liszt se habría basado sólo en un criterio descriptivo (básicamente la "corregibilidad" del delincuente), mientras lo verdaderamente importante era una clasificación apoyada en el criterio genético. Desde este punto de vista los delincuentes debían clasificarse en: a)

Delincuentes natos o instintivos o por tendencia congénita; b) Delincuentes locos; c) Delincuentes habituales; d) Delincuentes ocasionales, y e) Delincuentes pasionales. No es posible afirmar que entre la clasificación de Ferri y la de von Liszt existan diferencias sustanciales, ni que éstas sean consecuencia de la aplicación del "criterio genético" propuesto por el primero. En general, hay una amplia coincidencia.

A partir de la década de los '60 la prevención especial experimentó una nueva transformación de su fisonomía. Las clasificaciones de delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivo-individuales de la pena fueron abandonadas y dieron paso a conocimientos pedagógico-sociales más evolucionados. En primer lugar, el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto de resocialización. Se procuró dar cabida, en segundo lugar, a las consideraciones que ponen de manifiesto la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. En tercer lugar, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento.

Los tres criterios orientadores de la moderna concepción de la prevención especial están sometidos a fuertes discusiones, que provienen tanto del pensamiento conservador como del más radical: a) Quienes parten de la corresponsabilidad social

en el fenómeno de la delincuencia niegan el derecho de la sociedad a "resocializar" al autor y proponen la "resocialización de la sociedad", y b) Quienes, por el contrario, representan puntos de vista conservadores subrayan el fracaso de la idea de tratamiento y postulan —generalmente con una retórica profundamente individualista— un retorno a las ideas penales clásicas de las teorías absolutas de la pena. De todos modos, es de señalar la frecuencia con que el argumento del fracaso del tratamiento es utilizado también para atacar la idea de resocialización.

2.5.3. Teoría Mixta

Gunter Jacobs plantea la unión de ambas teorías precedentemente desarrolladas, para poder dotar a la pena de las dos maneras y llegar a convertirla en más eficaz, dotando a la pena del carácter retributivo, así como en la misma línea y jerarquía a la prevención general y especial (Jakobs, 1998).

Enrique Bacigalupo establece que estas teorías tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima, para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil. Los valores de justicia y utilidad, que

en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contemplados sólo a través de la preponderancia de la utilidad (social), resultan unidos en las "teorías" que estamos tratando.

Las "teorías" de la unión deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que éste plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes se debe resolver, como es lógico, optando por uno de ellos, al que se otorga preponderancia sobre el otro. Esto permite configurar dos orientaciones diversas de las "teorías" de la unión en su versión moderna. La primera de ellas da preponderancia a la justicia sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando no se requiera ni exceder ni atenuar la pena justa.

La segunda orientación de las "teorías" de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia. La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena que opere preventivamente. Pero la utilidad está sujeta a un límite: por consiguiente, sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa. En la práctica esto significa que la pena legítima será siempre la necesaria según un criterio de utilidad, pero la utilidad dejará de ser legitimante cuando la pena necesaria para la prevención supere el límite de la pena justa.

Además, una pena inútil no podrá legitimarse sólo por el hecho de ser cubierta por la culpabilidad del autor; es decir, una pena socialmente inútil no puede ser legitimada, aunque sea proporcionada a la culpabilidad.

Claus Roxin ha propuesto una concepción "dialéctica" de la pena, "en la medida en la que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis consiste, según Roxin, en que, en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquieren preponderancia los fines resocializadores (prevención especial).

Las teorías retributivas de la unión consisten en una combinación de las concepciones hasta aquí presentadas. Consideran a la retribución y a la prevención general y especial como finalidades de la pena a ser perseguidas en forma conjunta. Con relación a esto, el fin de retribución tuvo originariamente la función absolutamente dominante. "... resulta decisiva... en primer lugar, la necesidad de expiación, el fin de retribución de la pena, y junto a ella, por cierto, también el fin de intimidación. Los demás fines de la pena, los fines de mejoramiento y de aseguramiento, se encuentran frente a aquéllos en un segundo plano". También en la actualidad se continúa destacando con frecuencia que sólo se debería hablar de una "verdadera" teoría de la unión en "sentido

tradicional" si los fines preventivos no lesionaran el carácter retributivo de la pena y si fueran perseguidos únicamente dentro del marco trazado por la retribución". A partir del punto de partida aquí sostenido, esta teoría ya debería ser rechazada porque, como mera modificación de la teoría de la retribución, se encuentra expuesta a todas las objeciones presentadas en contra de esta, y por ello, igualmente, tampoco puede ser sostenida hoy.

En formulaciones más recientes de la teoría de la unión, retribución, prevención especial y general son tratadas más bien como finalidades de la pena de igual jerarquía. Se parte de que ninguna de las teorías de la pena es prescripta o prohibida por la ley, de modo tal que -en cierta medida, según las necesidades- es posible colocar en el primer plano a este o aquel fin de la pena.

Tal teoría de la unión parte del criterio correcto de que ni la teoría de la retribución ni las teorías de la prevención por sí solas son capaces de determinar de forma adecuada al objeto el contenido y límites de la pena. Sin embargo, le falta el fundamento teórico, en la medida en que sus sostenedores se contentan simplemente con equiparar la compensación de la culpabilidad, la prevención general y especial como fines de la pena. Tal "teoría aditiva de la unión" no elimina las falencias de las distintas concepciones particulares, sino que las suma, y ante todo, conduce a oscilaciones sin un punto fijo entre los diferentes objetivos de la pena, lo cual hace imposible una concepción unitaria de la pena como instrumento socialmente satisfactorio (Roxin, 1993).

2.6. De la Pena de Multa

Según lo desarrollado por el Código Penal peruano, la pena de multa es la imposición de una pena pecuniaria que tendría que pagar el condenado a favor del estado, por la comisión de un ilícito penal y para el cálculo de los días multa, establece ciertos parámetros, aunque deja abierta la posibilidad de agregar otros indicadores, refiere, que se debe calcular en virtud su patrimonio, renta, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

La pena de multa es definida por el profesor Hurtado Pozo, como aquella de carácter pecuniario que involucra la obligación de pagar determinada suma de dinero, con la finalidad de reprimir la comisión de una infracción, ocupando un lugar preponderante entre las consecuencias punitivas de los países europeos. A decir de éste, son dos causas las que han permitido su desarrollo, siendo la primera -de naturaleza social- la prosperidad económica alcanzada por las llamadas sociedades de consumo. Y la segunda –ideológica- debido a la firme convicción de los penalistas para anular los efectos de las penas cortas de libertad.

