

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **TESIS:**

### **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE SE VULNERAN AL PROHIBIR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**

Presentada por:

**Bachiller: EINSTEIN DAMACÉN JAUREGUI**

Asesor:

**M.Cs. RICARDO EUSTAQUIO SÁENZ PASCUAL**

**Cajamarca, Perú**

**2019**

COPYRIGHT © 2019 by  
**EINSTEIN DAMACÉN JAUREGUI**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **TESIS APROBADA:**

### **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE SE VULNERAN AL PROHIBIR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**

Presentada por:

**Bachiller: EINSTEIN DAMACÉN JAUREGUI**

#### **JURADO EVALUADOR**

M.Cs. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual  
Asesor

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva  
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Jurado Evaluador

M.Cs. José Luis López Núñez  
Jurado Evaluador

**Cajamarca, Perú**

**2019**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



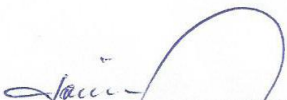
**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**


**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

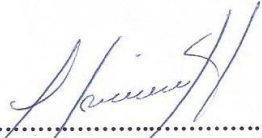
Siendo las 17:30 horas, del día 26 de diciembre de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA, Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO, M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. RICARDO EUSTAQUIO SÁENZ PASCUAL** Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE SE VULNERAN AL PROHIBIR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO**, presentada por el **Bach. en Derecho EINSTEIN DAMACÉN JAUREGUI**

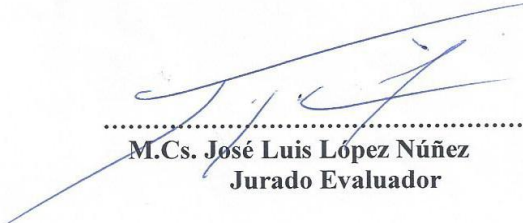
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de QUINCE (15) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho EINSTEIN DAMACÉN JAUREGUI**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Siendo las 19:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**M.Cs. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual**  
Asesor

  
.....  
**Dr. Juan Carlos Tello Villanueva**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dra. María Isabel Pimentel Tello**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**M.Cs. José Luis López Núñez**  
Jurado Evaluador

## ÍNDICE

TABLA DE CONTENIDO	v
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	xii

### CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PROBLEMÁTICA O CONTEXTUALIZACIÓN	1
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	4
1.4. JUSTIFICACIÓN	4
1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN	6
1.5.1. De acuerdo con el fin que se persigue	6
A. Básica	6
1.5.2. De acuerdo con el diseño de la investigación	7
A. Descriptiva	7
B. Propositiva	7
1.5.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan	8
A. Cualitativa	8
1.6. HIPÓTESIS	9
1.7. VARIABLES	9
1.8. OBJETIVOS	9
1.8.1. Objetivo general	9
1.8.2. Objetivos específicos	9
1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN	10
1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	10
1.10.1. Propios del derecho	10
A. Método exegético	10

B. Método dogmático	11
C. Método analítico	12
D. Método argumentativo	12
1.11. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	13
1.11.1. Análisis documental	13

## CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. LA PENA	14
2.1.1. Concepto	14
2.2. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991	16
2.2.1. Según su posición funcional	17
A. Penas principales	17
B. Penas accesorias	17
2.2.2. Según su incidencia aplicativa	18
A. Penas acumulativas	18
B. Penas alternativas	18
C. Penas sustitutivas	18
2.2.3. Según el bien jurídico afectado	19
A. Pena privativa de libertad	19
B. Penas restrictivas de la libertad	22
C. Penas limitativas de derechos	22
D. Penas multa	23
2.3. FINES DE LA PENA	24
<b>2.3.1.</b> Teoría de la retribución	24
<b>2.3.2.</b> Teorías relativas de la pena	27
A. La teoría de la prevención especial	28
B. La teoría de la prevención general	30
<b>2.3.3.</b> Teoría de la unión	33
<b>2.3.4.</b> La teoría unificadora preventiva	34

A. El fin exclusivamente preventivo de la pena	35
B. La renuncia a toda retribución	36
C. El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención	36
2.4. FINES DE LA PENA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	38
2.5. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	40
2.5.1. Antecedentes	41
2.5.2. Concepto	44
2.5.3. Fundamento	45
2.5.4. Naturaleza jurídica	48
2.5.5. Requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena	52
A. Pena privativa de libertad no mayor de cuatro años	52
B. Pronóstico futuro del condenado	55
C. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual	59
D. Verificación de los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena	61
<b>2.5.6.</b> Reglas de conducta en la suspensión de la ejecución de la pena	61
<b>2.5.7.</b> El periodo de prueba en la suspensión de la ejecución de la pena	63
<b>2.5.8.</b> Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta	64
A. La amonestación del infractor	64
B. Prórroga del plazo de prueba	65
C. La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena	65
<b>2.5.9.</b> Efecto del cumplimiento de las reglas de conducta	67
2.6. ANÁLISIS DE LAS MODIFICATORIAS LEGISLATIVAS AL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL	68
2.6.1. Exposición de motivos de la Ley 30304	69

2.6.2. Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1351	70
2.6.3. Exposición de motivos de la Ley N° 30710	71
2.6.4. Cuestionamiento a la exposición de motivos de la Ley 30304 y Decreto Legislativo 1351	72
2.6.5. Posiciones doctrinarias a favor y en contra de la modificación del artículo 57 del Código Penal por la ley 30304	75
<b>2.6.6.</b> Delitos en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, conforme a la ley N° 30710	79
2.7. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, DE RESOCIALIZACIÓN, Y PROPORCIONALIDAD DE LA PREVISIÓN LEGAL	89
2.7.1. Principio de igualdad ante la ley	91
A. El contenido constitucionalmente protegido del principio-derecho a la igualdad	95
B. Manifestaciones del principio-derecho a la igualdad	96
C. Principio-derecho de igualdad ante la ley	97
D. Aplicación del test de igualdad	100
<b>2.7.1.</b> Principio de resocialización	100
A. Concepto	100
B. Regulación	101
C. Fin resocializador de la pena	102
D. Exigencia del cumplimiento del fin resocializador de la pena	103
<b>2.7.2.</b> Principio de proporcionalidad	106
A. Concepto	106
B. Regulación	108
C. Fundamentos	109
D. Importancia	109
E. Principio de legalidad vs. Principio de proporcionalidad	110
F. Principio de proporcionalidad de la previsión legal	115
G. Componentes del principio de proporcionalidad	118



H. Aplicación del test de proporcionalidad	121
2.8. EL CONTROL DIFUSO	123
2.8.1. Concepto	123
2.8.2. Regulación	124
2.8.3. Importancia	124
2.8.4. Principios que fundamentan el control difuso	125
A. El principio de supremacía constitucional	125
B. Principio de independencia en la función jurisdiccional	127
2.8.5. Aplicación del control difuso	130

### CAPÍTULO III PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1. DISCUSIÓN Y RESULTADOS	133
3.1.1. Sobre la pena, sus fines y los que adopta la Constitución	133
3.1.2. Sobre el fundamento y naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena	137
3.1.3. Respecto al principio de igualdad ante la ley, el principio de resocialización y el principio de proporcionalidad	139

### CAPÍTULO IV

4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	174
CONCLUSIONES	180
RECOMENDACIONES	181
LISTA DE REFERENCIAS	182
ANEXOS	196

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo general determinar si la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena al funcionario o servidor público condenado por los delitos de colusión, peculado, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito, resulta vulneradora de principios constitucionales; pese a que tenga respaldo constitucional y resulte una medida idónea para reducir los índices de corrupción en el país. Para el logro de este objetivo, se consideró el método exegético, dogmático, analítico y argumentativo. Por su parte, una vez desarrollados los objetivos específicos de la investigación, referidos a los fines de la pena, naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena, los principios de igualdad ante la ley, resocialización y proporcionalidad en la aplicación de la pena, se verificó que estos aspectos contribuyen al logro del objetivo general. Lo cual, a la vez, sirvió para demostrar nuestra hipótesis, en el sentido que la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena para funcionarios o servidores públicos, condenados por ciertos delitos, vulnera los principios constitucionales de igualdad ante la ley, el principio de resocialización y el principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena.

Palabras clave: Principios constitucionales, principio de igualdad ante la ley, principio de resocialización, principio de proporcionalidad, suspensión de la ejecución de la pena y fines de la pena.

## **ABSTRACT**

*The general objective of this investigation is to determine whether the prohibition of the suspension of the execution of the sentence to the official or public servant convicted of offences of collusion, peculia, embezzlement, specific passive bribery, passive corruption of jurisdictional auxiliaries, incompatible negotiation and illicit enrichment, is in breach of constitutional principles; although it has constitutional support and is an appropriate measure to reduce corruption rates in the country. For the achievement of this objective, the exegetical, dogmatic, analytical and argumentative method was considered. For its part, once the specific objectives of the investigation have been developed, relating to the purposes of the penalty, the legal nature of the suspension of the execution of the sentence, the principles of equality before the law, resocialisation and proportionality in the application of the penalty, it was verified that these aspects contribute to the achievement of the overall objective. This, at the same time, served to demonstrate our hypothesis, in the sense that the prohibition of the suspension of the execution of the sentence for civil servants, convicted of certain crimes, violates the constitutional principles of equality before the law, the principle of resocialization and the principle of proportionality in the application of the sentence.*

*Keywords: Constitutional principles, principle of equality before the law, principle of resocialization, principle of proportionality, suspension of execution of the penalty and purposes of the penalty.*

## INTRODUCCIÓN

La Ley N° 30304 (publicada el 28 de enero de 2015) modificó el artículo 57 del Código Penal, incorporando un último párrafo, prohibiendo la suspensión de la ejecución de la pena al funcionario o servidor público condenado por los delitos dolosos previstos en el artículo 384 y 387 del Código Penal.

El Decreto Legislativo N° 1351 (publicado el 07 de enero de 2017), modificó nuevamente el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, prohibiendo la suspensión de la ejecución de la pena, en los delitos siguientes: segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código Penal.

Recientemente, a través de la Ley N° 30710, se ha prohibido la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos previstos en el artículo 122-B y literales c), d) y e) del artículo 122 del Código Penal.

De manera que, en la actualidad a ningún funcionario o servidor público condenado por los delitos (contra la administración pública) indicados precedentemente, e incluso el condenado por los delitos previstos en el literal c), d) y e) del artículo 122, y el artículo 122-B del Código Penal, se le podrá aplicar la suspensión de la ejecución de la pena; no obstante cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 57 primer párrafo, incisos 1, 2 y 3 del Código Penal, los cuales son: i) Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; ii) Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la

personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito doloso; y, iii) Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

Lo expuesto en el considerando precedente, no se condice con el Estado Constitucional Derecho en el que nos encontramos, debido a que tal prohibición se considera que vulneraría principios constitucionales, tales como el principio de igualdad ante la ley, proporcionalidad en la aplicación de la pena y resocialización. El juez Penal debe aplicar la pena según el caso en concreto, tomando en cuenta que, una cosa es merecimiento de pena y otra la necesidad de pena.

Los aspectos que se han desarrollado en el marco teórico de nuestra investigación, para demostrar nuestra tesis, son: la pena; las clases de pena; los fines de la pena; los fines de la pena que adopta la Constitución Política respaldado por el Tribunal Constitucional; la suspensión de la ejecución de la pena, sus antecedentes, fundamento y naturaleza; y, por último, los principios constitucionales de igualdad ante la ley, proporcionalidad en la aplicación de la pena y resocialización.

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

#### 1.1. PROBLEMÁTICA O CONTEXTUALIZACIÓN

La Ley N° 30304<sup>1</sup> modificó el artículo 57 del Código Penal, prohibiendo la suspensión de la ejecución de la pena al funcionario o servidor público condenado por los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal.

Luego, a través, del Decreto Legislativo N° 1351<sup>2</sup> se modificó el último párrafo del artículo 57 del Código Penal<sup>3</sup>, por el cual, se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, en los siguientes delitos: artículo 389 segundo párrafo (Malversación), artículo 395 (Cohecho pasivo específico), artículo 396 (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), artículo 399 (Negociación incompatible) y artículo 401 (enriquecimiento ilícito) del Código Penal.

---

<sup>1</sup> Publicada en el Diario El Peruano, el 28 de enero de 2015.

<sup>2</sup> Publicado en el Diario El Peruano, el 07 de enero de 2017.

<sup>3</sup> Que recientemente fue modificada por la Ley N° 30304, publicada el 28 de enero de 2015.

Finalmente, se publicó la Ley N° 30710<sup>4</sup>, en la cual se prohibió la suspensión de la ejecución de la pena a los condenados por los delitos previstos en los artículos 122-B<sup>5</sup> y literales c), d) y e) del artículo 122<sup>6</sup> del Código Penal<sup>7</sup>.

De esta manera, el legislador pretende que a ningún funcionario o servidor público, condenado por alguno de los delitos referidos *ut supra* se le pueda aplicar la suspensión de la ejecución de la pena; no obstante, cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 57, primer párrafo, incisos 1, 2 y 3 del Código Penal, los cuales son: **i)** Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; **ii)** Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir

---

<sup>4</sup> Publicada en el Diario El Peruano, con fecha 29 de diciembre de 2017, por renuencia del señor presidente de la república, fue promulgado por el orden del presidente del Congreso de la República.

<sup>5</sup> Artículo 122-B. Agresiones en contra de las mujeres o integrantes de un grupo familiar  
El que de cualquier modo cause lesiones corporales a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar que requieran menos de diez días de asistencia o descanso, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 36 (...).

<sup>6</sup> Artículo 122.- Lesiones leves

1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.
2. (...)
3. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de acuerdo con el artículo 36, cuando:
  - a). (...)
  - c). La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.
  - d). la víctima se encontraba en estado de gestación
  - e). La víctima es el padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad o adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2, y 3 del primer párrafo del artículo 108-B.

<sup>7</sup> Este no es un aspecto que se ha desarrollado en la investigación, empero solo se precisa para efectos didácticos.

al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito<sup>8</sup> y, **iii)** Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

Revisada la exposición de motivos de la Ley N° 30304<sup>9</sup> y del Decreto Legislativo N° 1351, se puede advertir que el aspecto fundamental por el cual el legislador ha adoptado la referida medida legislativa (prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en ciertos delitos) fue para reducir los índices de corrupción en el país.

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los condenados por los delitos cometidos por funcionario o servidor público que se han indicado *ut supra*, puede ser una medida que atente contra principios constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad.

De demostrarse ello, estaríamos ante una norma inconstitucional; pues, conforme menciona Caro John (2009), “la creación de una norma penal deberá respetar las garantías que emanen de los principios reconocidos por la Constitución, caso contrario nos encontraríamos frente una norma inconstitucional” (p. 31).

---

<sup>8</sup> El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

<sup>9</sup> Fuente: Revista de Administración Pública & Control, Número 14, febrero de 2015, pp. 8-9.



En ese sentido, si una norma penal no cumpliera con respetar los principios que emanan de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), probablemente estaríamos ante un sistema penal ilegítimo.

Por lo tanto, se hace necesario investigar si la disposición normativa *sub examine* vulneraría principios constitucionales, que son fuente del sistema penal y procesal, vigente.

### **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

**1.3.1.** ¿Qué principios constitucionales se vulnerarían al prohibir la suspensión de la ejecución de la pena, en los delitos de colusión, peculado, malversación, enriquecimiento ilícito, negociación incompatible, cohecho pasivo específico y corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales?

### **1.4. JUSTIFICACIÓN**

Desde un punto de vista teórico, resulta importante la presente investigación, porque se pretende determinar los principios constitucionales que se vulnerarían al prohibir la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos antes referidos cometidos por funcionario o servidor público.

Asimismo, desde un fin práctico, se pretende que los argumentos que respalde la hipótesis ayuden a los jueces de sustento para que, a través, del control

difuso<sup>10</sup> inapliquen al caso concreto la disposición normativa *sub examine*. Además, sirva como fundamento de la exposición de motivos de la propuesta legislativa de derogatoria de la Ley N° 30710<sup>11</sup>, solo en el extremo que ratifica la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena para funcionarios o servidores públicos que han cometido los delitos indicados líneas arriba.

De otro lado, la presente investigación es útil porque se determinará si la medida de suspensión de la ejecución de la pena frente a la comisión de ciertos delitos cometidos por funcionario o servidor público resulta conforme con la Constitución. Lo cual permitiría que los operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales, etc.) tengan a su alcance algunas razones para que lo apliquen o no al caso concreto.

---

<sup>10</sup> Siendo esta una de las formas de control constitucional, que, si bien expresamente no está recogido en la Constitución, pero cuando se habla de control difuso nos remitimos por práctica jurídica y doctrinaria, al artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución Política del Perú. Dispositivo en el cual se dispone: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. El control difuso tiene su propio procedimiento debido a que las sentencias expedidas por los jueces pueden ser elevadas en consulta ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema para que se pronuncie sobre el tema controvertido. Esto de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>11</sup> Por cuanto esta ley introdujo la última modificatoria al artículo 57 último párrafo del Código Penal, con la cual, no solo se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena para los funcionarios o servidores públicos condenados por ciertos delitos, sino también para aquellos agentes que cometen agresiones contra mujeres o integrantes de grupo familiar (artículo 122-B, y literales c), d), y e), del numeral 3, del artículo 122 del Código Penal). Y de ser el caso, sirva de sustento para una futura demanda de inconstitucionalidad.

## 1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

### 1.5.1. De acuerdo con el fin que se persigue

#### A. Básica

Como menciona Tentaleán Odar (2005), “la investigación jurídica puede dividirse en básica o aplicada” (p. 23). Por su parte, Fernández Flecha, señala que:

La investigación científica podrá ser, por un lado, pura o básica, o, por otro lado, aplicada. Mientras la primera se centra únicamente en el desarrollo de nuevo conocimiento (es decir, en la intención de saber o conocer más sobre un tema), la segunda busca resolver un problema específico de la realidad (es decir, busca intervenir en el mundo para hacerlo un mejor lugar). (Fernández Flecha, p. 12)

En esa línea, nuestra investigación se enmarca en el tipo de investigación básica, porque solo busca conocer sobre un tema específico. En el caso, saber qué principios constitucionales se vulnerarían al prohibir la suspensión de la ejecución de la pena a funcionarios o servidores públicos condenados por los delitos de malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito; se vulneraría principios constitucionales. Para ello, únicamente se aplicará la dogmática penal, sin hacer un diagnóstico de campo.

## 1.5.2. De acuerdo con el diseño de la investigación

### A. Descriptiva

Como explica Taboada Neira (2005), “los estudios descriptivos sirven para determinar cómo es y cómo se manifiesta un fenómeno y sus componentes” (p. 115). En ese sentido, este tipo de investigación permitirá dar a conocer si la disposición *sub examine* (artículo 57, parte pertinente del Código Penal) vulnera o no principios constitucionales. Para lo cual, será necesario utilizar la investigación bibliográfica, como libros y jurisprudencia, con el propósito de disponer de un panorama amplio que nos permita efectuar un análisis amplio del tema de investigación, con el objeto de dar una propuesta sobre el particular.

### B. Propositiva

Las investigaciones propositivas, conforme menciona Tentaleán Odar (2016), “son aquellas en donde se formula una propuesta de modificación, derogación o creación de una norma jurídica, sin perjuicio de que puede haber investigaciones dogmáticas sin necesidad de culminar en una propuesta” (p. 8).

En la presente investigación, una vez comprobada nuestra hipótesis, en primer lugar, propondremos la aplicación del control difuso por parte de los jueces; en segundo lugar, la derogatoria de la Ley N° 30710, en lo que respecta a la modificatoria que introdujo

al último párrafo del artículo 57 del Código Penal, referido a los delitos cometidos por funcionario o servidor público.

### **1.5.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan**

#### **A. Cualitativa**

En palabras de Croda Marini y Abab Espíndola (2016), “los modelos metodológicos que, debido al abordaje de sus objetos de estudio, a través, de técnicas e instrumentos específicos, se conocen como cualitativos. Esas técnicas logran obtener información directa, mediante el análisis de documentos” (p. 17).

En ese sentido, la presente investigación utilizará el enfoque cualitativo, pues el problema planteado será sustentado utilizando como técnica el análisis documental, consistente en doctrina, jurisprudencia, y normas existentes, que sustenten la posición del tesista.

### **1.6. HIPÓTESIS**

Los principios constitucionales que se vulnerarían al prohibir la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de colusión, peculado, malversación, enriquecimiento ilícito, negociación incompatible, cohecho pasivo específico y corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, son: el principio de igualdad ante la ley, el principio de resocialización y el principio de proporcionalidad.

## **1.7. VARIABLES**

En la presente investigación no se utilizará variables.

## **1.8. OBJETIVOS**

### **1.8.1. Objetivo general**

- A. Establecer cuáles son los principios constitucionales que se vulnerarían al prohibir la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de colusión, peculado, malversación, enriquecimiento ilícito, negociación incompatible, cohecho pasivo específico y corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.

### **1.8.2. Objetivos específicos**

- A. Explicar la pena, sus fines y los fines de la pena que adopta la Constitución. Esto, para determinar si la medida (prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena), se condice con los fines de la pena que adopta la Constitución. Y esto a la vez para dotarle de consistencia a nuestra hipótesis.
- B. Explicar el fundamento, naturaleza jurídica y requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena. Esto para determinar si la medida armoniza con el fundamento del instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena. Y esto a la vez para dotarle de consistencia a nuestra hipótesis.

- C. Explicar el principio de igualdad ante la ley, el principio de resocialización y el principio de proporcionalidad; con el objeto, desarrollar el test de igualdad y proporcionalidad, a fin de establecer si los principios constitucionales precisados en nuestra hipótesis se vulnerarían o no, con la medida.

## **1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Actualmente sobre la presente investigación no existen tesis ni proyectos, tanto a nivel de pregrado y post grado, por lo menos en las Universidades de la región, así como tampoco en la Universidad Nacional de Trujillo y la Universidad Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, donde se ha verificado que no existe tema de investigación como el que se desarrolla.

## **1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

Para dar solución al problema planteado se utilizará los siguientes métodos de investigación.

### **1.10.1. Propios del derecho**

#### **A. Método exegetico**

Según Ramos Núñez (2002) “este método consiste en el estudio lineal de las normas tal y como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo, respetando al máximo la redacción hecha por el

legislador al elaborar textos normativos” (p. 71). En la presente investigación utilizaremos este método porque tenemos que analizar el último párrafo del artículo 57 del Código Penal, en su integridad. Luego analizaremos sentencias del Tribunal Constitucional en donde se desarrolle los principios constitucionales que se han referido en nuestra hipótesis, además, doctrina, jurisprudencia nacional y extranjera referida al tema a tratar; lo cual permitirá comprobar y respaldar nuestra hipótesis.

## **B. Método dogmático**

Existen diversas formas de realizar investigaciones jurídicas; en ese sentido, menciona Sánchez Zorrilla (2011) “existen investigaciones jurídicas doctrinales que, pueden ser de dos tipos: la dogmática propiamente dicha y la hermenéutica, es decir de interpretación de normas jurídicas” (p.337). En nuestro caso, la investigación es netamente dogmática. Este método será utilizado para la parte propositiva de la investigación, pues después de confirmarse la hipótesis, como segundo paso, realizaremos una propuesta que los jueces vía control difuso inapliquen el artículo 57 del Código Penal, según el caso concreto; sin perjuicio de una propuesta legislativa de derogatoria de Ley N° 30710<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Debido a que esta es la última ley vigente desde el 30 de diciembre de 2018, por la cual se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena para ciertos delitos, incluidos los tipos penales formulados en nuestra pregunta de investigación.



### **C. Método analítico**

Como indica Taboada Neira (2005), “este método consiste en la descomposición de un todo en sus elementos, mediante una operación intelectual que se le denomina análisis” (p. 57). Para llevar una investigación con este método, deben seguirse los siguientes pasos: observación, descripción, examen crítico, descomposición del fenómeno, enumeración de las partes, ordenamiento y clasificación; todo ello para llegar al conocimiento de una idea particular.

En el caso en concreto, tenemos que analizar no solo el fundamento, naturaleza jurídica y requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena como medida de régimen de prueba, sino también las sentencias del Tribunal Constitucional en donde desarrolla los principios constitucionales que se vulnerarían al prohibirse la suspensión de la ejecución de la pena, para luego entrar al aspecto propositivo de nuestra investigación.

### **D. Método argumentativo**

Conforme menciona Van Hoecke (2011), “lo que se enfatiza en este método es la argumentación para defender alguna interpretación o solución jurídica. De hecho, interpretación y argumentación no pueden separarse la una de la otra. La interpretación es el fin y la argumentación el medio para sustentar esa interpretación” (p. 132).

En ese sentido, este método de investigación ayudará a dar una fundamentación legal, jurisprudencial y doctrinaria, para demostrar y sustentar la hipótesis.

## **1.11. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.11.1. Análisis documental**

Por ser una investigación de tipo descriptiva – propositiva, tendremos que revisar y analizar toda documentación que se haya recopilado, empezando por el estudio de la codificación e información relacionada con el problema, esto es, sentencias del Tribunal Constitucional, jurisprudencia de la Corte Suprema, artículos de reconocidos doctrinarios, etc. Esta técnica será fundamental, pues permitirá a través del análisis de documentos, llegar a demostrar nuestra hipótesis.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. LA PENA**

##### **2.1.1. Concepto**

Por el principio de legalidad “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella” (Código penal, art. II del Título Preliminar). Asimismo, atendiendo al principio de lesividad, “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley” (Código Penal, art. IV del Título Preliminar. Finalmente, al amparo del principio del debido proceso, referido a que “solo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley” (Código Penal, art. V del Título Preliminar).

De un análisis de estas disposiciones normativas, consideramos que la pena es una sanción prevista en la ley, que impone el órgano jurisdiccional al autor del delito o una falta por haber vulnerado bienes jurídicos tutelados por el Derecho. La pena tiene como consecuencia la afectación de los derechos del condenado, tales como: la libertad, pérdida de derechos civiles, políticos o económicos.

Desde una concepción filosófica, Gracia Martín (1996), sostiene que “la pena es siempre un mal para el delincuente” (p. 54). De tal posición doctrinaria, se advierte un contenido retributivo de la pena. Ante ello, hay que destacar la aclaración teleológica que formula Morillas (1991), al sostener que, “la pena no puede comprenderse como un castigo, en el sentido de venganza social contra el que delinque” (p. 13).

Ahora, es materia de investigación la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en ciertos delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos. Esta prohibición se ha dispuesto en base a estadísticas y encuestas de opinión de la ciudadanía que dan cuenta del incremento de los índices de corrupción en el país, que se traducen en los cuadros estadísticos que se muestran en la exposición de motivos de la Ley N° 30304 y el Decreto Legislativo N° 1351<sup>13</sup>.

Este motivo, conforme menciona Rodríguez Campos (2013), “las estadísticas de incremento del índice de comisión de delitos o aumento de la corrupción no deben ser razones de política criminal, estas deben atender a principios constitucionales y sobre todo a la realidad penitenciaria del país” (p. 275).

Además, esta forma de legislar es muestra absoluta del populismo penal que se advierte de las últimas modificatorias al Código Penal, que

---

<sup>13</sup> Que se explicará en la página 75 y 77, respectivamente.

se caracteriza conforme indica Díez Ripollés (2013), “por ser una política encaminada a privar del margen de discrecionalidad a los jueces, y afán de los políticos de satisfacer superficiales demandas populares, para demostrar que son los más duros ante el crimen” (p. 80).

De manera que, la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena para funcionarios o servidores públicos condenados por ciertos delitos, genera que se imponga penas efectivas de corta duración a aquellos agentes primarios que lejos de resocializarse en el establecimiento penitenciario, se pueden perfeccionar en el crimen; pues las cárceles son escuelas del crimen, así lo advierte Brandaríz García (2014), cuando indica que, “estudios con diversas orientaciones disciplinarias han evidenciado, desde hace décadas, que ese marco de socialización tiende a generar efectos estigmatizadores y desocializadores, que en buena parte de los casos influyen en la conformación de carreras criminales” (p. 22).

## **2.2. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991**

A lo largo de la historia como menciona Villa Stein (2014), “las penas en el derecho se han clasificado de diversas formas” (p. 552). Así, por ejemplo, Carranza (1944) citado por Villa Stein (2014, p. 552) las agrupaba en: penas capitales, afflictivas, infamantes y pecuniarias.

En esta oportunidad tendremos en cuenta la clasificación que hace el profesor Peña Cabrera Freyre (2017), quien indica que “las penas en nuestro *corpus punitivo* se clasifican de la siguiente manera: según su posición funcional; conforme a su incidencia aplicativa; y, según el bien jurídico afectado” (p. 398). Así veamos:

### **2.2.1. Según su posición funcional**

#### **A. Penas principales**

Este tipo de penas conforme lo sostiene Peña Cabrera Freyre (2017), “se aplican directamente por la realización del hecho punible; su imposición no depende de otra clase de pena, porque gozan de autonomía impositiva de *lege lata*” (p. 398). A decir de Villa Stein (2014), se imponen de manera autónoma, no dependiendo de ninguna otra. Ejemplo penas privativas de libertad” (p. 553).

#### **B. Penas accesorias**

La existencia de esta pena conforme señala Villa Stein (2014) “depende de otra pena principal y se impone juntamente con ésta. Ejemplo, expulsión del extranjero (art. 30 del Código Penal)” (p. 554). Así, a decir de Peña Cabrera Freyre (2017), “tanto la expatriación como la expulsión se aplican luego de cumplida la pena privativa de libertad, asimismo la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria (artículo 37)” (p. 398).

## **2.2.2. Según su incidencia aplicativa**

### **A. Penas acumulativas**

Se considera penas acumulativas cuando en la disposición del tipo penal, se precisa que, frente a la responsabilidad del autor o partícipe, se le imponga una pena principal y una pena accesoria. Por su parte, para Villa Stein (2014), “son aquellas que se imponen acumulativamente; es decir, pena principal y accesoria” (p. 553).

### **B. Penas alternativas**

Este tipo de penas se presenta cuando el tipo penal regula de manera alternativa varios tipos de penas, la que se le imponga al autor o partícipe, será a elección del juez. Como menciona Peña Cabrera Freyre (2017), “son sometidas a la potestad discrecional del juzgador quien tiene la facultad de decidirse por una u otra pena según su criterio” (p. 399). Verbigracia, los artículos 130, 143, 149 y 175 del Código Penal, son algunos que contienen penas alternativas.

### **C. Penas sustitutivas**

Son aquellas penas que pueden ser sustituidas por otras. Así, para Peña Cabrera Freyre (2017), “son aquellas que suponen menor afectación a los bienes jurídicos del condenado, desde un plano preventivo especial, se debe prescindir de la pena de prisión cuando

la naturaleza del injusto penal, como las características personales de condenado así lo aconsejen” (p. 400).

La posibilidad de aplicar penas sustitutivas a la pena privativa de la libertad se regula en el artículo 32 y 33 del Código Penal.

### **2.2.3. Según el bien jurídico afectado**

#### **A. Pena privativa de libertad**

La pena privativa de la libertad, como su mismo nombre lo indica, es aquella en mérito a la cual el condenado sea autor o partícipe de un delito, deberá estar recluido en un establecimiento penitenciario hasta que cumpla la pena impuesta, sin perjuicio de que pueda salir a cumplirla en libertad, cuando se le conceda algún beneficio penitenciario (verbigracia, semilibertad o liberación condicional). Por su parte, considera Villa Stein (2014), que, “actualmente este tipo de pena impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento penitenciario por el lapso de la pena impuesta que comporta el delito por cual fue sentenciado” (p. 554).

Este tipo de pena, conforme al artículo 29 del Código Penal, tiene una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 años, incluso en algunos delitos puede ser de cadena perpetua (Verbigracia, violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave, previsto en el artículo 173-A del Código Penal).



Desde antaño las formas de sanción del delito han sido distintas, en cuanto a cada época y realidad social. Tanto es así, que en tiempos remotos como señala Peña Cabrera Freyre (2017), “la pena como consecuencia jurídica del delito únicamente era un castigo que servía de expiación y de tormento en una lucha mendaz contra la criminalidad; donde la sanción punitiva se ejecutaba corporalmente, cometiendo las más graves atrocidades de la humanidad” (p. 387).

Fue en base al principio de humanización de las penas, conforme indica Peña Cabrera Freyre (2017) “se tuvo como ícono principal la adopción de la pena privativa de la libertad como sanción punitiva, frente a la sanción corporal (tortura), e incluso sobre la pena de muerte” (p. 404).

A diferencia del Código de Maurtua, el sistema de punición adoptado en el Código Penal actual, conforme lo indica Peña Cabrera Freyre (2017), “obedece a la evolución de las ideologías del Iluminismo e Ilustración, elevándose a la persona humana al más alto escalafón valorativo” (p. 388).

La concepción ideológica que se asignaba a la pena privativa de libertad desde el siglo XIX era el programa resocializador (prevención especial) concepción teórica-conceptual, que como bien indica Peña Cabrera Freyre (2017), “buscó legitimar el encierro secular a partir de la necesidad del control de la criminalidad de

evitar la comisión de delitos futuros debido al programa correccional al cual era sometido el penado” (p. 407).

En ese escenario, desde un punto de vista político-criminal, conforme a los postulados constitucionales de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, contenidos en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución, cabe hacernos la pregunta: ¿Nuestro país y el sistema penitenciario está en condiciones de cumplir con este mandato constitucional?, la respuesta es negativa. Pues, como menciona Quintero Olivares (1992), “la pena privativa de libertad nos lleva al problema de la cárcel (la universidad del crimen), reconociendo que la cárcel dificulta la reinserción y propicia la reincidencia” (p. 655).

De esta manera, el contenido retributivo-intimidatorio de la pena privativa de libertad desborda y opaca el fin resocializador atribuido a la pena; lo cual es preocupante, porque como menciona Peña Cabrera Freyre (2017) “si únicamente nos preocupamos por encerrar y segregar a quienes vulneraron bienes jurídicos fundamentales, no nos damos cuenta de que la conflictividad social se agrava aún más”, (p. 432). Al respecto, agrega Beristain Ipiña (1986), “la cárcel no es la única salida, ni la principal respuesta del derecho penal” (p. 199).

Es por ello, como sostiene Luzón Peña (1995) “la evolución de las sociedades civilizadas hacia una mayor sensibilidad permite que sanciones menos duras sean hoy suficientemente eficaces para la prevención general, la comunidad no necesita ser intimidada a través de la ejecución de penas a costa de privación de libertad” (p. 89).

### **B. Penas restrictivas de la libertad**

Este tipo de pena, para Peña Cabrera Freyre (2017), “disminuye apenas el ejercicio de la libertad personal, limitando cualquiera de sus manifestaciones” (p. 401). Por su parte, señala Villa Stein (2014), “en este tipo de penas restrictivas existía la expatriación, tratándose de nacionales y la expulsión tratándose de extranjeros” (p. 557). Sin embargo, actualmente conforme a la Ley N° 29460 ya no cabe la expatriación, pero subsiste la expulsión para extranjeros luego de cumplir la pena impuesta.

### **C. Penas limitativas de derechos**

Conforme lo indica Peña Cabrera Freyre (2017), “con este tipo de penas se limita temporal o perpetuamente determinada actividad que ejercía libremente el agente antes de cometer el ilícito, se limita al delincuente de ciertos derechos civiles y políticos o del ejercicio del arte u profesión” (p. 401).

Según el artículo 31 del Código Penal, los tipos de penas limitativas de derechos son: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación.

#### **D. Penas multa**

Esta pena, en palabras de Peña Cabrera Freyre (2017), “es aquella sanción de contenido dinerario, que tiene que asumir el condenado en favor del Estado” (p. 402). Por su parte, Villa Stein (2014), sostiene que, “este tipo de pena es conocida como pena pecuniaria, que en la gran mayoría de sistemas jurídicos recurren a la multa, siendo por ejemplo en Alemania la pena más empleada” (p. 562).

Conforme al artículo 42 del Código Penal, la multa se extenderá de 10 días multa a un máximo de 365 días multa. El importe o el valor de la multa no serán menores al 25% ni mayor del 50% del ingreso del condenado. La multa deberá ser pagada dentro de los 10 días de pronunciada la sentencia. Sin embargo, a pedido del condenado se podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales. Esto, conforme se puede advertir del artículo 44 del Código Penal.

Cabe precisar que, en los delitos contra la administración pública, por lo menos en los que se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, la pena de multa es aplicada de manera conjunta con la pena privativa de la libertad.

## **2.3. FINES DE LA PENA**

Como menciona Roxín (1997), “para determinar el fin de la pena debemos preguntarnos: ¿De qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal? A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena” (p.81). Por su parte, Mir Puig (1982), “considera que el fin de la pena constituye un tema inevitablemente valorativo, oponible, y va a depender de la función que le asigne el Estado” (p. 15).

En esa perspectiva, según Roxin (1997), “desde la antigüedad se disputan tres interpretaciones fundamentales del fin de la pena, que incluso siguen determinando la discusión” (p. 81). En el caso en concreto, no vamos a profundizar sobre cada una de las teorías que orientan el fin de la pena; solo describiremos cada una de las teorías que la doctrina hace referencia, rescatando aspectos trascendentes que sirvan de sustento al tema de investigación. Así veamos:

### **2.3.1. Teoría de la retribución**

Denominada también por Roxin (1997), como teoría absoluta, “en la cual el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social” (p. 82). Por su parte, considera Jaén Vallejo (2011), que, “esta teoría responde al por qué de la pena, pues mira al pasado y se limita a hacer justicia mediante la retribución del mal causado” (p. 143). Chang Kcomt (2013), considera que, “dentro las teorías absolutas se

encuentran la teoría de la retribución moral de Kant, la teoría de la retribución jurídica de Hegel y la teoría de la retribución divina” (p. 512).

Con respecto a la teoría de la retribución moral, Kant (1929), citado por Chang Kcomt (2013, p. 511), menciona que la pena no tiene ni debe tener utilidad alguna sino que debe estar justificada en si misma.

Dentro de la teoría de la retribución jurídica, para Hegel, citado por Hassemer (1989, p. 150), la pena es la negación del derecho, negándose con ella la voluntad especial del delincuente que con su delito negó la voluntad general del ordenamiento jurídico. Al respecto, explica Demetrio Crespo, que:

Hegel parte de la idea de la equivalencia entre delito y la pena, de modo que el delito es la negación del derecho expresada libremente por el hombre, mientras que la pena es el mecanismo para el restablecimiento del derecho a partir de la vulneración de la voluntad del penado. (Crespo, 1999, pp. 56-57)

Con relación a la teoría retributiva divina menciona Roxín (2001), que, “esta teoría encuentra dentro de sus seguidores a Santo Tomás, quien ve en la justicia un madamiento de Dios, por tanto la imposición de la pena sería la ejecución sustitutoria de las funciones de Juez de Dios” (p. 213).

Conforme expresa Roxín (1997), “los máximos exponentes de la teoría absoluta (Kant y Hegel), no reconocen metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena” (p. 83); sino como lo

expresa Hassemer y Muñoz Conde (1989), “un carácter represivo que solo se limitan a compensar o retribuir el hecho ilícito cometido” (p. 150). Por eso considera, Mir Puig (1982), que, “ambos pensadores limitaban la función de la pena a la pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo” (p. 26).

Una fundamentación de la pena de esta manera, para Roxin (1997), “es como cuando se levanta un palo contra un perro, y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro” (p. 83). Por su parte, para Hassemer y Muñoz Conde (1989), “esta teoría es ajena a las necesidades del mundo actual y negadora de la condición humana” (p. 150).

Frente a esta fundamentación de la pena según la teoría absoluta o retributiva, en la actualidad como señala Silva Sánchez (2000) citado por García Caveró (2012, p. 83), existe cierto consenso en cuanto a rechazar concepciones absolutas de la pena. Si bien la finalidad del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos. Sin embargo, como menciona Roxin (1997), “para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales” (p. 84).

El Tribunal Constitucional rechaza la teoría absoluta de la pena, por cuanto atenta contra la dignidad de la persona; así lo ha establecido en

el fundamento 30 de la sentencia Exp. N° 0019-2005-PI/TC, al sostener que:

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1 de nuestra Constitución Política.

Esta forma de uso retributivo de la pena, o fin retributivo de la misma, *a priori*, daría lugar a pensar que, el legislador al prohibir la suspensión de la ejecución de la pena en ciertos delitos está haciendo uso de los fines de la pena que adopta la teoría retributiva<sup>14</sup>; sin embargo, no es el caso, conforme se explicará *ut infra*.

### **2.3.2. Teorías relativas de la pena**

Como menciona Jaén Vallejo (2011) “se las denomina relativas porque la pena solo se legitima si tiende al logro de un fin, no absoluto, sino relativo, cambiante y circunstancial, como lo es el fin útil de la prevención del delito” (pp. 143-144). Dentro de esta teoría se tiene a la teoría de la prevención especial y a la prevención general, dentro de esta última a la prevención general negativa y positiva.

Estas teorías, conforme lo menciona Jaén Vallejo (2011), “responden al para qué de la pena, para ellas la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención” (p. 145). Sus metas son, conforme menciona

---

<sup>14</sup> Teoría que en esencia se limita a compensar o retribuir el hecho ilícito cometido, negando toda condición humana, atentando de esta manera contra la dignidad y libertad del ser humano.



Hassemer & Muñoz Conde (1989) “la mejora del delincuente (resocialización, prevención individual) o la intimidación de los potenciales delincuentes (prevención intimidatoria o negativa)” (p. 151).

#### **A. La teoría de la prevención especial**

Esta teoría, al contrario de la concepción de la pena retributiva absoluta, conforme lo expresa Roxin (1997) “es una teoría “relativa” referida a la prevención de delitos que va dirigida al autor individual especial” (p. 84). En efecto, el fin de la pena en esta teoría es evitar la comisión de delitos por parte del agente.

El portavoz de esta teoría conforme menciona Roxin, fue:

Franz v. Liszt (1851-1919) quien, según su concepción, la prevención especial actúa de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección. (Roxin, 1997, pp. 84-85)

Al respecto, indica Roxin (1997), que, “la tercera de las posibilidades de influencia preventiva especial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización, ha desempeñado un papel significativo” (pp. 84-85).

Por su parte, Chang Kcmot (2013) plantea que, “el fin preventivo especial de la pena supone que la resocialización del penado sea el fundamento central, de modo que se incluyan beneficios penitenciarios que apunten a la consecución de este fin, cárceles

adecuadas, descuentos de pena, tratamientos resocializadores, entre otros” (p. 519).

Además, como expresa Roxin (1997), esta teoría “sigue el principio de resocialización, y cumple con el cometido del derecho penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo” (p. 87).

Esta teoría ha sido tomada en cuenta por el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 31 de la sentencia Exp. N° 0019-2005-PI/TC, que establece:

De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, (...); y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución.

De esta manera, la Constitución recoge la teoría de prevención especial la cual tiene sustento en la resocialización del penado. Así, se advierte que se ha adoptado la posición de Roxin (1997), cuando sostiene que “el fin de resocialización, no solo debe estar en la aplicación de la pena, sino en la ejecución de esta” (p. 87).

## **B. La teoría de la prevención general**

La razón por la cual se habla de una teoría de la prevención general, como bien expresa Roxin (1997) es porque “se trata de una teoría que tiende a la prevención de delitos (preventiva y relativa) y como consecuencia de ello la pena debe actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad” (p. 89).

Por su parte, menciona García Caveró (2012), que, “en esta teoría a diferencia de la teoría especial, la función motivadora del Derecho se dirige a todos los ciudadanos”. Además, Chang Kcmot (2013) sostiene que, “el fin ulterior de esta teoría de la pena encuentra su influencia en la sociedad, de modo que la pena impuesta al sentenciado sirva de ejemplo para evitar la comisión de delitos” (p. 524).

Esta teoría fue desarrollada por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833), quien según Roxin (1997), “se consideró como fundador de la moderna ciencia del Derecho Penal alemán. Feuerbach deriva su doctrina de prevención general de la llamada “teoría de la coacción psicológica” (pp. 89-90).

La teoría de la prevención general distingue un aspecto negativo y uno positivo. El aspecto negativo según Roxin (1997), “se puede describir con “el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes”, y, el aspecto positivo, busca

la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico” (p. 91).

Al respecto, conforme expresa Chang Kcmot (2013), “aplicando esta teoría se usa al penado como instrumento para evitar la comisión de futuros ilícitos penales” (p. 514). Lo cual no es lo correcto, pues como sostiene Mir Puig (1982), “la prevención general no puede perseguirse a través de una mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de valoraciones sociales” (p. 31).

Ahora, en cuanto a la prevención general positiva, Roxín (1997) sostiene que, “se pueden distinguir tres fines distintos, el fin de aprendizaje; el fin de confianza del derecho, cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y finalmente el fin de pacificación, que se da en virtud de la sanción al autor” (pp. 91-92).

Bajo esos tres fines de la prevención general positiva, según Roxín (1997), “la meta del planteamiento preventivo general no solo busca la evitación del delito, sino además prevenir los delitos en general y desde un inicio” (p. 92). Por su parte, con esta teoría conforme expresa Mir Puig (1982), “se trata de evitar la pura intimidación estatal, lo cual se conseguirá mientras la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados en un Estado Social y

Democrático de Derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etc.), (p. 31). Pues, como bien expresa Demetrio Crespo (1999) “la pena no es un instrumento para la consecución de un bien, pues la dignidad del hombre impide que sea usada como un medio para fines que le son ajenos” (pp. 59-60).

La eliminación de una medida de régimen de prueba para ciertos ciudadanos no creará un efecto disuasorio del delito. Más aún si, como lo indica Roxin (1997), “la pena que tiende a la mera intimidación de los ciudadanos incitará más a la reincidencia, que a su evitación y, de esta manera perjudicará más que beneficiará a la lucha contra la criminalidad” (p. 93). En similar sentido opina Barata (2002), cuando indica que, “las penas que privan de la libertad, en lugar de ejercer un efecto reeducativo sobre el delincuente, determinan una consolidación de la identidad del desviado del condenado y su ingreso en una verdadera y propia carrera criminal” (p. 89).

Además, conforme menciona Mir Puig (1982), “el Derecho penal no solo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal” (pp. 33-34). De ello se desprende la prohibición de imposición de penas incongruentes con la Constitución, y que el Estado está obligado a brindar al penado posibilidades para su rezocialización.

Finalmente, señala Mir Puig (1982) “dos son los aspectos que debe adoptar la prevención general en un Estaso Social y Democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (prevención general negativa), debe concurrir el aspecto de una prevención estabilizadora o integradora (prevención general positiva). (p. 31).

### **2.3.3. Teoría de la unión**

Esta teoría adopta las teorías expuestas precedentemente, pues según Roxín (1997), “consideran a la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente, por lo tanto, hay que rechazarlo” (p. 94).

Para Hassemer & Muñoz Conde (1989), esta teoría “pierde su función de fundamento de la pena y se le asigna una papel simplemente limitador de la misma, con lo que obviamente pierde su principal misión, fundamentar la necesidad de pena” (p.161).

Asimismo, Roxín (1976) citado por García Caveró (2012, p. 94), sostiene que, el reproche más duro que se hace a esta teoría es que crea niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida en que tanto el legislador como el juez podría recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar. Así, por ejemplo, recurrirán a la teoría de la prevención general negativa, si quisieran imponer una pena severa; a la teoría de la prevención general positiva,

si quisieran imponer una pena razonable. De manera que, cualquier pena estaría legitimada en un sistema penal que adopte la teoría de la unión. Cabe indicar que esta teoría no es la que adopta nuestra Constitución, conforme se indicará *ut infra*.

Por estas razones, como menciona García Caveró (2012), “a fin de evitar la arbitrariedad a la que podría llegarse con la teoría de la unión, Roxin funda la llamada teoría unificadora preventiva “dialéctica” (p. 94).

#### **2.3.4. La teoría unificadora preventiva**

Como bien señala García Caveró (2012), “con esta teoría Roxin se encarga de precisar la función de la pena que cumple en cada momento de la norma penal” (p. 94). Así, señala Roxín (1997), “en cuanto al momento de la conminación penal, el fin de la pena es pura prevención general; en cuanto a la imposición de la pena, la necesidad preventiva especial y general; y, en ejecución el fin de la pena es pura prevención especial” (p. 97).