La pena de multa, en algunos países europeos, se ha convertido en uno de los pilares principales del sistema punitivo, esto responde al afán de humanizar, hacer más eficaz y menos dañina la represión penal, respondiendo a la globalización y el desarrollo económico que han experimentado dichos países, pues se menciona que cuando se trata de penas menores, es preferible imponer la pena de multa ante esa situación (Hurtado Pozo, 1993).

No obstante de lo dicho anteriormente, se han realizado muchas críticas al respecto, todas ellas en han girado en virtud a la situación económica de la gran mayoría reinante en nuestro país, los resultados de la aplicación de éste tipo de penas, no han sido del todo favorables, puesto que existe una gran tasa de desempleo, ingresos per cápita bajos, y otros factores adicionales, que impiden que el condenado pueda cumplir con la multa impuesta, por lo que se ha preferido a la privativa de libertad como la principal pena (Prado Saldarriaga).

Criterios que si bien es cierto no pueden imperar en la mayoría de delitos, pues nosotros realizaremos el análisis respecto de determinados delitos que son cometidos por sujetos que tienen cualidades especiales diferentes al común de las personas y es preciso mencionar que dichas cualidades especiales, radica en criterios económicos, de empleo y estatus social ostentado por los mismos.

Así, al hablar sobre las múltiples ventajas de la pena de multa, Jescheck, H./Weigend,T, citado por José Urquizo Olaechea (2014, p. 199), señala que:

El éxito político-criminal de la pena de multa se explica fácilmente por sus numerosas ventajas. Por una parte, comporta una pérdida sensible de calidad para el condenado, dado que muchas posibilidades placenteras solo son disponibles a cargo de dinero. Por otra, el autor no es separado de su familia, de sus contactos sociales ni tampoco de su integración laboral como sucede con la pena de prisión. Hasta cierto punto la pena de multa es también económica al conservar la mano de obra y la actividad productiva del autor, así como también no obliga al Estado a suministrarle

alojamiento, mantenimiento y tutela en la prisión. Además, con ayuda del sistema de días multa es posible ajustar la medida de la pena, no solo a la culpabilidad por el hecho, sino también a la capacidad económica individual del autor (...)

En ese mismo sentido, el mismo autor, citando a Mir Puig (2014) recalca que:

La pena de multa es más frecuentemente utilizada por el Código después de las privativas de libertad. Siguiendo el ejemplo de otras legislaciones recientes, como la alemana, la austriaca, la italiana y la francesa, el Derecho penal español ha querido conceder a la pena de multa un papel mucho más importante que el que correspondía anteriormente (...). El Código Penal actual extiende mucho más el uso de la pena de multa y lo hace con el objeto de intentar una alternativa a las penas privativas de libertad en los delitos poco graves y en las faltas. (...). La ventaja principal de la pena de multa es que, pese a poder afectar en forma sensible al patrimonio y a las posibilidades de actuación que él mismo supone, no menoscaba ningún bien personalísimo como la libertad, no arranca al sujeto de su entorno familiar y social, ni le priva de su trabajo. Frente a la prisión se presenta como una pena más humana y menos desocializante. Por otro lado, en lugar de suponer un costo económico para la colectividad, le proporciona ingresos con los que cabría atender mejor a las víctimas del delito y a las necesidades de la justicia penal y de las instituciones penitenciarias. (El subrayado es nuestro)

De otro lado, Jescheck, H./Weigend, T, citado nuevamente por José Urquiza Olaechea (2014, p. 199-200) refiere que:

De la investigación criminológica no se derivan datos realmente importantes acerca del efecto preventivo-general y especial de la pena de multa en comparación con la prisión. Ciertamente, puede comprobarse que el autor que es sancionado con una pena de multa es claramente menos reincidente que aquel otro al que se le impone una pena de prisión o que, incluso, debe cumplir con esta; sin embargo, es muy difícil indagar en qué medida este resultado no está condicionado por el hecho de que principalmente la pena de prisión es impuesta a aquellos delincuentes en los que, desde un principio, existe un peligro alto de delincuencia. Los resultados obtenidos hasta el momento hablan con probabilidad a favor de una hipótesis de intercambiabilidad según la cual –desde un punto de vista estadístico, esto es, que no sucede necesariamente en el caso concreto- para la probabilidad de reincidencia es indiferente si al sujeto se le impone una pena de prisión o de multa.

Ahora bien, jurisprudencialmente argentina se ha establecido que, “La pena de multa es el pago en dinero al Estado, en concepto de retribución al delito cometido. No es una pena reformadora, sino intimidadora, porque consiste en la privación de una parte del patrimonio”⁶

Por su parte, la jurisprudencia nacional al momento de desarrollar los elementos que han de tenerse en consideración para la fijación de los días multa ha señalado que:

El sistema de día de multa persigue permitir una mejor individualización de la pena multa, tomando en cuenta tanto el delito y la culpabilidad del

⁶ Cámara Federal de San Martín, Sala 2°, del 31 de diciembre de 1992.

autor, así como la situación económica de éste que, asimismo, cada delito establece en el marco penal en que va a poder ser impuesta (límites máximo y mínimo), en este orden de ideas, se debe señalar que la concreción del número de días multa se debe hacer tomando en consideración el desvalor de la acción, desvalor del resultado y la culpabilidad del autor, motivándose dicha concreción en la sentencia, siendo que posteriormente se fije el importe de cada cuota tomando en consideración las circunstancias económicas del reo.

2.6.1. Evolución de la pena de Multa

Históricamente, ya en la Ley de Imprenta de 1823 se establecían penas pecuniarias tasadas y porcentuales en los artículos 18 y 19, en igual sentido el Código de Santa Cruz (arts. 83 a 85) y el Código de 1863 (art. 53), la incluyeron también dentro de su catálogo punitivo, siendo el derecho penal peruano uno de los primeros -a nivel de Latinoamérica- en introducir el práctico sistema de días multa, ideado por el sueco Johan Thymen, con antecedentes en el Código Brasileño de 1830, el cual predomina actualmente en la legislación extranjera.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, el legislador la incluyó inicialmente en el Proyecto de 1916 (arts. 22 al 26) y la mantuvo posteriormente en el Código de 1924 (arts. 20-25). Es así, que en el proyecto se señala que la multa corresponde a la renta probable del condenado desde dos días hasta tres meses, entendiéndose como renta a aquello que obtuviere el condenado cada día (por

bienes, empleo, industria o trabajo). Asimismo, no se obliga al condenado a pagar la multa de una sola vez, pues ello implicaría una vulneración en su calidad de vida, por lo que el juez será quien fije un plazo prudencial para el pago, pudiendo autorizar también su cumplimiento en partes. Cabe reconocer que el abandono de la fuente helvética en este tema fue una decisión acertada, aunque los desarrollos prácticos del nuevo modelo nunca estuvieron a la altura de sus objetivos y metodología.