Asimismo, indica Roxín (1997), que, “esto no significa que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho penal permitan dividirse con una nítida separación; no tratándose de una distinción de fases, sino de una ponderación diferenciada” (p. 96).

Esta teoría como expresa Roxín (1997) “no legitima, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivo especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema

cuidadosamente equilibrado, que solo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal” (p. 98).

Por su parte, indica Muñoz Conde (1975), “no se pretende con esta teoría, aplicando cada momento del fin de la pena una aplicación desequilibrada, sino la integración armónica, progresiva y racional de estos tres estadios” (p. 76).

Los fundamentos de la teoría unificadora preventiva “dialéctica” postulada por Roxín, son los siguientes:

#### **A. El fin exclusivamente preventivo de la pena**

Al respecto, como menciona Roxín (1997), “el punto de partida de toda teoría debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo” (p. 95). Toda vez que, como señala Roxín (1997), “los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos” (p. 97).

Por eso, considera Roxin (1997) que, “el fin preventivo o general y especial no es problemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible” (p. 95).



## **B. La renuncia a toda retribución**

Sobre este aspecto, menciona Roxin (1997) que, “en una teoría mixta o unificadora correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención” (p. 98). Asimismo, indica Roxin (1997) que, “es cierto que el castigo anida un “reproche ético-social”. Pero sea como fuere: el hecho de que en el castigo radica un “reproche social” no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causación de un mal” (p. 99).

## **C. El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención**

Sobre este principio, Roxin (1997) indica que, “el principio de culpabilidad tiene, pues, una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por amor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho penal moderno” (pp. 99-100).

En ese sentido, por nuestra parte, si nos remontamos a la teoría retributiva, advertiremos que la culpabilidad es un elemento de máxima importancia en esta teoría. Sin embargo, es de importancia que este principio también permanezca en las teorías relativas de la pena, empero aplicándolo en consonancia con otros principios resocializadores, mas no como se aplica en la teoría retributiva;

sino, en convergencia con los principios de proporcionalidad, necesidad de pena, mínima intervención, subsidiaridad, resocialización, etc., y no al arbitrio del legislador y del juez ciñéndose estrictamente al principio de legalidad.

Así lo entendemos, cuando Roxín (1997) menciona que, “la intervención coercitiva estatal se quiebra, ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de este, sino solo en el marco de la culpabilidad del sujeto” (p. 100).

De esta manera, como expresa Roxín (1997), “una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre, de forma que, según esto, el principio de culpabilidad tendría un rango constitucional en su función limitadora de la pena” (p. 100). Ello significa que, la pena no puede ser superior en ningún caso a la culpabilidad del autor apropiadamente determinada.

Al respecto, nos ilustra Roxín (1997), cuando indica que, “la sensación de justicia exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y “merecida” es solo una pena acorde con la culpabilidad” (p. 100).

Sobre el particular, consideramos que lo justo y lo razonable en el caso concreto, va a depender de la culpabilidad debidamente determinada, teniendo en cuenta la conducta del autor, las

circunstancias de la comisión del hecho punible y la dimensión de los daños ocasionados, las mismas que deben ser aplicadas en estricto respeto con el fin preventivo especial y general de la pena.

#### **2.4. FINES DE LA PENA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

El Estado y la sociedad deben respetar la dignidad del ser humano, debido al principio de dignidad humana. En ese sentido, en toda decisión que tome el legislador o el Estado, debe tener en cuenta dicho principio que se vislumbra del artículo 1 de la Constitución.

En el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, que adopta nuestro país, al amparo del artículo 139, inciso 22, de la Constitución, el principio de régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Por su parte, el Código Penal en el artículo IX del Título Preliminar, establece que, la pena cumple tres funciones, preventiva, protectora y resocializadora.

De lo cual, se advierte como menciona Chang Kcmot (2013), que, “se otorga a la pena una función preventiva especial positiva, léase resocializadora” (p. 519); lo cual sería lo ideal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, considera que tanto la teoría especial como la general gozan de protección

constitucional<sup>15</sup>, pues así lo ha sostenido en el fundamento jurídico 38 de la sentencia, emitida en el Exp. N° 019-2005-PI/TC, al establecer que:

Las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, resultando sus objetivos acordes con el principio-derecho de dignidad, siendo por consiguiente el mejor medio de represión del delito.

De otro lado, indica Hurtado Pozo (2005), que, “estas teorías le atribuyen a la pena la función principal de evitar la comisión de delitos, con efecto disuasivo tanto para terceros (prevención general) como al propio delincuente (prevención especial) evitando que reincida” (p. 36).

Sin embargo, ante la tensión entre el fin preventivo general y fin preventivo especial prevalece el primero por referirse a la autoconservación del Estado; pues, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 42 de la sentencia emitida en el Exp. N° 0033-2007-PI/TC, al señalar que:

En el caso de principios en tensión el Tribunal Constitucional ponderando los valores que los sostienen en abstracto, que los bienes constitucionales protegidos como el orden público, la seguridad colectiva y el bienestar general ocupan un rol delimitador de los principios y derechos del régimen penitenciario. En efecto, considerando el principio de resocialización del régimen penitenciario y la naturaleza de los ilícitos, se puede concluir la preponderancia del fin preventivo general, más aún si de ello depende la protección de los bienes constitucionales relevantes y la propia autoconservación del Estado.

---

<sup>15</sup> Lo que significa, que nuestra Constitución reconoce como fines de la pena, tanto a la teoría de la prevención especial y la general, y dentro de esta última a la prevención general positiva y a la prevención general negativa.

De manera que, el Tribunal Constitucional, no solo reconoce y reafirma el fin preventivo especial de la pena, sino la prevención general; pues en la misma sentencia antes referida, en el fundamento jurídico 45, también estableció que:

Este Tribunal en cumplimiento de sus obligaciones y a fin de garantizar la adecuada consecución de estos fines, interpreta que en esta materia la Constitución ha establecido optando por la finalidad preventivo general, intimidatorio, a fin de proteger y salvaguardar a la sociedad y al propio estado ya que podría afectar su propia existencia; lo que no quiere decir en modo alguno que el principio resocializador del régimen penitenciario quede vacío de contenido.

En ese contexto, se asume y reconoce que nuestra Constitución adopta como fin de la pena, a la teoría de prevención especial y prevención general, y dentro de esta última a la prevención general positiva y a la prevención general negativa. Sin embargo, consideramos que esta última debe ser ejercida por el Estado dentro del marco de los principios y derechos constitucionales, que son el límite al *ius puniendi*, pues el efecto intimidatorio no debe ser desmesurado. Así, se debe tratar de evitar pura intimidación del legislador; lo cual se conseguirá como sostiene Mir Puig (1982) “siempre y cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado social y democrático de Derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización, humanidad, etc.)” (p. 32).

## **2.5. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

En tiempos remotos, la imposición de una pena fue cruel, probablemente incluso más que los propios delitos. Señala, Ferrajoli (1998), que, “las

sanciones eran más violentas que la propia violencia producida para el delito, pues mientras la violencia en el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva, la violencia infligida con la pena fue siempre programada, consciente, organizada por varios contra uno” (p. 386).

Actualmente, con el ánimo resocializador y el fin preventivo especial general de la pena, se ha incorporado en el Código Penal medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, como son: la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva de fallo condenatorio, la exención de la pena, conversión y sustitución de pena privativa de la libertad. Sin embargo, en esta oportunidad solo trataremos del régimen de prueba, relativo a la suspensión de la ejecución de la pena. Así veamos:

### **2.5.1. Antecedentes**

Los antecedentes históricos de la suspensión de la ejecución de la pena como menciona Peña Cabrera Freyre (2017), “ha sido tomada del sistema franco-belga del *surcis* (Ley belga del 31 de marzo de 1888) y la Ley Beringer del 26 de marzo de 1891-Francia), que consiste en suspender la ejecución de la pena, a diferencia del sistema anglosajón (*probation officer*), que suspende la pronunciaci3n de la pena” (p. 768). Lo 3ltimo, se asemeja a la reserva de fallo condenatorio que tambi3n se regula en el C3digo Penal peruano.

En el sistema anglosaj3n o ingl3s como menciona Zaffaroni (1983), “se suspende la condena, en tanto que en el sistema franco-belga se

condena condicionalmente; siendo que, la oposición entre los sistemas inglés y francés, radica básicamente en que el inglés no resuelve la situación procesal y el francés la resuelve” (p. 438).

De lo expuesto, se puede advertir que existen dos sistemas teóricos, en relación con la suspensión de la ejecución de la pena, cuáles son, la “*probation*” anglosajona y la “*surcis*” franco-belga. En el modelo teórico de la “*probation*” se queda en suspenso el pronunciamiento de la condena, sometiéndose al penado al cumplimiento de ciertos deberes de conducta bajo vigilancia especializada. En cambio, el modelo “*surcis*” franco-belga, a diferencia del primero, se impone una pena, cuya ejecución queda suspendido por cierto periodo de prueba.

En ambos sistemas, como menciona López Borja (2002), “es común, hoy en día, que se fije un plazo de prueba, así como que se impongan varias condiciones, además de una serie de reglas de conducta a cargo del sujeto beneficiado, durante el plazo de suspensión” (p. 123).

En el Derecho Penal comparado, como menciona Prado Saldarriaga (2016), “esta clase de medidas ha merecido diferente nomenclatura, siendo las más frecuentes las que aluden a una condena condicional o a una suspensión de la ejecución de la pena” (p. 353). Nomenclaturas que conforme indica Díez Ripollés (2011), “no se trata de medidas iguales, ya que entre ellas cabe identificar diferencias de origen conceptual y formal, sobre todo a lo que concierne a sus presupuestos y efectos” (p. 353).

En nuestro país, la suspensión de la ejecución de la pena como expresa Prado Saldarriaga (2000), “se le conoce como condena condicional y suspensión de la ejecución de la pena” (p. 197). Y ello no deja de tener razón pues el artículo 57 del Código Penal, menciona la suspensión de la ejecución de la pena, y el artículo 60 del mismo cuerpo normativo, hace referencia a la suspensión condicional de la pena. De manera que, en nuestro país se le conoce con ambas nomenclaturas.

De otro lado, cabe rescatar lo que la Unión Internacional de Derecho Penal (fundada en Viena en el año 1889, por tres grandes penalistas Von Liszt, Van Hamel y Prins) señaló, en su segundo artículo de los diez primigenios que conformaban sus estatutos, artículo que contenía nueve tesis, siendo la séptima tesis la que nos interesa en este acápite, la cual es como sigue: “en lo que concierne a las penas de privación de libertad de corta duración, la Unión Internacional de Derecho Penal considera que, es posible y deseable la sustitución de la prisión por medidas de una eficacia equivalente”.

Se advierte que, la Unión Internacional de Derecho Penal, implícitamente recomienda a los países del mundo, la adopción de medidas alternativas a la prisión, como la suspensión de la ejecución pena o la suspensión condicional de la pena.

En el Perú, como lo menciona Prado Saldarriaga (2016), “esta medida fue introducida inicialmente siguiendo el modelo franco belga en el



Código de 1924, bajo la denominación de condena condicional. En 1991 se adoptó la denominación de suspensión de la ejecución de la pena, de origen alemán” (p. 355).

Sin embargo, como menciona Hurtado Pozo (2015), citado por Prado Saldarriaga (2016, p. 355) su aplicación se restringió solo a los delitos culposos, siendo que, con reformas posteriores ocurridas en el Código de Procedimientos Penales de 1940, se amplió su empleo a los casos de delitos dolosos y alcanzó a penas privativas de libertad no superiores a dos años, como también a la pena de multa.

### **2.5.2. Concepto**

La suspensión de la ejecución de la pena es una alternativa a la imposición de la pena privativa de libertad, lo cual no significa impunidad, porque al agente se le condena. En ese sentido, como menciona Prado Saldarriaga (2000), “lo único que se deja en suspenso es la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que se impuso al condenado” (p. 197).

El autor del ilícito, para beneficiarse de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, deberá cumplir con determinados requisitos y reglas de conducta establecidas en la ley, y durante un tiempo determinado. Frente al incumplimiento de las reglas de conducta, cabe su revocatoria; por el contrario, si los cumple, como menciona Villa Stein “permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal” (p. 425).

Sobre la suspensión de la ejecución de la pena, la Corte Suprema, en el fundamento jurídico 5 del Recurso de Nulidad Exp. N° 2476-2005-Lambayeque, ha establecido que:

Si se tiene en cuenta sus fines, constituye un medio para resocializar al condenado.

Por su parte, Peña Cabrera Freyre, sostiene que:

La suspensión de la ejecución de la pena se define como una sustitución coherente a las cortas penas de prisión-de contenido infamante para el penado-, reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firmes sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues, la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado. (Peña, 2017, p. 766)

### **2.5.3. Fundamento**

La lógica del fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena, parte de las razones del cambio de penas efectivas por penas alternativas.

Esto se entiende así, de lo expuesto por Mir Puig (1998), cuando indica que.

Las penas alternativas, en sustitución de la pena privativa de la libertad, tendría lugar por dos razones: primero porque las penas privativas de libertad “desocializan antes que resocializan”, y segundo, porque las penas cortas se prevén para delitos de poca gravedad. (Mir Puig, 1998, p. 193)

Por su parte, como menciona Bramont - Arias (2008), “la suspensión de la ejecución de la pena se justifica únicamente por una necesidad preventiva” (p. 357). Para Jaén (2008), “la suspensión o remisión condicional de la pena tiene su fundamento en la prevención especial:

evitar los efectos negativos de las penas cortas privativas de libertad” (p. 7).

En similar sentido, indica Zaffaroni (1983), que, “el fundamento político penal de la suspensión de la pena consiste en evitar las penas cortas privativas de libertad, que suelen tener un efecto negativo sobre la personalidad de los autores primarios” (p. 449).

En ese contexto, consideramos que el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena es la visión preventiva del legislador; pues como menciona Jaén Vallejo (2008), “la prevención especial procura evitar la reincidencia, a través, de tratamientos de resocialización adecuados; pues el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad, más que mejorar, facilitan el contagio criminológico, más aún, cuando el autor es un delincuente primario” (p. 9).

Esta forma de entender por la doctrina el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena, es aceptada no solo por la jurisprudencia peruana, sino también por la extranjera. Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en el fundamento jurídico 4, de la Casación N° 131-2014/Arequipa (voto singular del Dr. Rodríguez Tineo), se estableció que:

La suspensión de la ejecución de la pena busca evitar los efectos criminógenos de la cárcel, sobre todo de los agentes primarios.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en el fundamento jurídico 5, de la sentencia Exp. N° 251/2005, señaló que:

La institución de la suspensión de la ejecución de la pena, (...) se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales (...) pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del *ius puniendi* renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas.

De lo expuesto, el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena tiene como sustento la finalidad preventiva especial y general de la pena. Esto significa que, desde el aspecto preventivo especial, no se hace necesaria la imposición de una pena efectiva, cuando se puede lograr con la suspensión de la pena que el sujeto no vuelva a delinquir; y, desde el punto de vista preventivo general, el efecto intimidatorio se puede conseguir con la simple amenaza de ejecución de la pena impuesta, si el sentenciado volviere a delinquir durante el período de prueba.

En ese contexto, consideramos que el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena es evitar el ingreso en la cárcel de un delincuente primario que no requiere de la privación de su libertad para resocializarse, debido a que, resultaría suficiente para su resocialización la amenaza que si no cumple con las reglas de conducta

impuestas, se revocará la pena suspendida y se ordenará su ingreso al establecimiento penitenciario.

En ese orden de ideas, cabe la pregunta ¿Resulta necesario imponer pena efectiva a los funcionarios o servidores públicos que han sido condenados por ciertos delitos, no obstante que sean primarios, su pena sea igual o menor de cuatro años y, que su personalidad haga inferir en el juzgador que no cometerá nuevo delito doloso? A nuestro juicio, consideramos que no.

Pues, como menciona Navarro Villanueva (2002) “el cumplimiento efectivo de la pena de privación de la libertad, tratándose de una pena de corta duración, puede convertir al condenado no sólo en no resocializado, sino en más desocializado de lo que estaba al ingresar al centro penitenciario” (p. 30). Por eso, como bien expresa Armaza Galdós (2009), “preferible es sentenciarlo al agente primario y, luego, eximirlo de la carcelería efectiva si es posible conseguir de ese modo, se regenere a sí mismo” (p. 149). Máxime, si como menciona Hurtado Pozo (2000), “solo se debe recurrir a la pena privativa de libertad en la medida que no haya otro medio menos dañino para evitar que tanto el delincuente como las demás personas cometan delitos (*última ratio*)” (p. 124).

#### **2.5.4. Naturaleza jurídica**

Respecto a la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena, indica Jaén Vallejo (2008), que, “la suspensión es una pieza clave

en el sistema de consecuencias penales de una extraordinaria importancia en orden de resocialización y reinserción, que tiene como naturaleza jurídica que representa una de las formas de inejecución de la pena privativa de libertad” (p. 6).

Sobre la naturaleza de la suspensión de la ejecución de la pena, Zaffaroni (1988), menciona que, “el cumplimiento de los extremos formales y materiales requeridos en la ley otorga un derecho del procesado a la condicionalidad, puesto que lo contrario implicaría confundir la función valorativa del juez con una potestad arbitraria” (p. 448).

Así, para Zaffaroni la naturaleza de la suspensión de la ejecución de la pena sería un derecho, esto es, el justiciable tendría derecho a la suspensión siempre y cuando cumpla con las condiciones de ineludible cumplimiento que señale la ley.

Por su parte, Armaza Galdós (2009), indica que, “dos son los aspectos relacionados con la naturaleza jurídica de la institución. Por un lado, puede ser considerada como un derecho; por el otro, acaso convenga asignarle la condición de pena, exclusivamente o, en su caso, de sanción penal” (p. 147). Así, este autor, le asigna naturaleza de derecho a la suspensión de la ejecución de la pena. Además, indica que la suspensión de la pena tiene naturaleza de sanción penal.

Asimismo, Peña Cabrera Freyre, menciona que:

La suspensión de la ejecución de la pena es concebida como una especie de absolución condicional o sometida a prueba, pues el hecho de suspender la ejecución de la pena parece ya el condenado como un aparente inocente, pues se asumen efectos jurídicos que se podrían derivar de una declaración judicial de inocencia, a menos que el condenado incumpla el régimen de conducta, con lo cual se retoman los efectos jurídicos emanados del fallo condicional (...). (Peña, 2017, p. 769)

Con esta posición de Peña no estamos de acuerdo, debido a que, en este tipo de medida alternativa de régimen de prueba existe una sentencia condenatoria. Lo que se suspende es la ejecución efectiva de la pena dictada en contra del autor. Por lo tanto, no es razonable asimilar que la naturaleza de la suspensión es como una especie de absolución condicional, como refiere Peña.

El no cumplir la pena en un establecimiento penitenciario no es sinónimo de impunidad o absolución del agente primario que ha cometido un delito, sino una oportunidad para que en libertad alcance su resocialización o reivindicación consigo mismo, con su familia y con la sociedad. Con el objetivo ideal de que en el futuro no vuelva a delinquir. Esto en clave del fin resocializador de la pena, de la dignidad de la persona, como supremo interés de la Sociedad y del Estado.

De lo expuesto, se advierte que no hay acuerdo en la doctrina sobre la naturaleza de la suspensión de la ejecución de la pena. Sin embargo, desde nuestra perspectiva la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena radica en que, es una pena privativa de la libertad

dictada con efecto suspensivo condicionado. Es decir, no se hará efectiva mientras el sentenciado cumpla con las reglas de conducta fijadas en la sentencia durante el periodo de prueba.

De otro lado, aunque no existe consenso sobre si la suspensión de la ejecución de la pena se debe otorgar automáticamente al cumplirse los requisitos establecidos por la ley, o si se debe otorgar a discrecionalidad del juzgador, aunque se cumpla los requisitos legales; tal dilucidación, será materia de otro trabajo. Sin embargo, para el caso que nos convoca, consideramos que la suspensión de la ejecución de la pena debe ser concedida a discrecionalidad del *a quo*, lo cual no puede ejercerse al margen de la ley; pues será el Juez quien ponderando las circunstancias individuales del penado, entre otros aspectos, determine si corresponde o no una pena suspendida al autor. Lo cual se advierte del fundamento jurídico 3 del Recurso de Nulidad Exp. N° 2356-2014, que establece:

La determinación de la suspensión condicional de la pena es una facultad discrecional jurídicamente condicionada del órgano jurisdiccional sentenciador, la cual en todo caso no puede ejercerse al margen de la ley-debe tomarse en cuenta las circunstancias del hecho y del autor, y adoptarse motivadamente-.

Asimismo, en esa línea jurisprudencial sobre la suspensión de la ejecución de la pena, el Tribunal Constitucional Español en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia Exp. N° 202/2004, ha sostenido que:



Se exige la ponderación judicial de "las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social.

### **2.5.5. Requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena**

La suspensión de la ejecución de la pena se regula en el Capítulo IV del Título III de la Parte General del Código Penal, entre los artículos 57 a 61 del mismo cuerpo legal. El artículo 57 del Código Penal regula los requisitos vigentes para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, cuales son:

#### **A. Pena privativa de libertad no mayor de cuatro años**

El cumplimiento de este requisito implica verificar que la pena privativa de la libertad impuesta al condenado no supere los cuatro años de pena concreta final.

Sobre el particular, menciona Prado Saldarriaga (2016) que, "la suspensión de la ejecución de la pena solo puede recaer en penas privativas de la libertad; sin embargo, los efectos suspensivos pueden comprender a penas de distinta naturaleza en tanto se les imponga como penas accesorias (pena de inhabilitación)" (p.355).

Sobre este requisito es importante destacar, que se pretende aumentar de 4 a 5 años el límite para que se pueda aplicar la suspensión de la ejecución de la pena. Este límite a criterio de

Prado Saldarriaga (2016), “potenciaría la operatividad de esta clase de medidas, asumido tanto por el Anteproyecto del Código Penal de 2008/2010 (Cfr. artículo 58, inciso 1), como por el Proyecto del Nuevo Código Penal 2014-2015 (Cfr. artículo 73, inciso 1 literal a)” (p. 356). Este artículo dispone:

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

- a. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cinco años.
- b. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito. Entre las circunstancias que se debe considerar para la emisión de dicho pronóstico se encuentran la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales ordenadas o desordenadas, su arrepentimiento o su actitud-por voluntad propia o ayuda de otros-que denote que se comportará conforme a derecho, así como su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado. El pronóstico debe estar sustentado técnicamente.
- c. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual, se trate de un caso violencia familiar o el agente haya incurrido en cualquiera de los delitos previstos en los artículos 560, 561, 562, 565, 566, 567, 568, 569, 571, 574, 575, 576 y 608.

El plazo de suspensión es de uno a tres años (Proyecto del nuevo Código Penal-2014-2015, art.73)

De otro lado, conviene precisar que el Consejo Nacional de Política Criminal (en adelante, el CONAPOC)<sup>16</sup>, con fecha 24 de mayo de

---

<sup>16</sup> Creada por la Ley N° 2980 (noviembre de 2011), como una nueva forma de establecer la política criminal en el país y que reeditará en los aspectos de seguridad y mejor legislación penal y penitenciaria. La creación de este Consejo fue una recomendación de la CERIAJUS y tiene entre sus tareas la elaboración del Diagnostico Nacional sobre las causas del delito, el diseño del Programa Nacional de Política Criminal, la determinación de la racionalidad y proporcionalidad

2017, hizo llegar al Congreso de la República el Proyecto del Nuevo Código Penal (Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de la República 2014-2015) con algunas modificaciones, la más resaltante (relacionado con nuestro tema) respecto al artículo 73 antes referido (relacionado a los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena), en el proyecto de reforma, se consideró por mayoría que debe quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 73. Requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena

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

- a. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
- b. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación, considerando entre otras circunstancias, la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales, su arrepentimiento o su actitud, por voluntad propia o ayuda de otros, que denote que se comportará conforme a derecho, su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado.

El plazo de la suspensión de la ejecución de la pena es de uno a tres años<sup>17</sup>.