En relación al tema, el profesor Hurtado Pozo ha precisado que pese a las bondades político-penales y técnicas de la pena de multa, esta no ha cumplido un rol determinante dentro del Perú, y ello se relaciona principalmente a la baja renta per cápita de la población y al galopante proceso inflacionario, lo cual conlleva a consecuencias negativas del subdesarrollo y de la crisis económica que cíclicamente agobia a la sociedad peruana, pudiendo concluirse que un efecto tangencial de la inflación monetaria es desplazar a la multa del catálogo de penas y fomentar las penas privativas de libertad (1985).

2.6.2. La pena de multa en la reforma penal

En esencia, la reforma penal ha mantenido las características de la pena de multa contenida en el Código de 1924, sin embargo deben recalcarse ciertas diferencias, relacionadas con la ampliación de los límites de la pena; con la definición de porcentajes mínimos cuando el delincuente no posea otra renta

que la derivada de su trabajo; con el señalamiento de plazos para el cobro de la multa; con la posibilidad de que penas privativas de libertad puedan ser convertidas en pena de multa; y con nuevas alternativas que involucren la utilización de la vía ejecutiva para los casos en que la multa no es pagada .

En el Código Penal de 1991 la pena de multa aparece regulada en el artículo 41, definiéndola como una obligación de pagar al Estado una suma de dinero que debe ser señalada con base en el sistema días-multa. Es decir, multiplicando el número de días por la cuota promedio de renta del condenado en un día, que se cuantifica sobre la base de sus ingresos y egresos. Tratándose de un procesado cuya renta es solo su salario, el monto de la multa debe fijarse en base a dicho salario y en una proporción que no involucre ni menos del 25 por ciento ni más del 50 por ciento de él.

2.6.3. La pena de multa en la jurisprudencia nacional

La sentencia recurrida deviene en nula al haber impuesto pena privativa de libertad con ejecución suspendida omitiendo aplicar la pena pecuniaria establecida en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal vigente; que en ese sentido podemos establecer que la multa no es una pena que se pueda completar por ser algo accesorio, incidental o subsidiario sino que esta es una pena que al igual que la pena privativa de la libertad debe ser debidamente motivada y fijada en las sentencias con todos los datos necesarios que para ello deben haber sido aportados durante la instrucción o

juicio oral, puesto que nos encontramos ante una sanción final que revela por una parte la gravedad de los hechos y la culpabilidad del sujeto mediante la extensión temporal que se haya impuesto, y por otra la situación económica del sentenciado al adaptar la sanción a su capacidad económica real” (Ejecutoria del 06-08-98. Exp. N° 263-98. Sala de Apelaciones para procesos Sumarios con Reos Libres de Lima).

“Que la pena de multa, al igual que las otras contenidas en nuestro ordenamiento jurídico son principales y autónomas por lo que su tratamiento prescriptorio está sujeto a lo que expresamente indica el quinto párrafo del artículo ochenta del Código Penal, esto es, que en caso la norma punitiva indique en la tipificación del delito pena privativa de la libertad y otra alternativa, se deberá tomar como punto de referencia para la prescripción de la pena alterna principal a la pena privativa de la libertad, si esta es menor de tres años como término de referencia para deducir los plazos de prescripción de la acción penal” (Ejecutoria del 31-07-98. Exp. N° 450-98. Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima).

2.7. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.7.1. Administración Pública

Se ha definido a la Administración Pública como aquel mecanismo por el que el Estado, a través de las instituciones públicas, se acerca a la población, con la finalidad de atender sus necesidades

y brindarle el sustento y apoyo requerido por este, en cumplimiento de una obligación que tiene su origen en el fundamento de la existencia de los Estados (Rojas Vargas, 2007)

2.7.2. Función Pública

De manera general, el concepto de función pública, radica en la labor que realiza el Estado, a través de las instituciones y entidades, con el afán de generar la cercanía con la sociedad, de esa manera ha sido desarrollada en la doctrina nacional por el profesor Rojas Vargas (2007): “Para el logro de sus fines, el Estado realiza, a través de sus órganos, numerosas actividades (...)” (p. 20)

2.7.3. Funcionarios Públicos y Servidores Públicos

Estos términos, en muchas de las legislaciones, como en la nuestra, se han tomado indistintamente y en virtud a ello se ha generado la polémica en diferenciarlos, muchos autores coinciden en que se trataría de lo mismo, de una definición que hace alusión a lo mismo, por lo tanto, no habría mayor diferencia; no obstante, se ha logrado realizar una distinción respecto de los mismos y la diferencia radica en la responsabilidad que tiene cada uno y la posibilidad que tienen los mismo para tomar decisiones y discernir respecto de determinados temas, de esa manera ha sido desarrollado por el profesor Rojas Vargas (2007)

La importancia para el derecho penal de la distinción entre funcionario y servidor público radica en el régimen de

responsabilidades penales distinto para uno y otro, o existente para uno e irrelevante para otro (p. 45)

Ahora bien, ensayando una definición de funcionario y servidor público, podemos decir que son de los entes más importantes en la organización estatal, puesto que son los operadores de las instituciones y entidades que el Estado en virtud a su poder crea para acercarse a la sociedad.

2.7.4. De los Delitos Analizados

A. Artículo 379 del Código Penal.- Requerimiento indebido de la fuerza pública.

a. Bien Jurídico Protegido

De manera general, se desarrolla a la administración pública como bien jurídico protegido; no obstante, de acuerdo al delito en específico, se tiene un bien jurídico específico que se protege; en tal sentido, con el presente delito, se protege el normal desenvolvimiento de la administración pública, evitando intervenciones abusivas y ejercicios abusivos que afecten la viabilidad de la administración pública. (Donna, 2000)

b. Formas de Comisión

De acuerdo al análisis de la redacción del presente delito, podemos advertir, tal como se ha ido desarrollando en la doctrina, que tenemos la actuación de dos funcionarios

independientes, para su comisión; por un lado el funcionario que requiere la fuerza pública y por el otro el funcionario o funcionarios que representan en sí a la fuerza pública; de esta manera lo ha desarrollado el profesor Rojas Vargas, F. señalando lo siguiente:

Este tipo penal, (...), supone el encuentro de dos niveles de funcionarios: a) el sujeto activo del delito que requiere y b) la fuerza pública, compuesta por policías de diferentes jerarquías (...) p. 302

B. Artículo 380 del Código Penal.- Abandono de cargo por funcionario público.

a. Bien Jurídico Protegido

De manera específica, se protege la regularidad y normal desarrollo del funcionamiento de la administración pública, con la finalidad de que se cumpla con los fines de la misma, evitando situaciones anómalas o irregulares que afecten su continuidad (Vásquez - Portomeño Seijas, 2003).

b. Formas de Comisión

Como podemos advertir de la descripción típica del delito bajo análisis, no encontramos ante un delito de omisión; no obstante, se requiere de un resultado material; es decir, el tipo penal requiere de un elemento indispensable, que es el daño del servicio, producto de la omisión por parte del agente de cumplir con sus obligaciones en el puesto.

En torno a la tipificación del presente delito, han surgido diferentes críticas, refiriendo que se trata de un ilícito que reviste de carácter administrativo, el mismo que ha sido trasladado al ámbito de la protección penal, siendo el perjuicio producido con la realización de la conducta típica, propio del ámbito administrativo, en atención a las funciones de la administración pública y las funciones de los funcionarios o servidores públicos; así ha sido referido por el profesor Rojas Vargas, Fidel (2007).

En el segundo párrafo, se prescribe una modalidad agravada, en virtud a la actuación del sujeto agente, respecto de los demás trabajadores, estableciendo como conducta más gravosa el incitar al abandono colectivo del trabajo.

C. Artículo 385 del Código Penal.- Patrocinio ilegal.

a. Bien Jurídico Protegido

Como veníamos desarrollando en los delitos anteriores, si bien, de manera general se protege la administración pública en su conjunto, pues con cada tipo penal que vamos desarrollando se protegen diferentes bienes jurídicos específicos; es así que con el presente delito, se sanciona la lesión o puesta en peligro del prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública; para así poder asegurar que ningún particular pueda tener una

ventaja indebida en el acceso a la administración pública, respecto de los demás.

b. Formas de Comisión

Esta figura penal, sanciona la gestión de intereses, lo que resulta ser un patrocinio de intereses de particulares ante la administración pública u organismos de la administración pública, utilizando o valiéndose del cargo que posee dentro de la administración pública; es decir, el agente, debe aprovechar la calidad de funcionario o servidor público que posee, con la finalidad de patrocinar los intereses de particulares, en violación del correcto y regular desempeño de la administración pública.

Cabe precisar que el agente no desarrolla funciones que sean inherentes a su cargo, por el contrario, se aparta de ellas para interceder en funciones distintas y funcionarios distintos, para hacer prevalecer los intereses del tercero o terceros que patrocina (Vásquez - Portomeño Seijas, 2003)

D. Artículo 390 del Código Penal.- Retardo injustificado de pago.

a. Bien Jurídico Protegido

Siguiendo la misma línea de ideas, nos remitiremos a establecer el bien jurídico de manera específica que se protege mediante este tipo penal; de esta manera, nos

remitimos a lo referido por el tratadista nacional Rojas Vargas, Fidel, quien refiere que se trata de la viabilidad del destino de parte del patrimonio estatal, generando de tal manera una fluidez absoluta en la circulación de los fondos públicos, así como también se impide de manera específica que el funcionario o servidor público, incumpla de manera injustificada con sus deberes en relación a los fondos.

b. Formas de Comisión

El presente delito, establece un único comportamiento típico, esto es, la demora en el pago; no obstante, no solamente se requiere de una demora, sino que para la configuración del delito bajo análisis, deben concurrir otros elementos; nos referimos a que el funcionario tenga fondos expeditos, término que hace referencia a que dichos caudales se hallen en situación de disponibilidad inmediata por parte del funcionario o servidor público; que el pago sea decretado por la autoridad competente, lo que significa que la autoridad administrativa debe ordenar mediante una resolución que se realice un determinado pago, de lo contrario, si el pago no ha sido ordenado válidamente o por autoridad competente, no se podría cometer el delito, puesto que el agente no se encontraría en la obligación de realizar dicho pago; finalmente, debemos remitirnos al estudio de un elemento indispensable en el análisis de la

tipicidad, debido a que en el se funda la afectación al bien jurídico protegido, esto es, que la demora sea injustificada; es decir, que no debe existir una razón legal ni natural (causa de justificación) con la finalidad de demorar dicho pago (Donna, 2000)

E. Artículo 391 del Código Penal.- Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad.

a. Bien Jurídico Protegido

Con la tipificación del presente delito, el legislador ha buscado evitar las distribuciones arbitrarias del patrimonio público afirmando el principio de autoridad en la administración pública, así lo ha referido el profesor Rojas Vargas, Fidel; además consideramos que se protege el correcto desempeño y desarrollo de las funciones, así como el correcto uso del dinero, cosas o efectos de la administración pública.

b. Formas de Comisión

De la misma manera que el delito anterior, requiere de únicamente el rehusamiento a la entrega por parte del agente, respecto del dinero, cosas o efectos; adicional a ello, el tipo establece características indispensables que recaigan sobre el sujeto activo, esto es, que el agente debe

encontrarse en calidad de depositario⁷, custodio⁸ o administrador⁹ respecto del dinero, cosas o efectos; finalmente, debe ser requerido por la autoridad competente, y bajo las formalidades de ley, habiéndose cumplido dichos presupuestos, si el agente se rehúsa a la entrega del dinero, cosas o efectos, estamos ante la comisión del delito analizado.

2.8. El Principio De Proporcionalidad

En nuestro país está expresamente reconocido por el artículo 200, numeral 6 de la Constitución Política, específicamente por su carácter de principio constitucional y penal, y su vinculación con los principios de intervención mínima y exclusiva protección de bienes jurídicos.

Este es el primer principio que deriva directamente de un Estado de Derecho Democrático, es decir, un Estado en el que el poder se somete a la ley en la medida que el derecho sirva a los ciudadanos (Mir P., 2003, p.134). Según este principio, "(...) la gravedad de las penas o las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente. (...)".