Así, el CONAPOC propone que no se prohíba la suspensión de la ejecución de la pena en ningún delito, incluso aunque el agente sea

---

en la disposición de las penas que están determinadas en los diversos tipos penales que recoge el Código Penal.

<sup>17</sup> Información obtenida de: <http://laley.pe/not/4000/lea-el-proyecto-de-nuevo-codigo-penal>; Revista la Ley-El Ángulo legal de la Noticia. visitado el 20 de febrero de 2018.

reincidente o habitual, sobre esto último tenemos discrepancia. En lo demás, consideramos que esta propuesta es acertada, porque está acorde con los fines constitucionales de la pena.

**B. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al Juez que aquel no volverá a cometer nuevo delito**

De este requisito consideramos que, se desprenden cuatro aspectos que debe valorar el *a quo* al momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena. Así veamos:

Sobre la “naturaleza”, entendemos que está referido al bien jurídico protegido (amenazado o lesionado), a su relevancia frente a otros bienes jurídicos. Entonces, se debe verificar la jerarquía de los bienes jurídicos vulnerados, tomando como base en primer orden, la vida, la libertad (todos los derechos conexos a la libertad), el patrimonio, etc. Además, a la gravedad o lesividad de la afectación al bien jurídico.

En el caso concreto, el bien jurídico general que se tutela en los tipos penales cometidos por funcionario o servidor público que se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, es el normal y

recto funcionamiento de la administración pública; por lo que, tendrá que valorarse si el actuar del agente causó una afectación de gran menoscabo al referido bien jurídico objeto de protección.

Sobre la “modalidad del hecho”, está referido a verificar la forma y circunstancias de la comisión del ilícito, con el objeto de que se determine en menor o mayor medida el reproche penal.

En cuanto al “comportamiento procesal”, está referido al comportamiento del procesado en procesos anteriores, si es que los ha tenido. En un proceso actual se tendrá que verificar su comportamiento desde el inicio de la investigación (es claro que este comportamiento debe ser el adecuado). Por ejemplo, colaborar con el esclarecimiento de los hechos. Adicionalmente, conviene precisar que, cuando el procesado haga uso de su derecho a no declarar, esto no debe ser considerado como un comportamiento obstaculizador a la averiguación de la verdad, dado que es un derecho fundamental que, de ninguna manera puede ser valorado en su perjuicio.

Finalmente, en cuanto a la “personalidad del agente”, consideramos que este es un aspecto eminentemente de derecho penal de autor, que debe estar proscrito por el ordenamiento legal, conforme así se aprecia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, caso Pollo Rivera y otros vs. Perú<sup>18</sup>. Sin embargo, vemos que en la *praxis* judicial aún se considera el derecho penal de autor y es valorado por el Juez al momento de fijar la pena; verbigracia, la reincidencia y habitualidad, a juicio del tesista es una muestra clara de derecho penal de autor, pese a haberse determinado su constitucionalidad.

Asimismo, sobre este requisito, menciona Chacaltana (2015), citado por Prado Saldarriaga (2016, p. 356), se trata pues de un requisito eminentemente valorativo decisivo en la suspensión de la ejecución de la pena, que su uso se puede prestar a arbitrariedades.

Sobre el particular, consideramos que alguna arbitrariedad que pueda surgir debe ser controlada por los sujetos procesales (fiscal, actor civil, procesado, tercero civil), a través, de los recursos impugnatorios. Pues, puede darse el caso que en primera instancia a criterio del Juez el condenado debería cumplir una pena efectiva.

Sin embargo, vía recurso de apelación puede lograr que el

---

<sup>18</sup> Véase, caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, sentencia de 21 de octubre de 2016, (Fondo, Reparaciones y Costas), fundamento 218, el cual se indica que: (...). Un Estado de derecho sólo puede penar a alguien por lo que haya hecho, pero nunca por lo que el autor sea y, por consiguiente, el principio de legalidad y la derivada irretroactividad de la ley penal desfavorable deben observarse por todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando se trata del ejercicio de su poder punitivo. Asimismo, en similar sentido, Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, *supra*, párr. 107; y Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255, párr. 130.

Colegiado revoque la recurrida y reformándola ordene que la pena sea suspendida, o viceversa, esto dependerá del caso concreto.

Además, con el objeto de verificar objetivamente la conducta futura de pronóstico favorable del penado para concretar la suspensión de la ejecución de la pena, se debe tomar en cuenta la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, del 8 de setiembre de 2011, la cual, en su fundamento jurídico 3, segundo párrafo, expuso los siguientes criterios:

La vida previa del penado, esto es si ha tenido condenas anteriores; actitud frente al trabajo; condiciones ordenadas o desordenadas de familia, estos supuestos tendrán importancia en la medida que suministran información acerca de si su entorno será o no apropiado para desarrollar o no un comportamiento adecuado a derecho; arrepentimiento o actitud del autor, por voluntad propia o ayuda de otros; ausencia o no de una disposición personal de reparación del daño ocasionado.

Con ello, como lo menciona Prado Saldarriaga, se busca evitar que:

Los tribunales para decidir si se suspende la ejecución de una pena, no solo se limiten a comprobar si la pena no es superior a cuatro años y que el condenado no sea reincidente ni habitual, sino también el pronóstico favorable del penado. (Prado Saldarriaga, 2016, p. 356)

En síntesis, analizadas dichas pautas (naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y personalidad del agente), el *a quo* logrará obtener el pronóstico favorable, de la cual exige la norma debida motivación. Debido a que, como indica

Hurtado Pozo (2016) citado por Prado Saldarriaga, (2016, p. 356), no basta que el juez intuya, que tenga una simple esperanza o confié que el condenado se comportará bien. En caso de duda no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*.

De otro lado, cabe indicar que este requisito también se acoge en el artículo 73, inciso 1, literal b) del Proyecto de Nuevo Código Penal de 2014-2015<sup>19</sup>. A este dispositivo normativo (referido a la suspensión de la ejecución de la pena) se ha agregado los criterios que han sido materializados en la Resolución Administrativa antes referida; con los cuales está conforme el CONAPOC, conforme se ha expuesto líneas arriba.

### **C. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual**

Al respecto, menciona Prado Saldarriaga, que:

La reincidencia y la habitualidad son circunstancias agravantes cualificadas cuyos presupuestos y efectos detallan los artículos 46-B y 46-C. (Prado Saldarriaga, 2016, p. 357)

Esta exclusión, por reincidencia y habitualidad que constituyen circunstancias agravantes, la compartimos, pues la suspensión de

---

<sup>19</sup> **Artículo 73 inciso 1 literal b):** Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito. Entre las circunstancias que debe considerar para la emisión de dicho pronóstico se encuentran la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales ordenadas o desordenadas, su arrepentimiento o su actitud, por voluntad propia o con ayuda de otros- que denote que se comportará conforme a derecho, así como su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado. El pronóstico debe estar sustentado técnicamente.



la ejecución de la pena es una oportunidad que se le debe dar al agente primario. En ese sentido, el reincidente o habitual no garantiza una resocialización en libertad, pues ha defraudado la confianza del Estado, pese a la oportunidad que se le dio.

Así, el reincidente, no obstante haberse encontrado privado de su libertad, no ha internalizado su conducta que lo llevó a estar privado de ella. Por su parte, el habitual pese a que el Estado depositó en él su confianza hasta en dos oportunidades anteriores (suspendiéndole la pena), éste vuelve a cometer por tercera vez un ilícito y es condenado. Por lo tanto, es razonable y se justifica que se excluya la aplicación de la suspensión de la pena, a los reincidentes y habituales; debido a que, el agente reincidente o habitual, da muestras que el fin resocializador de la pena no ha cumplido en ellos su función.

De otro lado, cabe indicar que este requisito también fue contemplado en similar sentido en el Proyecto de Nuevo Código Penal de 2014-2015; aunque, como se ha indicado *ut supra* el CONAPOC, no comparte este requisito, pues en su propuesta lo ha suprimido.

## **D. Verificación de los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena**

Al respecto, al ser este requisito el aspecto medular de nuestra investigación, lo desarrollaremos y explicaremos con mayor detalle, en el *Ítem 2.6.6*, p. 82, referido *ut infra*.

### **2.5.6. Reglas de conducta en la suspensión de la ejecución de la pena**

Las reglas de conducta que se puede imponer a los condenados a pena suspendida pueden ser:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
3. Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;
4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;
7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,
8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra de la dignidad del condenado.
9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico. (Código Penal, art. 58)

Estas reglas de conducta, según menciona Prado Saldarriaga (2016), “son obligaciones o restricciones que el juez impone al condenado, quien debe de observarlas durante el plazo de duración del periodo de prueba fijado en la sentencia” (pp. 361-362). Las reglas de conducta indicadas tienen como fundamento, conforme sostiene Cacho Espinal (2017), “a la denominada teoría preventiva unificadora de la pena, dándole acentuación a su fin rehabilitador” (p. 486).

La redacción del artículo 58 del Código Penal establece el imperativo “impone”; sin embargo, ello no obliga al juez a imponer todas las reglas de conducta establecidas en dicho artículo, sino solo de aquellas que son pertinentes para el caso; debido a que, como menciona Prado Saldarriaga (2016), “no cabe imponer al condenado el cumplimiento de obligaciones ambiguas y equívocas como la de *“abstenerse de concurrir a lugares de dudosa reputación”*” (p. 362). Asimismo, conforme se advierte del inciso 8 del mismo artículo, el Juez puede integrar otras reglas que no estén expresamente comprendidas en dicha disposición, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

De otro lado, es válido se imponga como regla de conducta el pago de la reparación civil y su incumplimiento puede generar la revocatoria de la pena. Aunque, Prado Saldarriaga (2016), considera que, “la revocatoria por tal causal solo sería aceptable en casos de reincidencia infractora y si previamente se aplicaron las otras sanciones de amonestación y prórroga del plazo de prueba” (p. 361). Posición que no

la compartimos. En todo caso, como indica García Caveró (2012), “se debe fijar un plazo prudencial para el cumplimiento del pago de la reparación civil impuesta como regla de conducta en el régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad” (p. 858). Plazo que obviamente no debe ser mayor al plazo máximo del periodo de prueba.

#### **2.5.7. El periodo de prueba en la suspensión de la ejecución de la pena**

La suspensión de la ejecución de la pena produce como consecuencia inmediata el sometimiento del condenado a un periodo de prueba, cuyo plazo será fijado prudentemente por el Juez haciendo uso de su facultad discrecional, entre uno a tres años conforme al artículo 57 parte *in fine* del Código Penal. El plazo que se fije debe estar señalado en la sentencia de manera expresa, y el mismo debe ser razonable para convalidar la consistencia del pronóstico favorable de conducta futura del condenado.

Vencido el periodo de prueba sin que el sentenciado cometa nuevo delito doloso, ni haya incumplido las reglas de conducta, se dará por extinguida la pena y se cancelará la condena de los registros judiciales correspondientes, esto conforme al artículo 61 del Código Penal.

### **2.5.8. Efectos del incumplimiento de las reglas de conducta impuestas al condenado**

Si durante el periodo de prueba el condenado infringe alguna de las reglas de conducta impuestas, el juez debe optar por hacer efectivo el apercibimiento decretado en la resolución (sentencia), que puede ser **i)** amonestar al infractor; **ii)** prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado, sin que en ningún caso exceda de tres años; o, **iii)** revocar la suspensión de la ejecución de la pena. Respecto de las cuales, cabe precisar algunas ideas principales. Así veamos:

#### **A. La amonestación del infractor**

Al respecto, Villa Stein (2014), indica que, “se trata de un recurso muy antiguo de origen romano (*severa interlocutio*), aunque en nuestro derecho moderno dudo su eficacia. De cualquier manera, sólo se da aplicación para una contravención leve a las reglas” (p. 591). Por su parte, Hurtado (2015), citado por Prado Saldarriaga (2016, p. 360), indica que la amonestación, debe ser expresada de manera formal y clara para que tenga el efecto de intimidar al condenado a cumplir con los deberes que se le han impuesto.

Por nuestra parte, la amonestación es una advertencia del juez hacia el condenado para que cumpla dentro de un plazo

determinado todas o alguna de las reglas de conducta que se le impuso en la sentencia.

#### **B. Prórroga del plazo de prueba**

La prórroga puede extenderse hasta una mitad del plazo fijado inicialmente en la sentencia, pero no debe exceder el periodo añadido de 3 años. Ello quiere decir que, cuando se fije en tres años el periodo inicial, ya no se podrá prorrogar, pues por imperio legal la prórroga no puede exceder de tres años (artículo 59 inciso 2 del Código Penal).

#### **C. La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena**

El efecto del incumplimiento de las reglas de conducta es la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena. En el caso que se revoque la pena por la comisión de un nuevo delito doloso, el sentenciado cumplirá una pena que dé como resultado la suma de la pena revocada y la pena impuesta por la comisión del nuevo delito.

Consideramos que la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena es una sanción muy severa, razón por la cual Prado Saldarriaga (2016), indica que, “se debe aplicar de manera gradual y observando el orden de prelación sancionadora, el cual se inicia

con la sanción menos severa (amonestación) y concluye con la más grave (revocación)” (p. 363).

Como advertimos, Prado Saldarriaga, es de la opinión que esta medida (revocatoria de pena) debe aplicarse luego de haberse agotado la amonestación y la prórroga del periodo de prueba. Sin embargo, la Corte Suprema en el fundamento jurídico 15 de la Casación N° 656-2014-Ica, ha establecido que:

La aplicación de los efectos del incumplimiento de reglas de conducta, previsto en el artículo 59 del Código Penal, deberá darse conforme a la propia norma de manera discrecional por el Juez. Es decir, según el caso concreto está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres supuestos, sin la necesidad de que se siga una secuencia prelativa.

Esa línea jurisprudencial sigue el Tribunal Constitucional, pues considera que no es requisito para aplicar la revocatoria de pena que previamente se haya amonestado, luego prorrogado el periodo de prueba, para recién aplicar la revocatoria<sup>20</sup>. Por lo tanto, será el Juez quien decida si las sanciones frente al incumplimiento de las reglas de conducta, las aplica de manera prelativa o aplica la revocación de la pena directamente, sin necesidad de amonestar y luego prorrogar el periodo de prueba.

---

<sup>20</sup> Ello está desarrollado en las sentencias: STC. Exp. N° 2517-2005-PHC; STC. Exp. N° 3165-2006-PHC; STC. Exp. N° 3883-2007-PHC; STC. Exp. N° 3313-2009-PHC/TC.

Con estos pronunciamientos, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, se deja de lado Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ, referida *ut supra*, en el extremo que señala que el juez debe aplicar de manera correlativa los apercibimientos dispuestos en el artículo 59 del Código Penal, en lo demás tiene vigencia.

#### **2.5.9. Efecto del cumplimiento de las reglas de conducta**

Cuando el periodo de prueba se vence sin que medie revocación por incumplimiento de las reglas de conducta, acontecerá el efecto previsto en el artículo 61 del Código Penal. Esto es, que la condena se considerará como no pronunciada. Cabe indicar como menciona Prado Saldarriaga (2016), que, “esta consecuencia no debe ser interpretada literalmente. Es decir, no debe entenderse que se anula la condena, sino que se extingue la pena suspendida o se la da por cumplida” (p. 363).

Por lo tanto, conforme menciona Prado Saldarriaga (2016), “solo el cumplimiento exitoso del régimen de suspensión de la ejecución de la pena conlleva al derecho del condenado a la anulación directa y “espontánea” de los antecedentes penales que se hubieren generado” (p. 364). Esto ocurrirá siempre y cuando el condenado haya cumplido con el pago de la reparación civil; según el artículo 69 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30838, publicado el 4 de agosto de 2018.



## 2.6. ANÁLISIS DE LAS MODIFICATORIAS LEGISLATIVAS AL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL

Conforme se ha indicado en la parte introductoria del presente trabajo, por la Ley N° 30304<sup>21</sup> se incorporó por primera vez al artículo 57 parte *in fine* del Código Penal, la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena para los funcionarios o servidores públicos condenados por los delitos previstos en el artículo 384 y 397 del Código Penal.

Luego, por Decreto Legislativo N°1351<sup>22</sup>, se modificó el artículo 57 del Código Penal<sup>23</sup>, incorporando cinco tipos penales adicional a los anteriores, en los que también se prohibió la suspensión de la ejecución de la pena, los cuales son: artículos 389 segundo párrafo, 395, 396, 399 y 401 del Código Penal.

Finalmente, mediante la Ley N° 30710<sup>24</sup>, se modificó el artículo 57 del Código Penal, parte *in fine*, agregando dos tipos penales más, en los que también se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, cuales son: artículo 122-B, y literales c), d) y e) del inciso 3 del artículo 122 del Código Penal<sup>25</sup>. Actualmente, el artículo 57 último párrafo, del Código Penal, ha quedado redactado así:

(...)

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

---

<sup>21</sup> Publicada en el Diario El Peruano, el 28 de enero de 2015.

<sup>22</sup> Publicado en el Diario El Peruano, el 07 de enero de 2017.

<sup>23</sup> Que recientemente fue modificada por la Ley N° 30304, publicada el 28 de enero de 2015.

<sup>24</sup> Publicada en el Diario El Peruano, con fecha 29 de diciembre de 2017, por renuencia del señor presidente de la república, fue promulgado por el orden del presidente del Congreso de la República.

<sup>25</sup> Estos delitos están referidos a agresiones en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar.

párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122.

### **2.6.1. Exposición de motivos de la Ley N° 30304**

La exposición de motivos de la ley N° 30304, sostuvo como motivos fundamentales, los siguientes<sup>26</sup>:

- a) El Perú al suscribir y ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se ha comprometido a luchar contra ella, pudiendo adoptar medidas más severas.
- b) La corrupción es el principal problema del país y merma recursos del Estado destinados a atender necesidades de la población. No existe cifra exacta, empero se estima que se pierde no menos de S/. 6 000.000, anuales.
- c) Durante el periodo de 2009-2013, solo se dictaron 10 sentencias efectivas de 272 procesos, la diferencia fue pena suspendida.
- d) En el periodo 2009-2013 la Contraloría General de la República denunció por el monto de S/. 14, 500 737.63, y el Poder Judicial solo reconoció S/. 3,884 775. 41, esto es, solo recuperó un 23% de

---

<sup>26</sup> Fuente: Revista de Administración Pública & Control, Número 14, febrero de 2015, pp. 8-9.

lo denunciado, no reconoció un 77%, equivalente a S/. 11,115 961, 22.

- e) La reparación civil que fijan los jueces es irrisoria, siendo un gran negocio en términos de costo beneficio.
- f) En la sociedad se genera una sensación de impunidad e indefensión, cuando la población ve con enorme indignación la forma en que se desatiende sus necesidades y los funcionarios corruptos incrementan su patrimonio de origen ilícito.
- g) La Política Criminal del Estado debe responder a la gravedad de la lesión que infringe al Estado los funcionarios corruptos.

#### **2.6.2. Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1351**

La exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1351, sostuvo como motivos fundamentales, los siguientes (Congreso de la República del Perú, 2018):

- a) Según la novena encuesta nacional sobre la corrupción (2015), este es uno de los más álgidos del país, superado solo por la delincuencia común.
- b) Frente a los altos índices de corrupción, podría aprovecharse el especial nivel de disuasión que puede mantener la privación de la libertad sobre los funcionarios y servidores públicos, ya que su ajustamiento (eventualmente pérdida de la libertad por la aplicación

de una pena), comprende un alto y sensible costo para su estabilidad personal, sumada el infame estigma que le supondría un internamiento.

- c) Antes de promover la predecible expansión de la pena en los tipos penales sobre corrupción de funcionarios, se considera más oportuna una advertencia drástica que garantice certeramente la privación de la libertad.

### **2.6.3. Exposición de motivos de la Ley Nº 30710<sup>27</sup>**

Los tipos penales que fueron incorporados por esta ley no han sido tomados en cuenta en la formulación del problema. No obstante, resulta necesario precisar que, esta es la Ley vigente, por la cual se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena no solo en ciertos delitos cometidos por funcionario o servidor público, sino incluso para los delitos previstos en el artículo 122 inciso 3, literales c), d) y e) y artículo 122-B del Código Penal. Por lo que, para fines didácticos, corresponde indicar la exposición de motivos de esta ley, cuales son (Congreso de la República del Perú, 2018):

- a) Que, los casos de violencia física o psicológica contra las mujeres o integrantes de grupo familiar se enmarcan en mayor medida dentro de los delitos previstos en los artículos 122-B y lesiones leves 122 inciso 3, literales c), d) y e) del Código Penal. Los sentenciados por

---

<sup>27</sup> Publicada el 29 de diciembre de 2017.

dichos delitos no cumplen con la sentencia impuesta, lo que muestra que se trata de sanciones no efectivas que implican impunidad<sup>28</sup>.

b) Si a este tipo de delitos no se le prevé pena efectiva entonces se refuerza una sensación de impunidad en la gran mayoría de los casos<sup>29</sup>.

c) Es obligación del Estado luchar contra la impunidad. La violencia de género sigue siendo generalizada en todos los países con un alto grado de impunidad<sup>30</sup>.

d) Por razones de prevención general y especial no es adecuado suspender la ejecución de la pena en este tipo de delitos. La respuesta punitiva debe ser más intensa<sup>31</sup>.

#### **2.6.4. Cuestionamiento a la exposición de motivos de la Ley 30304 y Decreto Legislativo 1351**

La exposición de motivos de la Ley N° 30304 y del Decreto Legislativo N° 1351 (ambos dispositivos legales derogados tácitamente, por la Ley N° 30710), coinciden en que uno de los principales problemas del país es la corrupción, por lo que lo, se debe disuadir con puro efecto intimidatorio (prevención general negativa).

---

<sup>28</sup> Véase p, 3., de la exposición de motivos parte inicial.

<sup>29</sup> Véase p. 9., parte inicial de la exposición de motivos.

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> Ídem.

Con relación a la exposición de motivos de la Ley N° 30304, consideramos que las razones que se expresaron *ut supra* no superan el análisis del “test de proporcionalidad” de la medida legislativa; debido a que:

- a) Toda medida que tome el Estado debe estar en concordancia con los principios fundamentales que reconoce la Constitución. Se debe legislar dentro de los parámetros de proporcionalidad de la sanción e igualdad de los destinatarios de la pena.
- b) El Juez no debe imponer una sanción en base a objetivos generalizados, sino atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, con esta medida, se está orientando en un solo sentido su decisión, esto es, imponer pena efectiva indefectiblemente al funcionario o servidor público condenado por ciertos delitos dolosos.
- c) Los legisladores, desconocen que una cosa es el merecimiento de pena y otra la necesidad de pena. Al respecto, Luzón Peña (1993), indica que, “el merecimiento de pena es la existencia de un menoscabo suficientemente importante de un bien jurídico merecedor de protección, pero la necesidad de pena presupone además la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la protección jurídico penal” (p. 22). Lo cual a nuestro juicio implica que

si bien el funcionario o servidor público frente a la vulneración del bien jurídico merece una sanción (merecimiento de pena).

Sin embargo, esta debe ser impuesta tomando en cuenta los subprincipios de proporcionalidad, es allí, donde se justifica la necesidad de la pena. Mas aún si, como menciona Luzón Peña (1993), “no solo la necesidad, sino también el merecimiento de pena se basa en consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales” (p. 29). Fines de la pena que como se ha informado, están conforme a la Constitución, y deben ser aplicadas de manera equilibrada, esto es, no solo prevención general, sino especial.

d) Si bien el Estado peruano ha suscrito y ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Resolución 58/9 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2003); también es cierto que, por mandato de la propia Convención, las medidas que se adopte deben hacerse conforme a los principios de derecho interno<sup>32</sup>, esto es, en concordancia con los principios que adopta la Constitución expresa o implícitamente tomando en cuenta los derechos no enumerados. Además, como indica Cárdenas (2005), “este tratado internacional importante, enfrenta la corrupción sólo con

---

<sup>32</sup> **Artículo 65.1.- Aplicación de la Convención**

Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención

las armas del derecho penal y, no desde la complejidad que representa como fenómeno” (p. 52); por eso la Convención debe ser interpretada en consonancia con los principios constitucionales de derecho interno.