Algunos autores pretenden asimilarla a la culpabilidad, debido a la supuesta imposibilidad de demostrar que el hombre dispone de libertad para decidir su comportamiento. No obstante ello, se ha sostenido que la

⁷ El depósito es un acto jurídico, mediante el cual se entrega determinadas cosas o bienes a una persona con la finalidad de que ejerza su tenencia y cuidado de manera temporal (Rojas Vargas, 2007)

⁸ La custodia, hace referencia a la vigilancia o cuidado de algo, así como de su preservación (Rojas Vargas, 2007).

⁹ La administración es el gobierno y conducción de los bienes puestos en administración del funcionario o servidor público (Rojas Vargas, 2007).

validez de este principio descansa sobre su alcance: "(...) el principio de proporcionalidad solamente puede satisfacer una determinada relación entre la gravedad de la pena y la gravedad del hecho punible, pero es incapaz de establecer cuáles son los elementos del hecho punible determinantes de la reprochabilidad y de proporcionar el fundamento de la culpabilidad como presupuesto de la pena, es decir, como categoría material de la teoría del delito" (Bacigalupo, 1998) este principio a su vez se divide en los siguientes subprincipios.

2.8.1. Sub Principio de Idoneidad

Requiere que el Derecho Penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue. Implica un doble análisis: En primer lugar, buscar un fin de relevancia constitucional; y, es aquí donde cobra un rol protagónico el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En segundo lugar, se ha de analizar si la configuración de la conducta prohibida es adecuada para la protección del bien jurídico de relevancia constitucional que se pretende tutelar. Asimismo, cabe precisar que el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 045-2004-PI/TC ha señalado que: 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 (...).

2.8.2. Sub Principio de Necesidad

Implica un análisis hipotético sobre la existencia posible de otros medios alternativos igualmente idóneos, pero que limiten en menor medida el derecho fundamental. Aquí el rol protagónico es el del principio de Fragmentariedad del Derecho Penal. Para algunos autores, el principio de necesidad en Derecho Penal se concreta, por una parte, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los dos postulados que lo integran: última ratio y carácter fragmentario del Derecho Penal.

2.8.3. Sub Principio de Proporcionalidad

Implica el análisis de ponderación en el sentido que el grado de satisfacción del bien jurídico protegido con la conducta prohibida debe ser mayor al grado de no satisfacción del derecho fundamental limitado (libertad ambulatoria). En sentido estricto entenderemos como una ponderación entre dos grupos de principios iusfundamentales en conflicto. En el primer ámbito están influidos por los derechos o principios afectados por la norma prohibida y por su respectiva sanción penal, y en el segundo nivel están los bienes jurídicos protegidos por la norma penal. (Castillo Alva, 2004)

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El problema de investigación planteado en la presente tesis, es determinar cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la incorporación de la pena de multa como sanción principal en los delitos contra la administración pública, contenidos en los artículos: 379 requerimiento indebido de la fuerza pública; 380 abandono de cargo por funcionario público; 385 patrocínio ilegal; 390 retardo injustificado de pago y el 391 rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, del Código Penal peruano, cuya hipótesis tiene dos componentes:

3.1. Aplicación del principio de proporcionalidad

Este Principio es entendido como el que establece la relación entre la pena o medida de seguridad impuesta o que debe imponerse con el delito cometido; es decir, la magnitud de la represión penal debe estar de acuerdo a la magnitud del delito, en lo que radica la diferencia para imposición de tipos de penas en atención a la afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico; este principio pasaremos a analizar con el fin de poder demostrar dicha hipótesis; este principio general, tal como lo hemos desarrollado en el ítem 2.8, a su vez se subdivide en tres principios, el primero es el de idoneidad, el segundo el de necesidad y finalmente el de proporcionalidad en sentido estricto los mismos que analizamos a continuación.

Antes de pasar al estudio de los sub principios señalados, es necesario partir de ciertos conceptos de aplicación general con relación al principio de proporcionalidad y a los sub principios que de él se desprenden, en primer

lugar, dicho principio, lo que busca es la satisfacción de un fin constitucionalmente protegido y este debe ser entendido como aquel que forma parte de una obligación del Estado con la finalidad de mantener el orden constitucional; es de esta forma, que para el presente caso, dicho fin constituye una manifestación del *ius puniendi* por lo que surge la necesidad de perseguir las conductas que atenten contra dicho orden constitucional y a su vez sancionarlas; en tal sentido, para sustentar la imposición de la multa como sanción principal en los delitos contra la Administración Pública ya señalados, nos encontramos frente al segundo fin, es decir, el de sancionar los delitos perseguidos, constituyendo este nuestro fin constitucionalmente perseguido que debemos analizar con el objetivo de sustentar si es más adecuado imponer en dichos delitos la pena de multa como sanción principal en reemplazo de la pena privativa de la libertad.

Respecto del sub principio de idoneidad, entendido de manera concisa como la medida adoptada con la finalidad de conseguir el fin constitucionalmente perseguido, sea la más adecuada para tal efecto; es decir, en el presente caso el fin perseguido es la sanción de los delitos o conductas delictivas, ante lo cual debemos de analizar en específico si cada uno de los tipos de penas, es decir si la pena de multa o la privativa de la libertad, cumplen o no con dicha función en provecho y satisfacción del referido sub principio proveniente del principio de proporcionalidad.

Estando frente a la pena privativa de la libertad como medida con la finalidad de perseguir el fin constitucionalmente protegido que es la sanción de los delitos, podemos evidenciar que efectivamente cumple con dicha función, siendo en nuestro ordenamiento jurídico penal la medida utilizada en gran

medida y en la mayoría de los delitos, no siendo al excepción los delitos que estamos estudiando, lo que podemos advertir de lo establecido al describir y analizar los tipos penales señalados, los mismos que cuentan con la pena privativa de la libertad como sanción principal; por lo tanto, esta medida sí cumple con la persecución de dicho fin.

Del otro lado, tenemos el análisis de la pena de multa, recogida en nuestro ordenamiento jurídico como como una sanción que puede ser impuesta de manera principal, la misma que a lo largo de su evolución legislativa en nuestro ordenamiento jurídico, se ha ido incorporando de manera conjunta a la pena privativa de la libertad incidiendo en gran medida en los delitos de corrupción de funcionarios; no obstante, debemos añadir que los delitos que son objeto de estudio en el presente trabajo, no han sido incluidos en las últimas modificatorias que persiguen y sancionan a la mayoría de los delitos contra la Administración Pública, de tal forma, siguiendo la discusión respecto de la presente investigación, debemos de analizar si es posible que con la imposición de la pena de multa a los delitos de requerimiento indebido de la fuerza pública; abandono de cargo por funcionario público; patrocinio ilegal; retardo injustificado de pago y el rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, se logra sancionar de manera idónea y de tal manera se alcanza el fin constitucionalmente protegido, concluyendo que al igual que la pena privativa de la libertad, se logra dicho fin, puesto que al constituir una sanción reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, al misma que puede imponerse de forma principal, se está sancionando la comisión de dichas conductas delictivas.

En suma, tanto la pena privativa de la libertad como la pena de multa, logran alcanzar el fin protegido constitucionalmente, que es la sanción del delito, lo que implica que el análisis debe expandirse al estudio del siguiente sub principio, con la finalidad de poder dilucidar en concreto cuál sería la pena aplicable a los delitos analizados teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la naturaleza jurídica de las medidas sancionadoras que prescribe nuestro ordenamiento jurídico penal vigente.

En relación al sub principio de necesidad, se analiza que la medida adoptaba con la finalidad de sancionar el delito o las conductas delictivas – que en el presente caso son los delitos recogidos por nuestro ordenamiento jurídico contenidos en los artículos 379; 380; 385; 390 y el 391 – sea de menor lesividad, no obstante, que cumpla satisfactoriamente con el fin constitucionalmente protegido, analizando tanto la pena privativa de la libertad como la pena de multa en relación a este sub principio, para poder determinar cuál de las dos es menos lesiva e igualmente cumple con sancionar el delito.

Por una parte, la pena privativa de la libertad, siendo el pilar fundamental y pena aplicable por excelencia a las conductas delictivas recogidas por el ordenamiento jurídico de manera general, consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado o sentenciado, además, como lo menciona el profesor Reátegui Sánchez (2019), la pena privativa de la libertad resulta ser la más grave que contempla el ordenamiento jurídico, debido a que limita derechos de orden constitucional de gran importancia, por lo que se concluye que su aplicación debe ser de carácter excepcional

en atención y previa evaluación del delito en específico y del grado de afectación del bien jurídico protegido.

Sin embargo, de la revisión y estudios de los delitos analizados en nuestro trabajo de investigación, advertimos que en los delitos estudiados (requerimiento indebido de la fuerza pública artículo 379; abandono de cargo por funcionario público artículo 380; patrocinio ilegal artículo 385; retardo injustificado de pago artículo 390 y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad artículo 391 del Código Penal peruano) el legislador ha optado por sancionar tales conductas con penas privativas de la libertad. En relación a la pena privativa de libertad, esta tiene un carácter temporal, así como también puede ser de cadena perpetua, en el primer caso, va desde los dos días hasta los treinta y cinco años, precisando que dicha pena en caso de obtener una condena, será de carácter efectiva si es que la pena concreta impuesta al condenado, supera los cuatro años de privativa de la libertad, de lo contrario, esta será de carácter suspendido, lo que significa que el condenado en ningún momento será recluido en un establecimiento penitenciario, sino que simplemente tendrá que seguir las reglas de conducta establecidas por el juzgador en la sentencia; esto ha desencadenado una serie de cuestionamiento a dicha pena, respecto de la efectividad de la misma y de la necesidad de imponerla si en ninguno de los casos va a ser efectiva como es en los delitos que estamos estudiando, no logrando restringir en ninguna medida derechos de cualquier naturaleza, siendo esta una características de la represión penal recogido en nuestro sistema.

Del otro lado tenemos la pena de multa, entendida esta como la obligación pecuniaria por parte del condenado, para pagar a favor del estado un monto fijado en la sentencia producto de la comisión de un delito; en tal sentido, varios son los factores por los que se sustenta la incorporación e imposición de la pena de multa como sanción principal en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos.

En primer lugar, históricamente la pena de multa ha sido impuesta para delitos menores, así lo desarrolla Jescheck, H./Weigend, T, citado por Hurtado Pozo (1993) y al que hacemos referencia al desarrollar lo concerniente a la pena de multa y su evolución histórica; en ese sentido, tratándose de delitos que el legislador en atención a la afectación del bien jurídico protegido, los ha considerado menores o menos gravosos, razón por la que ha decidido imponer penas menores, amerita imponerles una sanción de acuerdo a ello, considerando el carácter grave de la pena privativa de la libertad y teniendo en cuenta las bondades de la pena de multa y el surgimiento histórico de esta, es de concluir que la sanción a imponerse para reprimir los delitos analizados, es la pena de multa.

De igual forma es necesario hacer referencia que el legislador ha optado por la imposición de la pena de multa como sanción conjunta en muchos de los delitos de corrupción de funcionarios, tomando como criterio la naturaleza del delito y la forma como surge, esto es, ha tenido en cuenta el carácter económico y patrimonial que dan origen a dichas conductas delictivas, concluyendo que al tener un origen de esa naturaleza, es necesario imponer una pena de acuerdo a ello, para tal efecto se ha optado por la pena de multa, puesto que también está revestida de un carácter

económico; no obstante, teniendo en cuenta el origen histórico de la pena de multa, ya mencionado anteriormente y su evolución legislativa, que como referíamos, era utilizada para los delitos menores, posteriormente, tal como lo menciona Hurtado Pozo, en algunos países de Europa esta pena se ha vuelto en el pilar principal del sistema sancionador, para lo cual se ha tomado en cuenta las condiciones económicas de las personas con la finalidad de asegurar el cumplimiento y ejecución de la medida.

En ese entender, consideramos que el legislador peruano se ha apartado de lo que original e históricamente sustentaba la imposición de la pena de multa como sanción principal ante la comisión de algún hecho que se consideraba como delictuoso; no obstante, en el presente trabajo de investigación, de manera argumentativa sustentamos la incorporación de la pena de multa como sanción principal para los delitos bajo análisis, para lo cual hemos tomado en cuenta criterios como la magnitud de los delitos, que en efecto el mismo legislador ha considerado que no revisten de gran magnitud, razón por la que ha decidido imponer penas que no superan los dos años de privativa de la libertad, precisando que en caso de que se obtenga una sentencia condenatoria, la misma tendrá el carácter de suspendida.