De otro lado, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1351, se advierte una clara amenaza con fines “disuasivos”, esto es, toman en cuenta en mayor medida fin intimidatorio de la pena (prevención general negativa); y explican que, frente a los altos índices de corrupción, se podría aprovechar el especial nivel de disuasión de la privación de la libertad sobre los funcionarios y servidores públicos.

De lo cual, se infiere que los propulsores de este Decreto Legislativo son conscientes del infame estigma que supone el internamiento del agente en un establecimiento penitenciario; pero consideran que antes de promover la expansión de la pena en los tipos penales de corrupción, es más oportuna una advertencia drástica que garantice la privación de la libertad.

#### **2.6.5. Posiciones doctrinarias, a favor y en contra de la modificación del artículo 57 del Código Penal por la ley 30304**

Como en todo ámbito del conocimiento, existen posiciones divergentes; en el derecho aún más, pues toda disposición normativa tiene posiciones a favor y en contra. Así, por ejemplo, a favor de la



modificatoria que introdujo por la Ley 30304, al artículo 57 parte *in fine* del Código Penal, está Salinas Siccha, quien sostiene que:

La modificación legislativa aprobada del artículo 57 del Código Penal es coherente, pero aun parcial, pues en la excepción que se propone debieron ser incluidos otros delitos graves que afectan a la Administración Pública como son los delitos de concusión, exacción ilegal, patrocinio ilegal, peculado por extensión, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. (Salinas Siccha, 2016, p. 71)

Al respecto, conviene precisar que, Salinas Siccha no se refiere específicamente si dicho dispositivo *sub examine* vulnera o no principios constitucionales; no obstante, de su posición se infiere que está a favor de la Ley N° 30304. Ahora, es cierto que esta Ley está derogada tácitamente por la Ley N° 30710; sin embargo, los tipos penales en los que se prohibía la suspensión de la ejecución de pena aún están vigentes.

Los argumentos de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de colusión y peculado doloso, para Salinas Siccha (2016), es que, “los delitos de colusión y peculado doloso comportan una lesión mucho mayor al correcto funcionamiento de la Administración Pública, a la probidad en el manejo de recursos públicos, porque se actúa infringiendo un deber especial de carácter penal” (p. 69).

Asimismo, indica Salinas Siccha, que:

Las penas que se dicten en estos procesos deben cumplir una función preventiva, desincentivando la comisión de tales delitos. Sabido es que muchas veces la pena no cumple estas finalidades; sin embargo, si pretendemos no ser tolerantes con los actos de corrupción que ponen en peligro la existencia misma del Estado, corresponde imponer una política criminal responsable, que intente desalentar a los funcionarios y servidores públicos a cometer actos de corrupción al interior de la empresa pública donde desempeñan sus labores. Concluye indicando que los actos de corrupción son más reprochables penalmente que otros delitos que ponen en peligro bienes jurídicos individuales. (Salinas, 2016, p. 71 - 72)

Sobre esto último, Roxín indica que:

En cuanto al momento de la conminación penal, el fin de la pena es pura prevención general; en cuanto a la imposición de la pena, la necesidad preventiva especial y general; y, en ejecución el fin de la pena es pura prevención especial. (Roxín, 1997, p. 97)

Esto significa que al momento de la imposición de la pena se tiene que tomar en cuenta tanto la prevención general y la especial; más aún si, ambos fines son los que adopta la Constitución.

Por lo tanto, si bien al momento de la conminación penal el fin de la pena es pura prevención general, también es cierto que, al momento de su aplicación no solo se debe tomar en cuenta dicho fin, sino la prevención especial.

De otro lado, dentro de las posiciones en contra de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en ciertos delitos, destaca Rojas

Vargas (2015), quien sostiene que: “se trata de un dispositivo desproporcionado y carente de razonabilidad” (p. 34).

Como argumento, Rojas Vargas, señala que:

El Juez sería la boca de la ley sin capacidad para valorar caso por caso, ni poder definir discrecionalmente la necesidad de pena efectiva en atención a la naturaleza del delito, su gravedad social, modalidad específica, la conducta procesal, circunstancias y condiciones personales del infractor. Esto es naturalmente un evidente despropósito, un puro y llano derecho penal del enemigo. Los jueces penales se convertirían en máquinas de retribución penal, sus sentencias se hallarán al margen de sentido de justicia y corrección material. (Rojas Vargas, 2015, p. 34)

Por su parte, Peña Cabrera Freyre, menciona que:

No somos partidarios de esta reforma normativa, que por un lado coarta los espacios de discrecionalidad del juez, al momento de la determinación e individualización de la pena y, por el otro, hace prevalecer la naturaleza retributiva de la pena, sobre el fin rehabilitador de la misma. (Peña Cabrera Freyre, 2015, p. 42)

El argumento principal de Peña Cabrera Freyre (2015), lo sostiene en que “la suspensión de la ejecución de la pena no supone renunciar a las necesidades de prevención general, (...); suspender la ejecución de la pena afirma el reconocimiento del orden jurídico y la justicia como valor principal del Estado de Derecho (...)” (p. 39).

Por su parte, Amoretti Pachas (2015) indica que, “las leyes de carácter penal no pueden promulgarse bajo la premisa de una situación política o electoral. (...) aquí con esta ley se viola la Constitución. Desde el

momento en que atenta con la independencia jurisdiccional, es inconstitucional” (2015, p. 30).

### 2.6.6. Delitos en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, conforme a la ley N° 30710

Resulta relevante describir aspectos importantes de los delitos en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, a efectos de verificar si es posible la aplicación de este régimen de prueba en todos los casos. Así veamos:

<b>Artículo 384 del Código Penal. “COLUSIÓN”</b>	
<p>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.</p>	
<p>El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”</p>	
<p><b>Colusión simple</b> (primer párrafo)</p> <p><b>Sanciona:</b> concierto de voluntades, con los interesados para defraudar al Estado</p>	<p><b>Colusión agravada</b> (segundo párrafo)</p> <p><b>Sanciona:</b> concierto de voluntades, con los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado</p>
<b>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</b>	
<p>- Bien jurídico general: Normal y recto funcionamiento de la administración pública (Salinas Siccha, 2016, p. 326)</p>	

- Bien jurídico particular: La regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública (Salinas Siccha, 2016, p. 326)					
<b>IMPUTACIÓN SUBJETIVA</b>					
- Es un delito doloso					
<b>Penas: (primer párrafo)</b>			<b>Penas: (segundo párrafo)</b>		
<b>P.P. Lib<sup>33</sup>.</b>	<b>Inhab<sup>34</sup>.</b>	<b>Multa<sup>35</sup></b>	<b>P.P. Lib.</b>	<b>Inhab.</b>	<b>Multa</b>
3 a 6 años	Art. 36 CP., inc. 1, 2 y 8.	180 a 365 días	6 a 15 años	Art. 36 CP., inc. 1, 2 y 8	365 a 730 días
<b>DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ART. 45-A Y 46 DEL CP)</b>					
Tercio inferior de 3 a 4 años Tercio intermedio de 4 a 5 años Tercio superior de 5 a 6 años			Tercio inferior de 6 a 9 años Tercio intermedio de 9 a 12 años Tercio superior de 12 a 15 años		
<b>REDUCCIÓN DE PUNIBILIDAD POR BONIFICACIÓN PROCESAL</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Confesión sincera</b> = 1/3 hasta por debajo del mínimo legal (art. 161 del CPP.)</li> <li>- <b>Terminación anticipada</b> = 1/6 (art. 471 del Código Penal)</li> <li>- <b>Conclusión anticipada</b> = 1/7 (Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, f. j. 28.7).</li> </ul>					
<b>PROBABILIDAD PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>					
<b>Según el primer párrafo del citado artículo. Existe:</b> <b>Probabilidad elevada</b> , para llegar a 4 años o menos de pena concreta.			<b>Según el segundo párrafo del citado artículo. Existe:</b> <b>Probabilidad mínima</b> , para llegar a 4 años de pena concreta final, si partimos del extremo máximo del tercio superior (15 años). <b>Probabilidad media</b> , si partimos del extremo máximo del tercio intermedio (12 años). <b>Probabilidad elevada</b> , si partimos del extremo máximo del tercio inferior (9 años).		
<b>TIPO DE DELITO</b>					
<b>Delito de peligro concreto; de resultado.</b> (Salinas Siccha, 2016, p. 340)					

### Artículo 387 del Código Penal. "PECULADO"

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2

<sup>33</sup> Pena privativa de la libertad, en adelante P.P.L.

<sup>34</sup> Pena de inhabilitación, en adelante inhab.

<sup>35</sup> Pena de multa.

y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa<sup>36</sup>.

<p><b>Peculado simple</b> (primer párrafo)  <b>Sanciona:</b> Al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza caudales o efectos que están a su cargo</p>	<p><b>Peculado agravado</b> (segundo y tercer párrafo)  <b>Sanciona (segundo párrafo):</b> valor de lo apropiado supera las 10 UIT.  <b>Sanciona (tercer párrafo):</b> caudales o efectos destinados a fines asistenciales, programas de apoyo o inclusión social.</p>
---	--

**BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

- Bien jurídico general: Normal y recto funcionamiento de la administración pública.
- Regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público. Y pluriofensivo (Rojas Vargas, 2009, p. 327)

**IMPUTACIÓN SUBJETIVA**

- Es un delito doloso

Penas: Primer párrafo			Penas: Segundo párrafo		
P. P. Lib.	Inhab.	Multa	P. P. Lib.	Inhab.	Multa
4 a 8 años	Art. 36 CP., inc. 1, 2 y 8.	180 a 365 días	8 a 12 años	Art. 36 CP., inc. 1, 2 y 8	365 a 730 días

**DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ART. 45-A Y 46 DEL CP)**

<sup>36</sup> El cuarto párrafo sanciona el peculado culposo, respecto del cual no se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, por eso respecto del mismo, no realizaremos ningún comentario, solo se precisa para fines didácticos.

Tercio inferior de 4 a 5 años 4 meses	Tercio inferior de 8 años a 9 años a 4 meses.
Tercio intermedio de 5 años 4 meses a 6 a. 4 m.	Tercio intermedio de 9 años a 4 meses a 10 años 10 meses
Tercio superior de 6 a. 4 m. a 8 años.	Tercio superior de 10 años 10 meses a 12 años
<b>REDUCCIÓN DE PUNIBILIDAD POR BONIFICACIÓN PROCESAL</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Confesión sincera</b> = 1/3 hasta por debajo del mínimo legal (art. 161 del CPP.)</li> <li>- <b>Terminación anticipada</b> = 1/6 (art. 471 del Código Penal)</li> <li>- <b>Conclusión anticipada</b> = 1/7 (Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, f. j. 28.7).</li> </ul>	
<b>PROBABILIDAD PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>	
<p><b>Según el primer párrafo del citado artículo. Existe:</b></p> <p><b>Probabilidad elevada</b>, para llegar a 4 años o menos de pena concreta.</p>	<p><b>Según el segundo y tercer párrafo del citado artículo. Existe:</b></p> <p><b>Probabilidad mínima</b>, para llegar a 4 años de pena concreta final, si partimos del extremo máximo del tercio superior (12 años).</p> <p><b>Probabilidad media</b>, si partimos del extremo máximo del tercio intermedio (10 años 10 meses).</p> <p><b>Probabilidad elevada</b>, si partimos del extremo máximo del tercio inferior (9 años 4 meses).</p>
<b>TIPO DE DELITO</b>	
<b>Delito de resultado, en efecto, también cabe la tentativa.</b> (Salinas Siccha, 2016, p. 410)	

<b>Artículo 389 del Código Penal “MALVERSACIÓN”</b>	
<p>El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.</p> <p>Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.</p>	
<b>Malversación</b> (primer párrafo)	<b>Malversación</b> (segundo párrafo)
<b>No se prohíbe la suspensión</b>	<b>Sanciona:</b> Aplicación definitiva diferente de los bienes que están

			destinados a programas de apoyo, de desarrollo o asistenciales.		
<b>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bien jurídico general: Normal y recto funcionamiento de la administración pública. (Salinas Siccha, 2016, p. 460)</li> <li>- Preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos (Salinas Siccha, 2016, p. 460)</li> </ul>					
<b>IMPUTACIÓN SUBJETIVA</b>					
- Es un delito doloso.					
<b>Penas:</b>			<b>Penas: (Segundo y tercer párrafo)</b>		
<b>P. P. Lib.</b>	<b>Inhab.</b>	<b>Multa</b>	<b>P. P. Lib.</b>	<b>Inhab.</b>	<b>Multa</b>
1 a 4 años	Art. 36 CP., inc. 1, 2 y 8.	180 a 365 días	3 a 8 años	Art. 36 CP., inc. 1, 2 y 8	365 a 730 días
<b>DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ART. 45-A Y 46 DEL CP)</b>					
Tercio inferior de 1 a 2 años. Tercio intermedio de 2 a 3 años. Tercio superior de 3 a 4 años.			Tercio inferior de 3 a 4 años 8 meses. Tercio intermedio de 4 años 8 meses a 6 años 4 meses. Tercio superior de 6 años a 4 meses a 8 años.		
<b>REDUCCIÓN DE PUNIBILIDAD POR BONIFICACIÓN PROCESAL:</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Confesión sincera</b> = 1/3 hasta por debajo del mínimo legal (art. 161 del CPP.)</li> <li>- <b>Terminación anticipada</b> = 1/6 (art. 471 del Código Penal)</li> <li>- <b>Conclusión anticipada</b> = 1/7 (Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, f. j. 28.7).</li> </ul>					
<b>PROBABILIDAD PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>					
<b>Según el primer párrafo del citado artículo.</b>			<b>Según el segundo párrafo del citado artículo. Existe:</b>		
Se aplica absolutamente la suspensión de la ejecución de la pena			<p><b>Probabilidad mínima</b>, para llegar a 4 años de pena concreta, si partimos del extremo máximo del tercio superior (8 años).</p> <p><b>Probabilidad media</b>, si partimos del extremo máximo del tercio intermedio (6 años 4 meses).</p> <p><b>Probabilidad elevada</b>, si partimos del extremo máximo del primer tercio (4 años 8 meses).</p>		
<b>TIPO DE DELITO</b>					
<b>Delito de comisión instantánea y de resultado (Si hay tentativa).</b> (Salinas, 2016, p. 463)					



<b>Artículo 395 del Código Penal “COHECHO PASIVO ESPECÍFICO”</b>					
El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.					
El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.					
<b>Cuhecho pasivo</b> (primer párrafo)			<b>Cuhecho pasivo</b> (segundo párrafo)		
<b>Sanciona:</b> Al que acepta o recibe promesa, ventaja o beneficio.			<b>Sanciona:</b> Al que solicita directa o indirectamente, donativo, ventaja o beneficio.		
<b>BIEN JURÍDICO</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bien jurídico general: Normal y recto funcionamiento de la administración pública (Salinas Siccha, 2016, p. 579)</li> <li>- Proteger deberes que nacen del cargo; y, tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones del sujeto público (Salinas Siccha, 2016, p. 579)</li> </ul>					
<b>IMPUTACIÓN SUBJETIVA</b>					
- Es un delito doloso					
<b>Penas:</b>			<b>Penas:</b>		
<b>P. P. Lib.</b>	<b>Inhab.</b>	<b>Multa</b>	<b>P. P. Lib.</b>	<b>Inhab.</b>	<b>Multa</b>
6 a 15 años	Art. 36 CP., inc. 1 y 2	180 a 365 días	8 a 15 años	Art. 36 CP., inc. 1 y 2	365 a 700 días
<b>DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ART. 45-A Y 46 DEL CP)</b>					
Tercio inferior de 6 a 9 años. Tercio intermedio de 9 a 12 años. Tercio superior de 12 a 15 años.			Tercio inferior de 8 a 10 años 4 meses. Tercio intermedio de 10 años 4 meses a 12 años 4 meses. Tercio superior de 12 años 4 meses a 15 años.		
<b>REDUCCIÓN DE PUNIBILIDAD POR BONIFICACIÓN PROCESAL:</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Confesión sincera</b> = 1/3 hasta por debajo del mínimo legal (art. 161 del CPP.)</li> <li>- <b>Terminación anticipada</b> = 1/6 (art. 471 del Código Penal)</li> <li>- <b>Conclusión anticipada</b> = 1/7 (Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, f. j. 28.7).</li> </ul>					
<b>PROBABILIDAD PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>					

<p><b>Según el primer párrafo del citado artículo. Existe:</b></p> <p><b>Probabilidad elevada</b>, para llegar a 4 años de pena concreta, si partimos del extremo mínimo del tercio inferior (6 años).</p>	<p><b>Según el segundo párrafo del citado artículo. Existe:</b></p> <p><b>Probabilidad mínima</b>, para llegar a 4 años de pena concreta, si partimos del extremo mínimo del tercio inferior (8 años).</p>
<b>TIPO DE DELITO</b>	
Delito de mera actividad (No hay tentativa). (Salinas, 2016, p. 582)	

<b>Artículo 396 del Código Penal. “CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES”</b>		
Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.		
<b>Sanciona:</b> Al que acepta o recibe promesa, ventaja o beneficio; o solicita directa o indirectamente, donativo, ventaja o beneficio.		
<b>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bien jurídico general: Normal y recto funcionamiento de la administración pública. (Salinas Siccha, 2016, p. 579)</li> <li>- Proteger deberes que nacen del cargo; y, tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones del sujeto público (Salinas Siccha, 2016, p. 579)</li> </ul>		
<b>IMPUTACIÓN SUBJETIVA</b>		
- Es un delito doloso		
<b>PENAS</b>		
P. P. lib.	Inhab.	Multa
5 a 8 años	Art. 36 CP., inc. 1 y 2	180 a 365 días
<b>DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ART. 45-A Y 46 DEL CP)</b>		
Tercio inferior de 5 a 6 años. Tercio intermedio de 6 a 7 años. Tercio superior de 7 a 8 años.		
<b>REDUCCIÓN DE PUNIBILIDAD POR BONIFICACIÓN PROCESAL</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Confesión sincera</b> = 1/3 hasta por debajo del mínimo legal (art. 161 del CPP.)</li> <li>- <b>Terminación anticipada</b> = 1/6 (art. 471 del Código Penal)</li> <li>- <b>Conclusión anticipada</b> = 1/7 (Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, f. j. 28.7).</li> </ul>		

<b>PROBABILIDAD PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>		
<b>Según el citado artículo existe:</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Probabilidad elevada</b>, para llegar a cuatro años de pena concreta final, si partimos del extremo máximo del tercio inferior (6 años).</li> <li>- <b>Probabilidad media</b>, si partimos del extremo máximo del tercio intermedio (7 años).</li> <li>- <b>Probabilidad mínima</b>, si partimos del extremo máximo del tercio superior (8 años).</li> </ul>		
<b>TIPO DE DELITO</b>		
Delito de mera actividad (No hay tentativa). (Salinas, 2016, p. 582)		
<b>Artículo 399 del Código Penal “NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO”</b>		
El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.		
<b>Sanciona:</b> Al que se interesa, directa o indirecta en provecho propio o de un tercero, por contrato u operación que interviene por razón de su cargo.		
<b>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bien jurídico: Normal y recto funcionamiento de la administración pública (Salinas Siccha, 2016, p. 644)</li> <li>- Deber de lealtad y probidad del funcionario o servidor en el cumplimiento de su función encomendada en razón del cargo que desempeña (Salinas Siccha, 2016, p. 644)</li> </ul>		
<b>IMPUTACIÓN SUBJETIVA</b>		
- Es un delito doloso		
<b>PENAS</b>		
<b>P. P. lib.</b>	<b>Inhab.</b>	<b>Multa</b>
4 a 6 años	Art. 36 CP., inc. 1 y 2	180 a 365 días
<b>DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ART. 45-A Y 46 DEL CP)</b>		
Tercio inferior de 4 años a 4 años 8 meses.		
Tercio intermedio de 4 años 8 meses a 5 años 4 meses.		
Tercio superior de 5 años 4 meses a 6 años.		

<b>REDUCCIÓN DE PUNIBILIDAD POR BONIFICACIÓN PROCESAL</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Confesión sincera</b> = 1/3 hasta por debajo del mínimo legal (art. 161 del CPP.)</li> <li>- <b>Terminación anticipada</b> = 1/6 (art. 471 del Código Penal)</li> <li>- <b>Conclusión anticipada</b> = 1/7 (Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, f. j. 28.7).</li> </ul>
<b>PROBABILIDAD PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>
<p><b>Según el citado artículo existe:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Probabilidad elevada</b>, para llegar a cuatro años de pena concreta final, si partimos del extremo máximo del tercio inferior (4 años 8 meses).</li> <li>- <b>Probabilidad media</b>, si partimos del extremo máximo del tercio intermedio (5 años 4 meses).</li> <li>- <b>Probabilidad mínima</b>, si partimos del extremo máximo del tercio superior (6 años).</li> </ul>
<b>TIPO DE DELITO</b>
Delito de mera actividad (No hay tentativa). (Salinas, 2016, p. 650)

<b>Artículo 401 del Código Penal “ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”</b>
<p>El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.</p> <p>Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.</p> <p>Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita<sup>37</sup>.</p>

<sup>37</sup> Este párrafo no regula ninguna conducta pasible de sanción, por el contrario se refiere a una precisión sobre la existencia de un indicio de enriquecimiento ilícito, por lo respecto del mismo no nos referiremos.

<b>Enriquecimiento ilícito (primer párrafo)</b>			<b>Enriquecimiento ilícito (segundo párrafo)</b>		
<b>Sanciona:</b> Al que abusando de su cargo o incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos.			<b>Sanciona:</b> Al que ocupando cargos de alta dirección en entidades u organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejucio y acusación constitucional.		
<b>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Normal y recto funcionamiento de la administración pública. (Salinas Siccha, 2016, p. 579)</li> <li>- Normal y correcto ejercicio de la función de los cargos y empleo por parte del funcionario o servidor público que se debe al servicio de la nación (Salinas Siccha, 2016, p. 715)</li> </ul>					
<b>IMPUTACIÓN SUBJETIVA</b>					
- Es un delito doloso					
<b>PENAS:</b>			<b>PENAS:</b>		
<b>P. P. Lib.</b>	<b>Inhab.</b>	<b>Multa</b>	<b>P. P. Lib.</b>	<b>Inhab.</b>	<b>Multa</b>
5 a 10 años	Art. 36 CP., inc. 1, 2 y 8	365 a 730 días	10 a 15 años	Art. 36 CP., inc. 1, 2 y 8	365 a 730 días
<b>DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (ART. 45-A Y 46 DEL CP)</b>					
Tercio inferior de 5 a 6 años 8 meses.			Tercio inferior de 10 años a 11 años 8 meses.		
Tercio intermedio de 6 años 8 meses a 8 años 4 meses			Tercio intermedio de 11 años 8 meses a 13 años 4 meses.		
Tercio superior de 8 años 4 meses a 10 años.			Tercio superior de 13 años 4 meses a 15 años.		
<b>REDUCCIÓN DE PUNIBILIDAD POR BONIFICACIÓN PROCESAL:</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Confesión sincera</b> = 1/3 hasta por debajo del mínimo legal (art. 161 del CPP.)</li> <li>- <b>Terminación anticipada</b> = 1/6 (art. 471 del Código Penal)</li> <li>- <b>Conclusión anticipada</b> = 1/7 (Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, f. j. 28.7).</li> </ul>					
<b>PROBABILIDAD PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>					
<b>Según el primer párrafo del citado artículo.</b> Existe:			<b>Según el segundo párrafo del citado artículo.</b> Existe:		
<b>Probabilidad elevada</b> , para llegar a cuatro años de pena concreta, si partimos del extremo mínimo del tercio intermedio (6 años 8 meses).			<b>Probabilidad mínima</b> , para llegar a 4 años de pena concreta final, si partimos del extremo mínimo del tercio inferior (10 años).		
<b>TIPO DE DELITO</b>					
Delito de resultado (Si hay tentativa). (Salinas Siccha, 2016, p. 721).					

## 2.7. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, DE RESOCIALIZACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DE LA PREVISIÓN LEGAL

Antes de desarrollar estos principios, es preciso saber: ¿Qué es un principio? ¿Diferencia entre regla y principio? ¿Qué es un principio constitucional? y ¿Para qué sirve? Así, veamos:

Un principio, según Quisbert (2016), “es un axioma<sup>38</sup> que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado” (p. 28).