El siguiente criterio considerado para el presente argumento es la lesividad de la medida a imponerse, en este caso debemos analizar si la pena de multa resulta necesaria para obtener el fin constitucionalmente protegido, refiriéndonos a la sanción del delito; en efecto, si se cumple con tal función, teniendo en cuenta que es considerada por nuestro ordenamiento jurídico como un tipo de sanción a imponerse por la comisión de algún ilícito penal.

Frente a ello, debemos de hacer un análisis en virtud al tipo de represión penal con el que el legislador ha optado por sancionar dichos delitos, es decir, la pena privativa de la libertad, que si bien, de igual manera que la pena de multa, cumple con sancionar el delito, sin perjuicio de ello, debemos de centrar el análisis en la lesividad que representan cada una de las sanciones y la correspondencia con la conducta sancionada; en ese mismo sentido del análisis, cabe mencionar que la pena privativa de la libertad implica la limitación de un derecho fundamental de gran magnitud, refiriéndonos a la privación de la libertad ambulatoria y los que de manera colateral se afectan con la imposición de dicha sanción, del otro lado tenemos la pena de multa que limita un interés económico patrimonial, sin la necesidad de vulnerar más derechos, teniendo en cuenta que como refiere Jescheck, H./Weigend, T, citado por Mir Puig (2003) la pena de multa pese a poder afectar en forma sensible al patrimonio y a las posibilidades de actuación que él mismo supone, no menoscaba ningún bien personalísimo como la libertad, no arranca al sujeto de su entorno familiar y social, ni le priva de su trabajo. Frente a la pena privativa de la libertad, se presenta como una pena más humana y menos desocializante. Por otro lado, en lugar de suponer un costo económico para la colectividad, puesto que en la pena privativa de la libertad, el Estado proporciona alojamiento, comida y otros servicios al condenado, no recibiendo retribución al respecto, lo que significa un gasto económico adicional; la pena de multa le proporciona ingresos con los que cabría atender mejor a las víctimas del delito y a las necesidades de la justicia penal y de las instituciones penitenciarias.

En conclusión, es de evidenciarse que la sanción necesaria a imponerse con la finalidad de reprimir los delitos analizados, es la pena de multa, debido a que del análisis se ha podido verificar que la pena de multa como sanción punitiva, es menos lesiva que la pena privativa de libertad y de igual forma logra alcanzar el fin constitucionalmente protegido, que es de sancionar el delito de manera general.

Habiendo hecho el estudio precedente, no es necesario realizar un análisis detallado del sub principio de proporcionalidad propiamente dicho, debido a que la discusión ha sido resuelta con el estudio del sub principio de necesidad; no obstante, haremos una referencia en relación a dicho sub principio.

En lo concerniente al principio de proporcionalidad en sentido estricto o propiamente dicho, de manera general y abstracta, al referirnos a este principio en estricto, se ha establecido que a mayor represión penal – entendido como la magnitud de la pena a imponerse – debe ser mayor la satisfacción del fin constitucionalmente perseguido, que para el caso es la sanción del delito; es así, que teniendo en cuenta que dichos delitos, actualmente, son sancionados con pena privativa de la libertad no mayor de dos años, implica que en caso de ser impuesta al sentenciado, no va a ser de carácter efectiva, por lo que carece de fundamento su imposición, puesto que la naturaleza de la pena privativa de la libertad radica en sancionar al delincuente con la privación de su libertad ambulatoria; por lo que cobra mayor sustento la pena de multa, debido a que por una parte implica un beneficio económico al estado y por el otro, la limitación económica patrimonial como consecuencia del delito, será hecha directamente al

sentenciado y al patrimonio que lícitamente ha obtenido; en tal sentido, será mayor la satisfacción o alcance del fin jurídicamente protegido.

Cabe mencionar que al respecto, tal como menciona Hurtado Pozo (1993) si bien la pena de multa en la mayoría de países europeos se ha constituido en un pilar fundamental para la sanción de los delitos, aduciendo que sus efectos positivos respecto de la aplicación a todos los delitos en nuestro país, se debe a que ellos poseen un nivel socioeconómico por encima del común de los ciudadanos peruanos; por lo que hace más fácil su imposición y ejecución; no obstante, nuestra propuesta se encuentra orientada a la imposición de la pena de multa a sujetos que cuentan con una condición especial y que gozan de mayor estabilidad económica respecto del promedio de ciudadanos peruanos, en ese contexto, la aplicación de la pena de multa en los delitos analizados, resulta más adecuada para sancionar tales delitos.

3.2. Satisfacción de los fines preventivos generales y especiales de la pena

Para demostrar este componente hipotético, pasaremos al desarrollo de los conceptos ahí señalados.

Los fines preventivos de la pena son dos, por un lado el preventivo general y por el otro el preventivo especial; el primero, como desarrollábamos al estudiar los fines de la pena en el punto 2.5 y las teorías que lo sustentan, el fin preventivo que consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, que a su vez, se manifiesta de dos formas, tanto de forma positiva como

negativa; la positiva desde el punto de vista social y la satisfacción y tranquilidad que transmite a la sociedad la confianza de que el derecho penal sanciona las conductas delictivas de esa naturaleza y la prevención general negativa, dirigida de manera individual a los sujetos que se encuentran en la posibilidad de cometer tal delito, emitiendo el mensaje implícito de que serán sancionados penalmente; en este sentido, con la incorporación de la Pena de Multa como sanción principal en los presentes delitos, el ámbito de acción para verificar si es la más adecuada, está dado por la satisfacción de los fines preventivos de la pena, en específico el preventivo general negativo, puesto que desmotivaría al funcionario o servidor público para incurrir en la comisión del delito en evidente falta de sus obligaciones, lo que implica que debe de cumplir adecuadamente con las funciones para las cuales ha sido designado en virtud al cargo que desempeña, en tanto que su incumplimiento o infracción de los deberes asignados, repercute con la imposición de la Pena de Multa, afectando su patrimonio, estabilidad económica y comodidad a la que está acostumbrado.