Por su parte, Lorenzetti (2010), indica que, “los principios son normas que tienen una estructura deóntica, ya que establecen juicios de deber ser; son normas «prima facie» sin una terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completadas” (p. 164).

Por su parte Alexy, resalta que:

Son mandatos de optimización, puesto que ordenan que se realice algo en la mejor medida posible, pueden ser cumplidos en diversos grados. Los principios son normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos y la relación con las reglas (Alexy, 1988, p. 143).

---

<sup>38</sup> Axioma (del griego “axioma”, lo que parece justo). Proposición evidente no susceptible de demostración sobre la cual se funda una ciencia.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 11, de la sentencia Expediente Nº 1417-2005-PA/TC, establece que:

Constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requiere de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

La diferenciación entre reglas y principios, según Alexy (2008) implica que, “las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (p. 14).

En ese sentido, menciona Alexy, que:

La diferenciación entre las reglas y los principios resulta del hecho que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios. (Alexy, 2008, p. 15)

Un principio constitucional, indica Quisbert (2016), “es la regla básica que guía el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de una Constitución formal en un Estado determinado” (p. 28).

Los principios constitucionales, sirven conforme indica Quisbert (2016), “para garantizar la vigencia y el respeto a la Constitución” (p. 28). Por su parte, según Lorenzetti (2010), “los principios jurídicos de rango constitucional aportan la determinación de valores necesarios para llenar de contenido la cláusula

general, conforme a un criterio normativo. Este contenido se establece mediante un juicio de ponderación con otros principios” (p. 165).

### **2.7.1. Principio de igualdad ante la ley**

“Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 3). Asimismo, “la ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general; es la misma para todos, sea para proteger o para castigar; no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la sociedad; no puede prohibir más que lo que es nocivo” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 4).

De estos artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, se vislumbra que, los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, esto es, que la Ley debe ser la misma para todos. De manera que, “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 24).

En nuestro ordenamiento nacional, este principio-derecho, dispone que “Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley” (Constitución, art. 2 inciso 2).



La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005, ha reafirmado el carácter de *ius cogens*<sup>39</sup> del principio de la igualdad y no discriminación, señalando en el fundamento 184, que:

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. (...).

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 3.5, de la sentencia Exp. N° 0261-2003-AA/TC, estableció que:

La igualdad implica lo siguiente: a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 02835-2010-PA/TC., fundamento jurídico 38, ha establecido que:

Se está frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

---

<sup>39</sup> Conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Según la Constitución, la igualdad se puede abordar desde dos perspectivas: como principio constitucional y derecho fundamental. Así, veamos:

#### **a) La igualdad como principio**

Al respecto, Gutierrez Camacho y Sosa Sacio (2013), indican que, “la igualdad como principio constitucional, implica que el Estado debe garantizar y preservar la igualdad” (p.100).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 25, de la sentencia Exp. Nº 0018-2003.AI/TC, ha sostenido que:

La igualdad como principio “implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático (...).

Así, desde el punto de vista de la igualdad como principio, implica que en toda medida que adopte el legislador o el juez, esta debe ser justa, razonable y justificada.

#### **b) La igualdad como derecho**

Sobre el particular, Gutierrez Camacho y Sosa Sacio (2013), indican que, “como un derecho fundamental de la persona, se confiere a todo sujeto el derecho a ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna” (p.101).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 25 de la sentencia Exp. N° 0018-2003.AI/TC, ha establecido que:

La igualdad (...) en cuanto a derecho fundamental “comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a los hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”.

Esto se traduce en el derecho subjetivo del ser humano, de acudir en búsqueda de tutela jurisdiccional efectiva, a fin de obtener un trato igual, no discriminatorio.

No obstante, en el fundamento jurídico 3.1 el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 0261-2003-AA/TC, señaló que:

Cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar la referida distinción objetiva y constitucionalmente razonable.

De lo cual, se infiere la posibilidad de una diferenciación frente a situaciones distintas, la misma que debe ser objetiva y razonable; más no una discriminación. Tal criterio también lo asume el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 02835-2010-PA/TC, fundamento 41, cuando indica que:

Se debe distinguir entre dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación. En

principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

#### **A. El contenido constitucionalmente protegido del principio-derecho a la igualdad**

El contenido constitucionalmente protegido del principio de igualdad, ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1 y Expediente N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2; los cuales son:

- i) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos;
- ii) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder;
- iii) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y,
- iv) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o

culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

Al respecto, como menciona Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio (2013), “de estos mandatos se derivan los alcances de la igualdad constitucional en el ámbito objetivo y subjetivo; esto es, como línea directriz del comportamiento del Estado y como derecho fundamental de la persona” (p. 102).

Así, el Tribunal Constitucional ejerciendo su labor interpretativa de la Constitución ha fijado tales indicadores, los mismos que deben ser tomados en cuenta en un caso concreto.

Para el caso que nos ocupa, solo tomaremos en cuenta el contenido constitucional protegido del principio a la igualdad referido en el párrafo a); esto es: “como límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos”<sup>40</sup>.

## **B. Manifestaciones del principio-derecho a la igualdad**

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia EXP. N° 02835-2010-PA/TC, fundamento 39, señala dos facetas del principio-derecho a la igualdad, indicando que:

---

<sup>40</sup> Límite que está referido a la actuación normativa del legislador, en dos aspectos, por un lado, que a fin de no vulnerar el principio-derecho a la igualdad se abstenga de toda acción legislativa tendiente a la una diferenciación arbitraria, injustificada e irrazonable; y, por el otro, que los destinatarios de este principio-derecho ejerciendo un derecho subjetivo, busquen alcanzar la igualdad ante hechos, situaciones y relaciones similares.

El principio-derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Para nuestra tesis, resulta pertinente desarrollar el principio-derecho de igualdad ante la ley. Por lo tanto, solo nos vamos a referir a esta.

### **C. Principio-derecho de igualdad ante la ley**

La igualdad ante la ley, menciona Gutierrez Camacho y Sosa Sacio (2013), que, “expresada esta garantía como derecho fundamental, implica la posibilidad de que toda persona pueda defenderse frente a las normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas” (p. 104).

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 123, de la emitida en la sentencia Exp. N° 04-2006-AI/TC, señala que:

La igualdad ante la ley constituye un límite para el legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

En ese sentido, Gutierrez Camacho y Sosa Sacio (2013), indican que, “la igualdad ante la ley impone también un límite constitucional a la actuación del legislador, al no poder apartarse de este marco impuesto por el ordenamiento, para crear normas que sin más contravengan la igualdad de trato” (p. 103). Posición que es sostenida por el Tribunal Constitucional, en la sentencia Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3, cuando indica que:

Es inaceptable cualquier trato diferenciado, solo se toleran aquellos que tengan base objetiva, es decir comprobables en la realidad, y que al propio tiempo sean razonables, esto es constitucionalmente admisibles. De esta forma quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos.

El Tribunal Constitucional con el objeto de determinar si el contenido de una norma afecta o no el principio-derecho a la igualdad en sus dos facetas<sup>41</sup>, ha venido utilizando el “test de igualdad. Así, en la sentencia Exp. N° 0004-2006-AI/TC, fundamento jurídico 129 a 151, desarrolló los pasos a seguir, para dicho objetivo. El primer paso: verificación de la diferenciación legislativa<sup>42</sup>; segundo paso: determinación del nivel de intensidad de la intervención en la

---

<sup>41</sup> Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. Precisando que nos interesa en esta ocasión explicar la igualdad ante la ley.

<sup>42</sup> Esto significa verificar la existencia de un trato disímil frente a dos situaciones iguales; si se verifica el trato diferente antes supuestos iguales, la medida deviene en inconstitucional; no siendo así, debe seguirse los siguientes pasos del test de igualdad. Para ello previamente se debe determinar el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica y el término de comparación. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 129).

igualdad, la determinación se hace tomando en cuenta tres criterios: grave<sup>43</sup>, medio<sup>44</sup> o leve<sup>45</sup>; tercer paso: verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación<sup>46</sup>; cuarto paso: examen de idoneidad<sup>47</sup>; quinto paso: examen de necesidad<sup>48</sup>; sexto paso: examen de proporcionalidad en sentido estricto<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Cuando: la discriminación sea de: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica (artículo 2, inciso 2 de la Constitución); siendo la consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 132).

<sup>44</sup> Cuando: la discriminación sea de: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, (artículo 2, inciso 2 de la Constitución); siendo la consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 132).

<sup>45</sup> Cuando: la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 132).

<sup>46</sup> Esto implica verificar si la finalidad de la intervención legislativa también tiene respaldo constitucional, de no tenerlo la medida resulta inconstitucional; y de tenerlo, corresponde avanzar al siguiente paso. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 133).

De presentarse un caso que ofrezca dudas en cuanto a la identificación de la legitimidad de la finalidad del trato legislativo diferenciado, atendiendo a la mencionada presunción de constitucionalidad de la ley, debe considerarse que la diferenciación contiene, *prima facie*, un fin constitucional. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 137).

Si bien puede identificarse un fin constitucional en la diferenciación efectuada por el legislador, no implica que la medida adoptada no vulnere el principio-derecho de igualdad, pues hace falta verificar si resulta proporcional, aspecto que debe verificarse en los siguientes tres pasos. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 138).

<sup>47</sup> Esto tiene que ver con una relación de medio a fin; es decir, se evalúa si la medida cuestionada es idónea para conseguir el fin pretendido por el legislador; de no ser así, la medida resultará inconstitucional. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 139).

<sup>48</sup> Esto implica verificar que la medida cuestionada sea la única absolutamente indispensable para lograr el fin del legislador, y de existir otras, debe ser la menos gravosa, esto es que no suponga una carga mayor sobre el derecho afectado. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 142).

<sup>49</sup> También llamado "ponderación", el análisis de proporcionalidad está referido a determinar que para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En otros términos, la proporcionalidad en sentido estricto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de manera tal que la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 147).

En el caso del test de igualdad, este subprincipio exige que, habiéndose determinado previamente el peso de los bienes jurídicos en pugna, las ventajas que se vayan a obtener con la medida legislativa que establece una diferenciación deban ser proporcionales con la intervención en otros bienes constitucionales, es decir, que el trato desigual no "sacrifique" principios o derechos fundamentales (incluido el principio-derecho de igualdad) que tengan un mayor peso que el bien



## **D. Aplicación del test de igualdad, para determinar vulneración o no del principio a la igualdad ante la ley**

Para determinar la vulneración de este principio, se debe aplicar los seis pasos del test de igualdad que han sido referidos *ut supra*, desarrollo que para fines de explicación y no redundar se hará en el capítulo de presentación y discusión de resultados. (Ítem 3.1.3. p. 139).

### **2.7.2. Principio de resocialización**

#### **A. Concepto**

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 180, de la sentencia emitida en el Exp. N°10-2002-AI/TC, ha señalado que:

Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia.

Por su parte, Urías Martínez (2011), menciona que, “la resocialización del condenado es un principio integrado por tres subprincipios: reeducación, rehabilitación y reincorporación” (p. 44).

Al respecto, Montoya Vivanco, menciona que:

“La reeducación” la persona adquiere determinadas actitudes que le permitirán desarrollar su vida en comunidad; la “reincorporación” hace alusión a la recuperación social de la persona condenada a

---

constitucional que se quiere satisfacer mediante el aludido trato. (STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 148).

determinada pena; y, finalmente, la “rehabilitación” representa la renovación jurídica del estatus del ciudadano que cumple determinada pena. (Montoya Vivanco, 2005, pp. 634-635)

## **B. Regulación**

El principio resocializador está previsto en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución<sup>50</sup>. Asimismo, está regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, en el cual se establece que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.

En el Código de Ejecución Penal, en el artículo II del Título Preliminar prescribe que la ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Dichas disposiciones legales, están en consonancia con lo dispuesto en el artículo 10, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Asimismo, con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y

---

<sup>50</sup> **Artículo 139. Principios de la función jurisdiccional**

Son principios de la función jurisdiccional:

1. (...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

degradantes, contenido en el artículo 5, inciso 6, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

### **C. Fin resocializador de la pena**

El fin resocializador de la pena se vislumbra de los cuerpos legales precedentemente referidos, los cuales son como lo menciona Montoya Vivanco (2005), “conformes a un Estado Constitucional de Derecho que consagra la Carta Fundamental” (p. 634).

El fin resocializador de la pena tiene sustento constitucional e incluso supranacional. Pues, por el principio de fuerza normativa de la Constitución, por el cual las normas constitucionales son vinculantes y obligatorias; así como, por el principio de Supremacía Constitucional, por cual, el juez debe preferir una norma constitucional, frente a una norma legal; se debe dar prevalencia al principio resocializador frente a otro, ponderando en cada caso concreto, de manera que se logre una efectiva materialización de dicho principio.

El fin preventivo especial de la pena (que respalda la suspensión de la ejecución de la pena), y el fin preventivo general negativo (que respalda la prohibición de dicho régimen de prueba) en ciertos delitos cometidos por funcionario o servidor público, entrarían en fricciones.

Sin embargo, Roxin, menciona que:

En cuanto al momento de la conminación penal, el fin de la pena es pura prevención general; en cuanto a la imposición de la pena, la necesidad preventiva especial y general; y, en ejecución el fin de la pena es pura prevención especial. (Roxín, 1997, p. 97)

En ese sentido, al ser en ejecución el fin de la pena pura prevención especial, la necesidad de que se ejecute la pena en el caso de pena suspendida se resuelve con la imposición de ciertas reglas de conducta, que tienen que ser las más idóneas para alcanzar el fin de prevención especial de la pena.

#### **D. Exigencia del cumplimiento del fin resocializador de la pena**

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 180, de la Sentencia emitida en el Exp. N° 10-2002-AI/TC, señala que:

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

Así, el principio resocializador no solo comporta un mandato al legislador al momento de regular las condiciones del *quantum* de la pena y cómo se ejecutará esta; sino también un mandato al *a quo* para establecer, en el caso concreto, el *quantum* de la pena, así como para verificar si al autor le corresponde pena efectiva o suspendida.

De manera que, tanto el legislador como el *a quo*, están obligados a tomar en cuenta en sus decisiones el principio resocializador, por mandato del artículo 139, inciso 22, de la Constitución, pues la pena necesariamente debe concordar con las exigencias de reeducación, rehabilitación y reincorporación del condenado a la sociedad. Ello debido a que, este principio es uno sobre el cual se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir.

Ahora, si tomamos en cuenta los tres subprincipios que conllevan a la resocialización (reeducación, reincorporación y rehabilitación), estos no solo deben ser de aplicación para el caso de penas efectivas, sino también para penas suspendidas.

La “reeducación” según se ha referido, implica que la persona adquiera determinadas actitudes que le permitan desarrollar su vida en comunidad; pero ello no solo se puede lograr en un establecimiento penitenciario<sup>51</sup>, sino también cuando el agente es sentenciado a pena suspendida.

Asimismo, la “reincorporación”, que hace alusión a la recuperación social del penado; no solo se logrará dando ingreso al

---

<sup>51</sup> Decimos “puede”, por cuanto cumplir una pena en un establecimiento penitenciario, no significa absolutamente que el penado logre su reeducación.

establecimiento penitenciario al sentenciado, sino cuando éste es beneficiado con suspensión de la ejecución de la pena.

De igual forma la “rehabilitación” que representa como se ha indicado, la renovación jurídica del estatus del ciudadano que cumple determinada pena; también se cumple cuando se impone una pena suspendida, pues en este régimen de prueba se tendrá como no pronunciada la condena, con los efectos de la rehabilitación referidos en el artículo 69, segundo párrafo, del Código Penal.

En ese sentido, la materialización del principio resocializador, se dará en la praxis judicial, cuando el Juez determine si la imposición de una pena efectiva excesivamente corta (menor o igual a cuatro años) a un condenado (funcionario o servidor público), cumpliría o no con el fin de la pena y el principio de resocialización; tomando en cuenta que, no necesariamente imponer una pena efectiva cuando la pena concreta final supere los 4 años, lograría el fin resocializador que manda nuestra Constitución. Se tendría que verificar en cada caso concreto.

En ese contexto, el principio resocializador debe entenderse como una alternativa al comportamiento criminal; por lo tanto, su aplicación no debe restringirse solo al agente que ha sido condenado a pena efectiva, sino al momento de aplicar la pena,

fundamentalmente para verificar si al agente le corresponde una pena efectiva o suspendida.

### **2.7.3. Principio de proporcionalidad**

#### **A. Concepto**

El principio de proporcionalidad es un instrumento que ayuda al operador jurídico en casos difíciles a alcanzar una justa y valorativa correspondencia entre el hecho jurídico y la decisión.

Por su parte, Carbonell, indica que:

Es en la aplicación de este principio donde entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos y el principio *pro personae*, etc. (Carbonell, 2008, p. 11).

Castillo Córdoba (2010), indica que, “se trata de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales”. (p. 113).

Asimismo, Sánchez Gil, indica que:

El principio de proporcionalidad, viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio

entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. (Sánchez Gil, 2010, p. 221)

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006, sobre el principio de proporcionalidad, fundamento 7 (voto del Juez Sergio García Ramírez), éste indicó:

Por otra parte, el orden jurídico responde racional y proporcionalmente a la gravedad de los hechos a través de la selección de consecuencias previstas en los ordenamientos y aplicadas por los tribunales. No es admisible sancionar hechos gravísimos con medidas levísimas, como sucede a través de procesos a “modo” o fraudulentos, rechazados por los órganos penales internacionales, y también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito de su propia competencia material. Tampoco sería admisible adoptar medidas de la mayor severidad cuando los hechos no revisten tan elevada gravedad. En ambas hipótesis se contrariarían los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad que gobiernan la previsión y aplicación de consecuencias jurídicas de las conductas ilícitas.

En sede nacional, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 4, de la sentencia emitida en el Exp. N° 01010-2012-PHC/TC, estableció que:

El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200 del mismo cuerpo normativo, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.



## B. Regulación

El principio de proporcionalidad, está regulado en el artículo 200 último párrafo de la Constitución<sup>52</sup>. Asimismo, está recogido en el Código Penal en el artículo VII<sup>53</sup>; VIII<sup>54</sup> del Título Preliminar; y, en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal<sup>55</sup>. Del contenido de tales dispositivos, se infiere que la pena a imponer no se agota en el principio de culpabilidad, sino debe reflejar la aplicación del principio de proporcionalidad; es decir, la pena debe ser razonada y proporcional; orientada además a cumplir los fines de la pena (preventiva, protectora y resocializadora).

El principio de proporcionalidad puede ser utilizado en cualquier ámbito del derecho (constitucional, penal, civil, administrativo, laboral, etc.). Así, lo entiende el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 138, de la sentencia emitida en el expediente N° 0010-2000-AI/TC, cuando establece que:

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya

---

<sup>52</sup> **Artículo 200.- garantías constitucionales.**

“(…) en relaciones con los derechos suspendidos o restringidos, el órgano jurisdiccional examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”.

<sup>53</sup> **Artículo VII.- Principio de responsabilidad penal**

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

<sup>54</sup> **Artículo VIII.- proporcionalidad de las sanciones**

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

<sup>55</sup> **Artículo VI.- Legalidad de las medidas limitativas de derechos**

(…) La orden Judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el **principio de proporcionalidad**.

satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. (...).

### **C. Fundamentos**

Sobre los fundamentos del principio de proporcionalidad, menciona Castillo Córdova (2008), que, “el principio de proporcionalidad se fundamenta en la naturaleza de la cláusula de Estado de Derecho y en el valor justicia, la dignidad humana como base fundante, en tanto constituye el fin Supremo de la Sociedad y del Estado” (p.117 y 118).

Por su parte, Benavente Chorres (2011), indica que, “la correspondencia valorativa del principio de proporcionalidad descansa en tres fundamentos: a) La humanización de las penas; b) La justicia; y, c) El Estado Social y Democrático de Derecho” (p. 187).

Como se puede advertir, tres son las bases o fundamentos que legitiman la aplicación de principio de proporcionalidad. Por lo tanto, su aplicación es indispensable, máxime si nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho.

### **D. Importancia**

Sobre la importancia del principio de proporcionalidad, Sánchez Gil (2008), señala que, “sirve en un conflicto entre normas

constitucionales, para definir en el caso concreto las fronteras de sus respectivos ámbitos de aplicación y establecer si su sentido normativo se extiende o no a él” (p. 227). Por su parte, Carbonell (2008), indica que, “el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado” (p. 10).

En un Estado Constitucional de Derecho, el principio de proporcionalidad es importante porque ayuda a dar una solución razonada y fundamentalmente justa, frente a la colisión ya sea de derechos o principios fundamentales, para resolver un caso difícil. Esto, además, porque el principio de proporcionalidad implica la ponderación entre principios y derechos constitucionales y derechos fundamentales de igual jerarquía que colisionan entre sí, en un caso en concreto.

#### **E. Principio de legalidad vs. principio de proporcionalidad**

El principio de legalidad y proporcionalidad son importantes principios que, en un Estado Constitucional de Derecho, a menudo colisionan en casos concretos. Pues puede darse que al autor o participe por justicia no le corresponda aplicarle la pena conminada que el legislador ha previsto; sino una muy por debajo del límite establecido, por considerarse desproporcional. Si bien ambos

principios pueden enfrentarse, también es cierto que, ambos son garantías que limitan el poder punitivo del Estado.

En ese sentido, sobre el principio de legalidad, indica Ávila Santamaría (2008), que, “es uno de los principios y conquistas más importantes del estado legal de derecho, que en su momento se concibió como seguridad jurídica” (p. 308). Efectivamente, esto fue así en un Estado de Derecho; sin embargo, en un Estado Constitucional de Derecho; como bien menciona Ávila Santamaría (2008), “este principio no ha desaparecido (...) sino que se ha reconceptualizado en función a la Constitución y de los derechos reconocidos en ella” (p. 308). Esto resulta ser cierto, porque en un Estado Constitucional de Derecho, la ley no desaparece, sino que frente a esta prima la Constitución y la ponderación frente a la subsunción, según el caso concreto.

De otro lado, sobre el principio de proporcionalidad, indica Ávila Santamaria, que:

Se contrapone y paradójicamente se complementa con el principio de legalidad. Se contrapone a la legalidad cuando en el sistema jurídico se presentan antinomias entre la ley y la Constitución, y permite al juez sospechar de la ley y hasta inaplicarla, incluso, como se demostrará en materia penal. Se complementa, en tanto los legisladores y los jueces tienen la obligación de materializar al principio de legalidad; los primeros, al crear leyes adecuadas a la Constitución y, los segundos, al dictar sentencias adecuadas también a la Constitución. (Ávila Santamaria, 2008, p. 308)

Asimismo, cabe precisar que, hasta antes de la Revolución Francesa, el ser humano ha servido al Estado; sin embargo, como menciona Ávila Santamaria (2008), “desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su incorporación en las Constituciones Políticas, el Estado está al servicio del ser humano” (p. 311). Aunque eso a nuestro modo de ver, es lo ideal, pues en la práctica el Estado utiliza como medio al ser humano. Prueba de ello es la disposición contenida en el artículo 57 parte *in fine* del Código Penal, que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena para a condenados por ciertos delitos. Utilizando el pretexto de reducción significativa de la corrupción.

Al respecto sobre la justicia, menciona Ávila Santamaria (2008), que, “la justicia no es otra cosa que el resultado de la realización de los derechos; ante una violación de derechos humanos, no se puede ser neutro, porque la neutralidad podría significar complicidad” (pp. 313-314). Esto tiene sentido, porque no necesariamente la aplicación de una disposición normativa vía la subsunción refleja una decisión justa; por lo tanto, cuando haya conflicto entre la legalidad y la justicia, hay que preferir esta última.

Hemos pasado de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho. De manera que: **i)** en el primero, como menciona Hans Kelsen (2003), “el positivismo jurídico, se asienta en el principio de legalidad y en la validez de la norma” (p. 31). Así,

la validez de la norma es según Peces Barba (1999) “el sustento del principio de seguridad jurídica, que algunos consideran que es el pilar de los sistemas jurídicos y políticos y hasta de los derechos humanos (pp. 245-258). Sin embargo, Zagrebelsky (2008) citado por Ávila Santamaria (2008, pp. 313-314), menciona que la seguridad de unos, puede ser la inseguridad de otros, por ello el derecho es dúctil y la validez formal no garantiza plenamente la justicia.