Luego de ello, tenemos el fin preventivo especial, como desarrollamos precedentemente, el momento en el que opera este fin de la pena, es luego de la comisión del delito y de la imposición de la sanción penal respectiva, de igual forma, presenta un ámbito positivo y otro negativo, el primero, relacionado al mensaje transmitido a la sociedad respecto de que los delitos cometidos no quedan impunes, sino que son merecedores de una sanción de naturaleza penal y por el otro lado, las consecuencias de la imposición de la sanción penal, desmotivan al condenado la futura comisión de un

segundo delito, teniendo el mismo efecto que la prevención especial, pues nos ubicamos en el momento de haberse cometido el hecho e impuesto una sentencia condenatoria, el funcionario o servidor público, viendo la afectación económica de su patrimonio, evitará un nuevo delito en aras de proteger su estabilidad personal y familiar; así mismo el profesor Urquiza Oleachea (2014) afirma que puede comprobarse que el autor que es sancionado con una pena de multa es claramente menos reincidente que aquel otro al que se le impone una pena de prisión o que, incluso, debe cumplir con la referida pena limitativa de la libertad ambulatoria; debiendo afirmar de acuerdo a la tesis que venimos postulando en el presente trabajo, que principalmente la pena de prisión es impuesta a aquellos delincuentes en los que, desde un principio, existe un peligro alto de reincidencia.

CONCLUSIONES

1. Se concluye que los fundamentos jurídicos para imponer la pena de multa como sanción principal en los delitos contra la administración pública contenidos en los artículos 379 requerimiento indebido de la fuerza pública; 380 abandono de cargo por funcionario público; 385 patrocinio ilegal; 390 retardo injustificado de pago y el 391 rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, del Código Penal peruano, son la plasmación del principio de proporcionalidad y la satisfacción de los fines preventivos general y especial de la pena
2. La imposición de la pena de multa como sanción principal en los delitos estudiados resulta beneficiosa debido a que sin importar que se afecte el patrimonio del sentenciado y las posibilidades de actuación que él mismo supone, no menoscaba ningún bien personalísimo como la libertad, no arranca al sujeto de su entorno familiar y social, ni le priva de su trabajo. Frente a la prisión se presenta como una pena más humana y menos desocializante.
3. La imposición de la pena de multa como sanción principal en los delitos analizados está acorde con el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la magnitud de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, dicha pena resulta más adecuada respecto de la pena privativa de la libertad.
4. Se ha demostrado teóricamente que la pena de multa cumple con los fines preventivos tanto general como especial de la pena, en tanto que la imposición de una sanción penal que implica una afectación patrimonial, por un lado desmotivaría a los sujetos para la comisión de un delito por el temor

de ver afectado su patrimonio legalmente obtenido y con ello el desmedro de sus condiciones de vida y comodidades, así como luego de la imposición y cumplimiento de la pena impuesta, el sentenciado no querrá volver a desestabilizar económicamente a su familia y a sí mismo, sacrificando las comodidades de las que gozaban.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar al Congreso de la República, legislar la incorporación de la pena de multa como sanción principal en los delitos contra la administración pública contenidos en los artículos 379 requerimiento indebido de la fuerza pública; 380 abandono de cargo por funcionario público; 385 patrocinio ilegal; 390 retardo injustificado de pago y el 391 rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, del Código Penal peruano.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA NORMATIVA

**PROYECTO DE LEY QUE
INCORPORA LA PENA DE MULTA
COMO SANCIÓN PRINCIPAL EN
LOS ARTÍCULOS 379, 380, 385, 390
Y 391 DEL CÓDIGO PENAL
PERUANO**

A iniciativa del Congresista que suscribe, ejerciendo el derecho conferido en el Constitución Política en su artículo 107, y de conformidad con el Reglamento del Congreso de la República, artículo 76, presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
HA DADO LA SIGUIENTE LEY:**

**LEY QUE INCORPORA LA PENA DE MULTA COMO SANCIÓN PRINCIPAL
EN LOS ARTÍCULOS 379, 380, 385, 390 Y 391 DEL CÓDIGO PENAL
PERUANO**

Artículo 1. Incorpórese la pena de multa como sanción principal en los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del código penal peruano, de la siguiente manera:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El código penal peruano en su conjunto ha sufrido muchas modificatorias y en lo que se ha incidido en los últimos años son los delitos contra la administración pública, ciertamente no en todos los delitos, sino en los que han sido considerados más graves, o de mayor afectación al bien jurídico protegido, dejando de lado los delitos que han sido considerados como no graves; sin embargo, se ha mantenido la pena privativa de la libertad como sanción principal, la misma que es considerada la sanción más grave recogida en nuestro ordenamiento jurídico; no obstante, existen otras medidas que de igual forma se recogen y pueden imponerse como sanciones principales; es el caso de la pena de multa, y por tratarse de delitos menores, es la sanción que debe de imponerse a los referidos delitos.

ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley no genera gasto al Estado.

EFFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta Legislativa que se propone incorporar la pena de multa como sanción principal en los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del código penal peruano,

Lima, noviembre de 2019.

LISTA DE REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (1998). *Principios del Derecho Penal - Parte General*. Madrid - España: Ediciones AKAL - 5° Edición.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi - 2° Edición.
- Castillo Alva, L. (2004). *Principios de Derepcjho Penal Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- César Bonesana, M. d. (1993). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Brasil: EDITORIAL HELIASTA.
- Donna, A. (2000). *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III*. Buenos Aires - Argentina: RUBUZNAL CULZONI.
- Fernández Sessarego, C. (1995). *Derecho y Persona*. Trujillo: NORMAS LEGALES.
- Hurtado Pozo, J. (1993). La Pena de Multa. *Revista de Derecho Penal y Ciencias Políticas Vol. 50, 01*.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la Teoría de la Pena*. (trad. Manuel Cancio Meliá) Bogotá - Colombia: CARGRAPHICS S. A.
- Mapelli Caffarena, B. (2011). *Las Consecuencias Jurpidicas del Delito*. Pamplona: Aranzadi.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona - España: BOSCH.

Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Argentina: B de F Ltda.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2004). *Derecho Penal Parte General* (Vol. Tomo II). Lima: IDEMSA.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2011). *Derecho Penal Parte General Tomo II*. Lima: Idemsa.

Pérez Arroyo, M. R. (1996). Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal peruano. *Derecho & Sociedad*, 226-238.

Prado Saldarriaga, V. (s.f.). Las Penas de la Reforma Penal.

REALE, M. (1997). *Teoría Tridimensional del Derecho*. Madrid: TECNOS.

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: GRIJLEY.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General T1*. Madrid - España: CIVITAS.

Vásquez - Portomeño Seijas, F. (2003). *Delitos Contra la Administración Pública, Teoría General*. Madrid - España: Universidad Santiago de Compostela.