Como se advierte, en el Estado de Derecho, pretexto de la seguridad jurídica primaba la ley en su significado literal (principio de legalidad), cuyo método de interpretación como menciona Ávila Santamaria (2008), “es la subsunción” (p. 313); **ii**) en el segundo, al ser en el constitucionalismo como menciona Ávila Santamaria (2008), “el método de interpretación la ponderación” (p. 313); el juez interpreta la ley, ponderando el principios en base al principio de proporcionalidad. Pues, en un Estado Constitucional de Derecho, conforme menciona Ávila Santamaria (2008), “una norma será válida siempre que esté conforme con los principios constitucionales.

Así, la vigencia del positivismo es la validez del constitucionalismo; por eso el Derecho Penal, a la luz del derecho constitucional podría ceder” (pp. 314-315). Por lo tanto, como indica Zaffaroni (2005), “no

puede vulnerar los fines, los límites y la configuración constitucional” (p. 95).

Adicionalmente, el Estado debe ser una garantía para que se cumplan los derechos fundamentales. En esa línea, Ferrajoli (2001), clasifica a las garantías en: “primarias y secundarias, las primeras son las normas jurídicas; las segundas son a su vez de dos clases, las políticas públicas (planes proyectos), y las garantías técnicas las que emanan de los jueces que ejercen justicia” (pp. 45-56).

Nos interesa las garantías primarias referidas al creador de las leyes (el legislador); y las secundarias en cuanto a garantías técnicas (emanada de los jueces); estos, como menciona Ávila Santamaria (2008), “deberán adecuar los principios contenidos en instrumentos internacionales y en la parte dogmática de la Constitución, a la legislación ordinaria y secundarias” (p. 327).

Consideramos que cualquier norma infra constitucional, fundamentalmente el Código Penal debe estar en armonía con la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Cuando, exista contradicciones tendrá que intervenir el Juez como alternativa inmediata; o el legislador, como alternativa mediata, el primero se sugiere su intervención aplicando el control

difuso, mecanismo constitucional que será explicado *ut infra*; el segundo, modificando o derogando la disposición materia de controversia.

Finalmente, realzar el principio de proporcionalidad por encima del principio de legalidad, no es sinónimo de inseguridad jurídica, debido a que, seguridad jurídica no debe entenderse como aplicación del derecho vía interpretación literal absoluta de la ley (subsunción); sino aplicación de la ley en consonancia con principios y derechos constitucionales y convencionales de alta jerarquía.

Esto porque el juez no está obligado a imponer castigos desproporcionados solo por el hecho que así lo establezca la ley, sino que cuando considere que una disposición legal no es compatible con la Constitución, el juez tiene el deber de aplicar el control difuso, regulado en el artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución.

#### **F. Principio de proporcionalidad de la previsión legal**

Sobre el particular, cabe remarcar lo expuesto por Ávila Santamaria (2008), cuando indica que, “el legislador debe, para no dejar a las víctimas en la impunidad, para garantizar que van a tener un trato



justo, tanto en el procedimiento, como en la sanción del agresor, basar su actividad en principios constitucionales” (p. 319).

Esto se traduce; por un lado, que el legislador o el ejecutivo (en caso de delegación de facultades) al momento de la creación de leyes o decretos legislativos, respectivamente, cualquiera sea su naturaleza, debe tener en cuenta principios constitucionales de materia penal<sup>56</sup>; y, por el otro, que, según el caso en concreto, verifique si las disposiciones legales que emite el legislador están en consonancia con los principios del programa penal constitucional. Esto porque como menciona Ávila Santamaría (2008), “en un Estado Constitucional de Derecho, los jueces son garantes de los derechos de las personas reconocidas en la Constitución” (p. 329).

En el Derecho Penal, el principio de proporcionalidad como indica Benavente Chorres (2011), “ayuda a guardar armonía con la justicia ponderando la correspondencia axiológica entre la pena y el delito” (p. 185). Por su parte, como menciona Pérez Daza (2002), “el principio de proporcionalidad de las penas obliga a establecer la

---

<sup>56</sup> Como son: el principio de proporcionalidad, principio de necesidad, igualdad, lesividad, excepcionalidad, subsidiaridad y legalidad; esto, con el objeto de que la disposición emitida, armonice con los principios y derechos emanados de la Constitución.

relación de adecuación entre la gravedad de la pena y la relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva (...)" (p. 106).

En síntesis, sobre el principio de proporcionalidad, desde el punto de vista jurídico penal, para Benavente Chorres (2011) "implica un equilibrio valorativo entre el delito y la pena, la cual se asienta en una ponderación fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta) y en la valoración que el juez realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta)" (p. 185).

La utilización que se da al principio de proporcionalidad en el campo del derecho penal es mayormente para fijar el *quantum* de la pena que le debe corresponder al autor, la cual debe guardar una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional, que dio lugar a la realización de la conducta típica; tomando en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas; a fin de que, la medida impuesta no exceda la culpabilidad del agente.

De esta manera, consideramos que el principio de proporcionalidad, puede servir para justificar el carácter de una pena (efectiva o suspendida). Posición que es seguida, por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, pues, en el fundamento jurídico 19, emitida en la sentencia de vista, el Expediente N° 669-2017-1-0601-JR-PE-03, se estableció que:

El principio de proporcionalidad puede utilizarse como una fórmula que permite sustituir la pena prevista para el delito imputado.

En ese escenario aplicando el principio de proporcionalidad, válidamente en el contexto de un control difuso puede ser invocado por el Juez para justificar motivadamente una pena suspendida, en aquellos casos donde una norma legal lo prohíbe.

### **G. Componentes del principio de proporcionalidad**

Al respecto, menciona Alexy (2008), que, “el principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto” (p. 15). Lo cual significa, para Sánchez Gil (2008), que, “el principio de proporcionalidad debe satisfacer la medida legislativa para intervenir lícitamente los derechos fundamentales, precisamente verificando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de la medida cuestionada” (p. 226).

En ese sentido, conviene indicar lo que implica cada uno de estos subprincipios referidos por Alexy. Así, sobre la idoneidad, indica Villarde (2008), que, “está referida a limitar el derecho fundamental como única forma para alcanzar un determinado propósito, el cual debe ser, además, constitucionalmente lícito” (183-184). Para, Sánchez Gil (2008), “ser idónea significa conseguir un fin

constitucionalmente legítimo, por tender naturalmente a ello” (p. 226). Asimismo, Lopera Mesa (2008), indica que “en virtud del subprincipio de idoneidad solo puede justificarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su consecución” (p. 272).

Con relación al subprincipio de necesidad, Villarde indica que:

La medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, es decir, que no exista otro medio menos oneroso para lograrlo; así, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad. (Villarde, 2008, p. 184)

Por su parte, Sánchez Gil (2008), indica que, “la medida es necesaria por afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión” (p. 226). Para Lopera Mesa (2008), “el subprincipio de necesidad pone freno a la tendencia a emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo predeterminante más eficaz” (p. 272).

Sobre la proporcionalidad en sentido estricto, Villarde (2008), indica que, “es criterio que suele traducirse en la necesidad de probar que el daño es real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción, por lo que no son admisibles medidas preventivas si carecen de habilitación legal” (p. 184-185). Por su parte, Sánchez Gil (2008), indica que, “implica determinar si el beneficio que obtiene el fin

legislativo promovido por ella es mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental” (p. 226).

Además, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, Alexy, señala que, “la ponderación puede formularse de la siguiente manera: cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (p. 15).

Lo cual se traduce en establecer si el grado de afectación de los principios intervenidos con la disposición cuestionada, se ven compensados por el grado de satisfacción del principio que sustenta la disposición cuestionada. Asimismo, Alexy (2008), indica que, “la ley de la ponderación puede dividirse en tres pasos” (p. 16); los cuales son:

- a) Primero, es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- b) Segundo, se debe definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

- c) Tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

De esta manera, como menciona Alexy (1978), "se forma una escala trídica con los grados "leve", "medio" y "grave" (p. 468).

En síntesis, superados los componentes del "test de proporcionalidad" válidamente, se habrá determinado la validez constitucional de la medida cuestionada. Pues conforme menciona Lopera Mesa (2008), "la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando se supere los subprincipios de proporcionalidad" (p. 272).

#### **H. Aplicación del "test de proporcionalidad", para determinar la vulneración o no de los principios de proporcionalidad y resocialización**

Al respecto, es posible que principios constitucionales entren en colisión ya sea en abstracto o en concreto. En el caso concreto, consideramos que la disposición cuestionada (artículo 57, parte *in fine* del Código Penal), por la cual se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena para funcionarios o servidores públicos condenados por ciertos delitos, eventualmente puede

representar una colisión entre principios constitucionales. De un lado el principio de legalidad (artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución) y, del otro, los principios de proporcionalidad y resocialización (artículo 200 parte *in fine* de la Constitución y artículo 139, inciso 22, del mismo cuerpo legal).

En ese sentido, frente a una eventual colisión de principios, para determinar su real existencia y qué principio cede frente al otro, lo ideal es remitirnos a un caso concreto. Pues frente a una colisión entre principios o derechos fundamentales, como menciona Zagrebelsky (2005), “el juez debe analizar la proporcionalidad en el contexto, valorar, aplicar los principios si las reglas generan un resultado injusto y resolver adecuadamente” (pp. 20-25). Máxime si, como menciona Morales Godo (2009), “las decisiones justas ya no se agotan en la correspondencia del texto legal, sino principalmente con la correspondencia de los principios constitucionales. (...)” (p. 139).

Ahora bien, en consonancia con la formulación del problema y nuestra hipótesis en este apartado nos enfocaremos a realizar un control constitucional en abstracto de la medida (similar al análisis que se realiza en una demanda de

inconstitucionalidad), pues válidamente en abstracto se puede hacer el análisis de proporcionalidad de la previsión legislativa. En ese sentido, a fin de verificar si la medida vulnera o no los principio de resocialización y proporcionalidad, debemos tomar en cuenta la estructura argumentativa conocida como el “test de proporcionalidad”, según los pasos propuestos por Alexy, explicados *ut supra*.

Este análisis se hará en el capítulo de discusión y resultados (página 162).

## **2.8. EL CONTROL DIFUSO**

### **2.8.1. Concepto**

El concepto de control difuso se infiere de su propia regulación normativa, pues del artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución, se puede entender por control difuso al acto por el cual un juez (ordinario o constitucional) al verificar incompatibilidad de una norma legal y una norma constitucional debe preferir esta última. En su caso, debe preferir la norma legal sobre otra de inferior jerarquía.

Así, no solo el juez ordinario puede ejercer el control difuso, sino el juez constitucional, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> **Artículo VI. - Control difuso e interpretación Constitucional**



## 2.8.2. Regulación

Como se ha indicado, el control difuso se encuentra regulado en el artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución<sup>58</sup>; también se regula en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>59</sup>. Por su parte, el control concentrado se encuentra regulado en el artículo 200 y 202 de la Constitución.

## 2.8.3. Importancia

Conforme lo menciona Morales Godo (2009), “los jueces cumplen la función excelsa de controlar la constitucionalidad de las leyes, en nuestro medio, a través, del órgano concentrado del Tribunal Constitucional y a través del control difuso, en el caso del Poder Judicial” (p. 132).

---

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.  
(...).

<sup>58</sup> **Artículo 138.-** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

<sup>59</sup> **Artículo 14.-**

(...) cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

En ese sentido, el control difuso es un instrumento importante y útil para que los jueces ordinarios, en el caso concreto, frente a una ley que vulnera derechos o principios constitucionales, resuelva la causa inaplicando la norma que contraviene a la Constitución, con efecto interpartes, y en el caso del juez constitucional con efecto *erga omnes*.

#### **2.8.4. Principios que fundamentan el control difuso**

Los principios que sustentan y fundamentan la aplicación del control difuso, son el principio de supremacía constitucional e independencia en la función jurisdiccional. En ese sentido, corresponde señalar aspectos resaltantes de cada uno de estos principios; así veamos:

##### **A. El principio de supremacía constitucional**

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado” (Constitución, art. 53).

Por su parte, Rivera Santivañez (2009), menciona que, “este principio constituye una garantía de equilibrio en el ejercicio del poder político y de los derechos fundamentales de la persona, por cuanto obliga a todos los gobernantes y gobernados a encuadrar sus actos, decisiones o resoluciones a la Constitución” (p. 32).

De este principio se desprende que, el Estado Peruano es un Estado Constitucional de Derecho, pues se basa en el principio de supremacía constitucional. Asimismo, es democrático, social, independiente y soberano, unitario, indivisible, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de la separación de poderes (Constitución, art. 43).

De esta manera, se advierte que el Estado tiene un modelo jurídico, porque es un Estado Constitucional de Derecho; y, tiene un modelo político, porque es Estado Social y Democrático de Derecho.

Además, conviene precisar que, el principio de supremacía constitucional supone la concurrencia del principio de jerarquía normativa, por el cual, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior (Constitución, art. 138, segundo párrafo). Lo cual significa que, dentro de la pirámide jurídica, la Constitución ocupa el primer lugar como principio y como fundamento de las demás normas jurídicas (legales e infra legales).

De otro lado, es importante mencionar que la consecuencia lógica del principio de supremacía constitucional es el control de constitucionalidad, que implica según Rivera Santivañez (2009), “la

acción política o jurisdiccional que tiene por finalidad garantizar la primacía de la Constitución (...)” (p. 23). Para ello, la propia Constitución debe y tiene que prever mecanismos e instituciones que garanticen su cumplimiento; de lo contrario, se convertiría en una mera declaración formal. Es allí donde entra a tallar la función del juez, haciendo prevalecer la Constitución.

#### **B. Principio de independencia en la función jurisdiccional**

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional es un principio constitucional. Para Lobatón Palacios (1999), “constituye el principio medular que informa a la potestad jurisdiccional” (p. 596). Para Quispe Salsavilca, (2016), “es una garantía para la actuación del juez en el ejercicio de su función” (p. 128).

La independencia jurisdiccional conforme menciona Lama More (2012), “no solo debe estar referida al manejo autónomo de su estructura orgánica, sino fundamentalmente a la autonomía de la decisión de los magistrados, es allí donde se verifica la real independencia de los órganos jurisdiccionales” (p. 2).

Asimismo, toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (Convención Americana de Derechos

Humanos, art.8.1). De manera que, para el citado instrumento supranacional, la independencia judicial es una garantía judicial.

En sede nacional, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 6, en la sentencia emitida, en el expediente N° 2465-2004-AA/TC, conceptualiza a este principio, como:

Un mandato para que, en todos los poderes públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones.

Esta autonomía del Poder Judicial, como resalta el Tribunal Constitucional, debe ser entendida desde una doble perspectiva; como garantía de la administración de justicia y, como atributo del propio juez; pues así lo ha establecido en el expediente antes referido, fundamento 8, cuando indica que:

Esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de justicia; b) como atributo del propio juez. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una real independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el juez se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política.

Sobre esto último, entendemos que esa obligación del Juez a la ley debe ser siempre y cuando ésta no socave normas o principios de rango constitucional, caso contrario, deberá apartarse de la misma prefiriendo la Constitución, en aplicación del artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución.

De manera que, es la propia Constitución que deja al juez márgenes de discrecionalidad para que elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Pues conforme, indica García Amado (2006), “si hay discrecionalidad significa que al Juez las soluciones no le vienen dadas y predeterminadas enteramente por el sistema jurídico, sino que este, en mayor o menor medida, le deja espacios para que escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico” (p. 151).

En ese sentido, la independencia del *a quo* está unida a la concepción del Estado Constitucional de Derecho; por lo que, no debe quedar duda alguna del sometimiento de los jueces a la Constitución, a las leyes y tratados que se aprueben de conformidad con ésta.

Ahora bien, considerando como fuente y fundamento al principio de supremacía constitucional e independencia en la función jurisdiccional, para la aplicación del control difuso, el Juez cuando encuentre incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, deberá preferir la primera. Más aún si, como señala Morales Godo (2009), “El juez boca de la ley no es la mejor demostración de la independencia del juzgador. Tiene que existir una suerte de valor agregado que el juzgador le otorga a la norma al resolver un caso” (p. 140).

### **2.8.5. Aplicación del control difuso**

En tiempos remotos, conforme lo mencionó De Trazegnies Granda (2001), “La ley, dictada por el legislador, ha sido considerada por el juez como algo acabado, que debe aplicarse a los casos de la realidad sin mayores interpretaciones” (p. 49).

Frente a esa forma de entender el Derecho, esto es, ceñirse estrictamente a la ley, sometiéndose el juez solo a la literalidad de la ley, como bien expresa Gascón Abellán y García Figueroa (2003), “los europeos han generado una teoría denominada constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, que cuestiona el tradicional Estado de Derecho y que prefiere el Estado Constitucional. Desde esta perspectiva el Poder se somete a la Constitución, no solo a la ley” (p. 21).

Es así, conforme menciona Pietro Sanchís (2002), que, “del Estado de Derecho, pasamos hoy al Estado Constitucional, que hace descansar sobre la Constitución, ley fundamental indiscutible, la referencia para la regulación de la relación entre gobernantes y gobernados” (p. 121-122).

Actualmente en el siglo XXI, como lo menciona Morales Godo (2009), “el papel del juez en un Estado Constitucional no es el mismo papel que ha desempeñado en un tradicional Estado de Derecho. En un Estado Constitucional, la norma es una propuesta del legislador, cuyo contenido tiene que ser acabado por el juzgador cuando la aplica a un

caso concreto” (p. 133). En efecto, como indica Morales Godo (2009), “los legisladores al dictar las leyes no pueden contrariar caprichosamente los mandatos constitucionales, plasmados en derechos, principios y valores” (p. 132).

En ese sentido, sobre el control difuso, no hay duda que, cuando se vulneran principios como la independencia del juzgador, también se afecta el derecho a un Juez independiente, y consecuentemente, la tutela jurisdiccional efectiva.

Dicho control constitucional, para que sea válido debe ser debidamente fundamentado aplicando, para evitar que el juez sea pasible de sanción disciplinaria o de condena por el delito de prevaricato. Así, el *a quo* debe tomar en cuenta la consulta expediente N° 1618-2016- Lima Norte, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, su fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, en la cual se ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante, las reglas para el ejercicio del control difuso judicial; cuales son:

Primero: Presunción de constitucionalidad sobre la norma inaplicada.

Esto significa verificar si la disposición cuestionada ha sido promulgada siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 109 de la Constitución.

Segundo: Realizar el juicio de relevancia.



Esto significa determinar si la norma cuestionada es la aplicable al caso.

Tercero: Realizar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma.

Esto significa verificar si la disposición cuestionada no admite interpretación conforme a la Constitución.

Cuarto: Exigencia ineludible, de iniciar indicando los derechos involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para poder aplicar el “test de proporcionalidad” (idoneidad, necesidad, y ponderación).

## CAPÍTULO III

### PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

#### 3.1. DISCUSIÓN Y RESULTADOS

##### 3.1.1. Sobre la pena, sus fines y los que adopta la Constitución

No estamos en contra de la imposición de una pena (sanción) al agente que ha vulnerado bienes jurídicos tutelados por el Derecho, específicamente al funcionario o servidor público condenado por ciertos delitos dolosos.

Sin embargo, la sanción debe ser aplicada teniendo en cuenta los principios de derecho penal en general (legalidad, lesividad, culpabilidad, etc.), y en particular los principios constitucionales de proporcionalidad, humanidad, resocialización, etc., sin importar si es pena efectiva o suspendida.

Esto, porque en un Estado Constitucional de Derecho, el Juez al momento de aplicar la ley, no solo debe ceñirse al análisis gramatical o literal que se desprenda de esta, sino que debe aplicarla en concordancia con las reglas, principios y valores que establece la Constitución (norma jurídica de más alta jerarquía, conforme al artículo 53 de la Constitución). Adicionalmente, porque en un Estado de Constitucional de Derecho prima la ponderación frente a la subsunción.

Convine precisar que no necesariamente para resolver un caso concreto, se tendrá que aplicar la ponderación, pues esta se da cuando existe conflicto o colisión de principios o derechos constitucionales, ya sea entre principio(s) y derecho(s), derecho(s) entre derecho(s) y principio(s) entre principio(s).

De otro lado, sobre las teorías de la pena, la teoría absoluta o retributiva no goza de respaldo constitucional, en cambio si las teorías relativas de la pena, cuales son, la prevención especial (positiva y negativa) y la prevención general (positiva y negativa)<sup>60</sup>. La primera, esencialmente está dirigida al autor, con el objeto de resocializarlo para que en futuro evite la comisión de nuevos delitos dolosos. La segunda, tiene que ver, en concreto, con la obligación del Estado de garantizar la vigencia de la ley, esto es, en cada decisión en donde aplica el *ius puniendi*, busca dar un mensaje a la población que la protege de las amenazas contra su seguridad, así como, generar un efecto intimidatorio para que los potenciales delincuentes eviten la comisión de delitos.

De manera que, ambas teorías de la pena, no solo buscan un efecto disuasivo para el condenado, sino para los potenciales agentes, lo cual resulta acorde con el principio-derecho de dignidad del ser humano, debido a que, el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo cual se vislumbra del artículo 1 de la

---

<sup>60</sup> Así, se vislumbra de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 019-2005-PI/TC, fundamento 38. Y la Sentencia, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 12-2010/PI/TC, fundamento jurídico 17 y 18.

Constitución; así como, del fin resocializador de la pena que tiene su sustento normativo en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución, y en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

Por lo tanto, en toda decisión de los Poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) se debe tener en cuenta aquellos fines de la pena (no solo uno, sino ambos), los cuales como se ha indicado se sustentan en principios constitucionales (dignidad humana y resocialización).

Sin embargo, el legislador al prohibir la suspensión de la ejecución de la pena a funcionarios o servidores públicos condenados por ciertos delitos dolosos (en adelante, la medida) da un mensaje netamente intimidatorio, a fin de evitar la comisión de delitos de tal naturaleza, lo cual lo sustenta en la prevención general negativa de la pena, desconociendo que la Constitución también reconoce el fin preventivo especial, que tiene su fundamento en el fin resocializador de la pena. Pero no toma en cuenta que, como bien señala Chang Kcmot (2013), “las penas excesivamente cortas y largas son meramente retributivas y no ostentan ninguna finalidad resocializadora” (p. 519).

Consideramos que este principio, no solo debe estar presente en la creación del derecho, sino en su aplicación, sin importar el bien jurídico que se haya vulnerado. Así, por ejemplo, para determinar si en el caso concreto le corresponde al condenado una pena efectiva o suspendida, tomando en cuenta, además, de los principios antes indicados, los

principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad. Máxime si, como expresa Roxín (1997), “en la creación y aplicación del derecho se debe tomar en consideración las consecuencias que de la pena se puedan esperar para la vida futura del autor en la sociedad” (p. 87).

En ese sentido, no se debe desconocer que las teorías relativas de la pena (prevención especial y general), ambas son las que gozan de protección constitucional, y están orientadas a buscar el logro de un fin útil para la prevención del delito; así como, buscan materializar el principio de resocialización, debido a que, tienen como meta no solo la protección de la sociedad, sino, además, buscan ayudar al agente que ha cometido un delito se integre a la sociedad, mas no expulsarlo.

Ahora, si bien en un caso de conflicto entre la prevención especial y la prevención general, el Tribunal Constitucional, en la sentencia expediente N° 33-2007-PI/TC, sostuvo que debe primar esta última, pero precisó que eso será en abstracto. De manera que, dependerá del caso en concreto para considerar si efectivamente prima el fin preventivo general intimidatorio, sobre el fin especial, o a la inversa. Lo cual no significa que el fin resocializador de la pena no quedará vacío de contenido en abstracto.

Finalmente, sobre este punto, consideramos que la medida adoptada por el legislador, denota un ánimo carcelario, porque pese a que el agente (funcionario o servidor público) cumpla con los requisitos del

artículo 57 del Código Penal, será inexorablemente recluido en un establecimiento penitenciario. Lo cual, no se condice, con los fines de la pena, como se ha hecho notar *ut supra*, lo que implica que la medida no está conforme al principio de unidad de la Constitución, de manera que será inconstitucional, como así lo sostiene el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 42, de la sentencia emitida en el expediente N° 019-2005-PI/TC, cuando indica que una ley que no preserva los fines que cumple la pena, será inconstitucional.

### **3.1.2. Sobre el fundamento y naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena**

El fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena es evitar las penas privativas de libertad de corta duración que suelen tener un efecto negativo, desocializador y estigmatizante sobre la personalidad del agente primario. Esto es, evitar el ingreso al establecimiento penitenciario de un delincuente primario que no requiere de la privación de su libertad para resocializarse, debido a que, resultaría suficiente para su resocialización la amenaza que si no cumple con las reglas de conducta impuestas, se revocará la pena suspendida y se ordenará su ingreso al establecimiento penitenciario.

La medida adoptada por el legislador prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a funcionarios o servidores públicos que han cometido ciertos delitos dolosos, con el objeto de reducir los índices de

corrupción en el país. Si ello es así, la medida adoptada por el legislador no guarda consonancia con el fundamento de esta institución jurídica.

Esto porque, su fundamento no se sustenta en la condición especial del sujeto activo (funcionario o servidor público), sino en evitar el efecto estigmatizante y desocializador que puede generar una pena privativa de la libertad en un agente primario, sin importar la condición especial del sujeto activo, e independientemente del bien jurídico que haya podido vulnerar. Pues, como bien señala Chang Kcmot (2013), “las penas excesivamente cortas y largas son meramente retributivas y no ostentan ninguna finalidad resocializadora” (p. 519).

De otro lado, la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena, es una sanción (pena) sometida a condición resolutoria, debido a que, la pena privativa de libertad es dictada con “efecto suspensivo condicionado”, es decir, al condenado no se le da ingreso al establecimiento penitenciario luego de la sentencia; sino que la pena impuesta por el Juez se ejecuta en libertad, cumpliendo ciertas reglas de conducta (cualquiera que establece el artículo 58 del Código Penal) por cierto tiempo determinado. Solo cuando el sentenciado incumple las reglas de conducta, la pena se hará efectiva y la cumplirá en el establecimiento penitenciario, previo pedido de revocatoria de pena por el fiscal.

En ese sentido, la suspensión de la ejecución de la pena es una sanción, pero a la vez, una oportunidad para el agente primario, para

que este alcance en libertad, su resocialización o reivindicación con su familia y la sociedad. Esto en clave de dignidad de la persona (supremo interés de la Sociedad y del Estado), principio *pro libertatis* y principio resocializador. Por ello, consideramos suficiente como efecto intimidador para el autor primario (prevención especial negativa), el ultimátum que, si no cumple con las reglas de conducta (que tiene su fundamento en la teoría preventiva general de la pena), su ingreso a prisión será indefectible.

De esta manera, como se puede advertir, aun aplicando el Juez el régimen de prueba (la suspensión de la ejecución de la pena) pone en práctica ambos fines de la pena (prevención especial y general), lo cual si estaría conforme a los fines de la pena que adopta nuestra Constitución.

### **3.1.3. Respecto al principio de igualdad ante la ley, el principio de resocialización y el principio de proporcionalidad**

Sobre el principio de igualdad ante la ley. La medida, a primera vista manifiesta una diferenciación, porque prohíbe que a ciertos sujetos activos que cometen determinados delitos no se les debe aplicar la suspensión de la ejecución de la pena.



No obstante, para determinar si la medida vulnera o no el principio de igualdad ante la ley, y en efecto confirmar o no nuestra hipótesis, se debe aplicar los seis pasos del “test de igualdad” que el Tribunal Constitucional estableció en la sentencia Exp. N° 004-2006-AI/TC (fundamento jurídico del 128 al 151). Así veamos:

a) Primer paso: Verificación de la diferenciación legislativa. Esto significa verificar la existencia de un trato disímil frente a dos situaciones iguales.

Para ello, previamente se debe determinar el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica y el término de comparación.

Al respecto, la situación jurídica a analizar se encuentra constituida por la norma que indica exclusión, según la cual se inaplica la suspensión de la ejecución de la pena (consecuencia jurídica) a los servidores o funcionarios públicos condenados por delitos de colusión, peculado, malversación de fondos, cohecho pasivo, entre otros, (supuesto de hecho).

La situación jurídica, que funcionará para el caso como término de comparación, está constituida por la norma según la cual puede suspenderse la ejecución de la pena (consecuencia jurídica) a los no condenados por los delitos de colusión, peculado, malversación de fondos, entre otros, (supuesto de hecho).

Realizado el análisis, se verifica que esta medida legislativa cuestionada supera el primer nivel, debido a que, otorga un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que a la vez resultan diferentes, de acuerdo con el análisis precedente. Por lo tanto, se ha superado el primer paso.

b) Segundo paso: Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad; la cual puede ser grave, medio o leve.

Así:

Será grave, cuando la discriminación es de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, (artículo 2, inciso 2 de la Constitución); y tenga como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental.

Será media, cuando la discriminación es de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica (artículo 2, inciso 2 de la Constitución) y, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

Será leve, cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución (artículo 2 inciso 2) y, tenga como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

Al respecto, el fin de la disposición cuestionada es disminuir considerablemente los índices de corrupción, motivo que está fuera del alcance del indicado artículo. Además, la suspensión de la ejecución de la pena es de naturaleza jurídica discrecional; en efecto, no es un derecho de rango legal del procesado. Sin embargo, es un interés legítimo beneficiarse de dicho régimen de prueba, siempre que sea primario, que su pena no sea superior a cuatro años y que tenga pronóstico favorable que en el futuro no volverá a cometer nuevo delito. Por lo tanto, la intensidad en la igualdad es leve.

- c) Tercer paso: Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación. Esto implica verificar si la finalidad de la intervención legislativa tiene respaldo constitucional, de no tenerlo resultaría inconstitucional.

Al respecto, de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1351, vía interpretación teleológica, podemos inferir que se busca erradicar considerablemente la corrupción en el país. Esta finalidad, tiene sustento constitucional, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, fundamento 16, al sostener que:

El propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39, 41 y 44 de la Constitución.

En ese sentido, la finalidad de la medida tiene respaldo constitucional. Por lo tanto, no resulta ilegítima; en efecto debe seguirse con el cuarto paso.

- d) Cuarto paso: Examen de idoneidad. Esto tiene que ver con una relación de medio a fin; es decir, se evalúa si la medida cuestionada es idónea para conseguir el fin pretendido por el legislador, de no ser así, resultará inconstitucional.

La medida estaría orientada a promover un fin constitucionalmente valioso, conforme así se ha indicado *ut supra*. En efecto, puede servir para conseguir el fin que pretende. De manera que, se supera también este cuarto nivel del test de igualdad.

- e) Quinto paso: Examen de necesidad. Esto implica verificar que la medida cuestionada sea la única para lograr el fin que pretende, y de existir otras debe ser la menos gravosa, esto es, que no suponga una carga mayor sobre el derecho o principio afectado.

Al respecto, la medida al ser una disposición legal que limitaría el ejercicio del principio-derecho fundamental a la igualdad ante la ley

de aquel funcionario o servidor público condenado por ciertos delitos, para beneficiarse con la suspensión de la ejecución de la pena)<sup>61</sup>, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, se exige que la medida adoptada por el legislador para ser constitucional tiene que ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo. De existir una u otras medidas alternativas que, siendo igualmente idóneas para conseguir el fin, e influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

Al respecto, consideramos que, la medida legislativa no resulta necesaria para la consecución del fin que pretende alcanzar. Esto debido a que, el fin que pretende puede ser conseguido por otros medios igualmente idóneos, pero menos restrictivos del aludido principio-derecho constitucional; así, existe, por ejemplo:

La Ley N° 28716<sup>62</sup>, Ley de Control Interno de las Entidades del Estado, cuyo objetivo es regular la elaboración, aprobación, implantación, funcionamiento, perfeccionamiento y evaluación del control interno en las entidades del Estado, con el propósito de

---

<sup>61</sup> Siempre y cuando sea primario, su pena no supere los cuatro años, y que su conducta haga prever en el juzgador que en el futuro no cometerá nuevo delito doloso.

<sup>62</sup> Publicado el 18 de abril de 2006, en el Diario El Peruano.

cautelar y fortalecer los sistemas administrativos y operativos con acciones y actividades de control previo, simultáneo y posterior contra los actos y prácticas indebidas o de corrupción, propendiendo al debido y transparente logro de los fines, objetivos y metas institucionales.

Asimismo, existe la Ley N° 27806<sup>63</sup> (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública); su reglamento Decreto Supremo N° 072-2003-PCM<sup>64</sup>; y, la Ley N° 27927<sup>65</sup> que la modificó; que tiene como objeto, permitir y promover el acceso a cualquier ciudadano de la información pública.

Estas son algunas leyes que pueden coadyuvar a prevenir y reducir los índices de corrupción. Máxime si como menciona Cárdenas (2005), “no puede combatirse seriamente la corrupción sin la publicidad más amplia en las instituciones, tanto para que el ciudadano esté informado como para que exija cuentas a la autoridad” (p. 32).

---

<sup>63</sup> Publicado el 05 de agosto de 2002, en el Diario El Peruano.

<sup>64</sup> Publicado el 04 de febrero de 2003, en el Diario El Peruano.

<sup>65</sup> Publicado el 04 de febrero de 2003, en el Diario El Peruano.

Ahora, sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar alguna de las medidas para reducir los índices de corrupción, que debe adoptar un Estado, propuestas por Andrés Pedreño<sup>66 67</sup>, las cuales son:

- i) Modificar la Ley de Contrataciones con el Estado, para la transparencia y publicidad digital de pliegos y concursos públicos; logrando mayor transparencia en las comisiones de adjudicación.

Esto lo consideramos razonable, debido a que, como indica Vidal Rodríguez (2017), “uno de los escenarios comunes de corrupción se da en el marco de las contrataciones con el Estado, y contar con un marco normativo ágil, transparente y coordinado puede significar una reducción de dichas prácticas delictivas, puesto que facilita su detección” (p. 15).

En nuestro país, con la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado<sup>68</sup> y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF., se pretende reducir prácticas

---

<sup>66</sup> Entre otras, y no menos importantes el maestro de la Universidad de Alicante- España, es miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en España, y de la Academia Norteamericana de Lengua en Estados Unidos. Es doctor honoris causa por la Nottingham Trent University (Reino Unido) por su defensa de la autonomía universitaria, entre otros reconocimientos.

<sup>67</sup> Pedreño Muñoz, Andrés. *14 medidas para acabar con la corrupción*. Visitado el 11 enero de 2018. En: <https://www.euroresidentes.com/empresa/innovacion/12-medidas-para-acabar-con-la-corrupcion>.

<sup>68</sup> Vigente desde el 09 de enero de 2016.

delictivas de corrupción. Sin embargo, como expresa Vidal Rodríguez:

No se realizó cambios profundos que permitan una mayor transparencia en los procedimientos de contrataciones con el Estado, ya que se tomó medidas de flexibilización del manejo de los fondos públicos con el fin de obtener una mejor gestión por resultados, dejando de lado medidas de control y supervisión en los procesos de contratación, otorgando una mayor discrecionalidad para el funcionario público lo cual pueden constituir espacios de arbitrariedad y corrupción. (Vidal Rodríguez, 2017, p. 18)

En efecto, cuando existe una mayor discrecionalidad del funcionario público para adjudicar, se puede generar mayores espacios de corrupción, lo cual debe corregir los legisladores.

ii) Transparencia digital de la información pública. Todos los contratos, licitaciones, normativas, resoluciones, etc., de las administraciones públicas deberán ser accesibles a todo el público vía internet.

Lo cual consideramos que tiene relación con el acceso a la información pública que está regulado en nuestro país.

iii) Financiación real a los partidos políticos. Nuevas formas de financiación de los partidos políticos ampliando de forma realista los canales de una financiación transparente.



Esto resulta razonable, tomando en cuenta que la mayor corrupción podría encontrarse en gobiernos locales y regionales, e incluso desde las altas esferas del gobierno, pues existen empresarios que financian clandestinamente a los partidos políticos en campaña.

Esto compromete al candidato que cuando gane las elecciones, tenga que retribuir la inversión que hizo el empresario a su campaña y ¿cómo lo retribuye? Direccionando las obras públicas a favor del empresario que ha invertido en su campaña o negociando en favor de otros con el objeto de recuperar lo invertido. Para ello utilizan artimañas e incluso son ayudados por los vacíos de la propia Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado.

iv) Fomentar y premiar buenas prácticas de Administración Pública. Para recogimientos frecuentes y otorgados por instituciones u órganos de reputación.

Aquí, podemos agregar sumas considerables de incentivos económicos para los que denuncien actos de corrupción; debido a que, muchas veces no se denuncia actos de tal naturaleza, porque el trabajador de una entidad pública se ve amenazado de perder su trabajo.

v) Educación en la escuela, en la secundaria, en la universidad y en la sociedad, sobre valores éticos que fortalezcan la cohesión social, la igualdad de oportunidades y la convivencia social. Lo cual logrará construir una sólida cultura ciudadana contra la corrupción, equiparable a los países nórdicos<sup>69</sup>.

Existen diferentes factores que repercuten para la proliferación de la corrupción; consecuentemente, hay varias formas de atacarla. Sin embargo, la educación es fundamental e indispensable (esta parte de la familia). Por lo tanto, el Estado debe procurar dirigir sus esfuerzos en fortalecer a la familia.

De manera que, al no haberse superado el quinto paso del “test de igualdad”, la disposición cuestionada viola el principio-derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

En ese sentido, carecería de objeto analizar el siguiente nivel (juicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación). Sin embargo, a fin de dar más razones para consolidar nuestra hipótesis seguimos con el análisis del sexto paso.

---

<sup>69</sup> Estos países son Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, los cuales obtienen los primeros lugares en indicadores mundiales, como: educación, derechos civiles, desarrollo humano, calidad de vida, etc.

j) Sexto paso: Examen de proporcionalidad en sentido estricto. El análisis de proporcionalidad en este aspecto exige la comparación entre dos pesos o intensidades: i) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora; y, ii) aquel que radica en la afectación del derecho o principio fundamental que se trate. De manera que, la primera de estas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente a la segunda<sup>70</sup>, si no lo es, la medida será desproporcional.

En ese sentido, para comparar los pesos o intensidades es necesario identificar los principios en colisión, cuales son, por un lado, el principio de legalidad (artículo 2, inciso, 24 literal d) de la Constitución), y del otro, el principio de igualdad ante la ley (artículo 2, inciso 2, del mismo cuerpo normativo).

Al respecto, consideramos que el peso del principio de legalidad aunado al fin de la medida diferenciadora (erradicar considerablemente la corrupción en el país), es menor al del principio-derecho constitucional a la igualdad ante la ley. Esto por las siguientes razones:

i) Si bien ambos principios tienen sustento constitucional, así como, la finalidad de la medida cuestionada. Sin embargo,

---

<sup>70</sup> STC. Exp. N° 004-2006-AI/TC, f. j. 147.

para alcanzar la finalidad de la medida, no es necesario proscribir la aplicación del instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena, para determinados agentes. Pues, como se ha indicado *ut supra*, el fin de la medida cuestionada se puede conseguir por otros medios igualmente idóneos, pero menos lesivos.

ii) Asimismo, no existen estudios científicos, criminológicos o psicológicos que permitan inferir de manera razonada que, prohibiendo la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos, se reducirá los índices de corrupción en el país.

iii) Es factible que, en el caso de un delito de homicidio culposo, se logre suspender la pena privativa de libertad, cuando el agente sea primario, tenga responsabilidad restringida, se acoja a la confesión sincera de ser el caso. De esta manera, quien habría vulnerado el bien jurídico “vida”, el cual es uno de los principales derechos, tendría la posibilidad que se le suspenda la pena.

Sin embargo, al funcionario o servidor público condenado por cualquiera de los delitos en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, será inexorablemente

recluido en un establecimiento penitenciario, pese a que cumpla con los requisitos generales que establece el artículo 57 del Código Penal, cuales son, que la pena concreta no supere los cuatro años, que el agente no sea reincidente o habitual y que su conducta haga prever en el Juzgador que no volverá a cometer nuevo delito doloso.

iv) Asimismo, en un proceso especial de colaboración eficaz, al amparo del artículo 474 y 475, inciso 2, del Código Procesal Penal, puede ser objeto de acuerdo para imponer pena suspendida en su ejecución, los delitos de concusión, peculado, entre otros de mayor gravedad como terrorismo, delitos contra la humanidad, trata de personas y sicariato.

Sin embargo, el artículo 57 último párrafo del Código Penal prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena para funcionarios condenados por peculado<sup>71</sup>. Lo cual, evidencia una antinomia, la misma que, según el caso en concreto, se deberá resolver, aplicando los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad.

---

<sup>71</sup> Sobre este aspecto, conviene precisar que, el Fiscal de la Nación con el objeto de dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz, en especial en los delitos contra la Administración Pública, ha presentado un proyecto de Ley N° 2406/2017-MP, recibido en el Congreso de la República con fecha 07 de febrero de 2018. En donde propuso, entre otros aspectos, que la colaboración eficaz se aplique en los delitos contra la administración en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382 a 401 del Código Penal. Con esto pretenden la colaboración eficaz para todos los delitos contra la Administración Pública, con los beneficios contemplados en el artículo 475, inciso 2, del Código Procesal Penal, dentro de ellos la suspensión de la ejecución de la pena.

v) De otro lado, en un caso similar al que nos convoca, relativo a la prohibición de la aplicación de la responsabilidad restringida, establecido en el artículo 22 del Código penal, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 04-2016/CIJ-116 fundamento 14 parte *in fine*, ha establecido que el factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado, por ende, vulnera el principio derecho a la igualdad ante la ley.

El fundamento central que la Corte Suprema sostuvo para asumir tal posición fue que, la disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.

En ese sentido, siguiendo esa lógica, el instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena regulado en el artículo 57 del Código Penal, no se sustenta en la condición especial del sujeto activo, sino en su fundamento de evitar el efecto estigmatizante y desocializador que genera el ingreso al establecimiento penitenciario de aquel agente primario que ha sido condenado a una pena corta.

En ese contexto, la medida cuestionada, no solo vulnera el fundamento del instituto jurídico de la suspensión de la

ejecución de la pena, el mismo que se condice con el fin resocializador de la pena, sino también el principio de igualdad ante la ley.

Finalmente, por tales consideraciones y luego de realizado el análisis en abstracto, consideramos que el principio de legalidad debe ceder frente al principio de igualdad ante la ley.

Sobre el principio de resocialización y los subprincipios: reeducación, rehabilitación y reincorporación. Estos constituyen un mandato al legislador al momento de regular las condiciones del *quantum* de la pena y cómo se ejecutará esta y, a la vez, un mandato para el juzgador, para que al momento de establecer el carácter de la pena verifique si al agente le corresponde pena efectiva o suspendida.

Lo cual tiene sustento, debido a que, el principio resocializador, debe entenderse desde una doble perspectiva; por un lado, porque busca resocializar al sujeto cuando ingresa al penal, para que pueda reinsertarse a la sociedad; y por otro, porque busca la no ejecución efectiva de la pena cuando ésta puede generar mejores efectos en algunos casos, sin darle ingreso al establecimiento penitenciario al sentenciado, lo cual está en consonancia con el

fundamento de la institución jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena.

En ese sentido, consideramos que la resocialización en libertad (cuando se impone pena suspendida al agente) es posible. Esto, tiene sustento constitucional; pues la “reeducación” y la “reincorporación” no solo se puede lograr en un establecimiento penitenciario, sino cuando el agente es sentenciado a pena suspendida. Por su parte, “la rehabilitación” y sus efectos contenidos en el artículo 69, segundo párrafo, inciso 1 y 2 del Código Penal, también se cumple indefectiblemente cuando el agente ha sido condenado a pena efectiva o suspendida.

Por lo tanto, siempre debe encontrarse latente la posibilidad que el condenado en libertad si puede resocializarse; así como, la posibilidad que el juzgador lo aplique al momento de establecer si le corresponde pena efectiva o suspendida.

Sin embargo, con la medida legislativa, se afecta la discrecionalidad del *a quo* para decidir sobre el carácter de la pena (efectiva o suspendida) y, por ende, la aplicación del principio resocializador para tal fin, pese a que este principio como se ha indicado también constituye un mandato al juzgador, para establecer el carácter de la pena.



Actualmente no existe la posibilidad que el funcionario o servidor público condenado por ciertos delitos dolosos se resocialice en libertad, en clave al principio *pro homine* y *pro libertatis*, aunque el penado (funcionario o servidor público) en el ejercicio antijurídico de su libertad, haya defraudado la confianza del Estado.

En ese contexto, consideramos que con la medida se trata al ser humano como un medio (como un objeto de la política criminal del Estado), mas no como un fin; pese a que la suspensión de la ejecución de la pena se concibe como una alternativa al comportamiento criminal, basado en el principio resocializador, el cual, debe estar presente en toda medida que adopte el legislador o el juez.

De otro lado, con relación al principio de proporcionalidad. Al respecto, con el objeto de saber si la medida (previsión legislativa) resulta o no proporcional, se realizará un análisis en abstracto de la medida cuestionada (prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en ciertos delitos cometidos por funcionario o servidor público), similar al análisis que se realiza en una demanda de inconstitucionalidad)<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Como lo hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. N° 010-2002-AI/TC, de fecha 3 de enero de 2003, f.j. 139.

Para ello, debemos plantearnos la siguiente controversia: si la imposición de una pena privativa de libertad efectiva para condenados por ciertos delitos, pese a que, la pena sea igual o menor a cuatro años, que el agente no es reincidente o habitual, y que su conducta permita inferir en el juez que no volverá a cometer nuevo delito; vulnera el principio de proporcionalidad y resocialización.

Para determinar ello, se debe tomar en cuenta el “test de proporcionalidad” según los pasos propuestos por Alexy; los mismos que han sido explicados en el marco teórico.

En ese sentido, corresponde realizar el análisis de cada paso o nivel de dicho “test”. Así veamos:

a. Con relación al primer paso o nivel: Finalidad constitucionalmente legítima<sup>73</sup>. En este punto, se debe verificar si expresa o implícitamente los principios en colisión están reconocidos en la Constitución o tienen respaldo constitucional.

En el caso, por un lado, está el principio de legalidad (artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución), que respalda la medida.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad y de resocialización

---

<sup>73</sup> Sobre el particular, en principio se debe hacer mención que este paso o nivel de ponderación no es lo mismo que el examen de idoneidad. Este primer nivel, se ha tomado en cuenta en función al planteamiento de los pasos para ponderar expuestos por el Dr. Omar Alberto Sar Suarez, que sugiere en su artículo: *Hacia una motivación adecuada de las decisiones judiciales cuando se presenta conflictos entre derechos fundamentales*. En: Gaceta Constitucional. Año, 2011. Nº 32. P. 321.

(contenidos en el artículo 200 parte *in fine* de la Constitución y artículo 139 inciso 22 del mismo cuerpo legal, respectivamente).

Así, se advierte que el principio de legalidad, proporcionalidad y resocialización, están reconocidos expresamente en la Constitución. De esta manera, se ha superado el primer nivel de “test de proporcionalidad”.

- b. En cuanto, al segundo paso o nivel: Examen de idoneidad. Al respecto, se debe verificar si la medida cuestionada es idónea para alcanzar el fin de la medida cuestionada.

Para ello, en principio se debe verificar la finalidad de la medida, lo cual se desprende de la exposición de motivos del D.L. N° 1351, que para el caso es reducir los índices de corrupción en el país.

El juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre una norma de conducta o norma de sanción establecida en la ley penal. Pues, conforme expresa Lopera Mesa (2008), “en el primer caso es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo es capaz de afectar el bien jurídico cuya tutela se pretende, solo de este modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección del bien jurídico” (p. 275); y en el segundo, indica Lopera Mesa (2008), que, “se trata de examinar la eficacia preventiva que despliega la norma enjuiciada” (p. 277).

En el caso, se trata de verificar la idoneidad de una norma de sanción. Por lo tanto, se tiene que determinar la eficacia preventiva que despliega la medida.

En ese sentido, se advierte que la medida se sustenta en el fin preventivo general negativo (intimidatorio) de la pena, el cual también tiene respaldo constitucional como fin de la pena.

De manera que, la medida resultaría idónea para conseguir el fin que pretende (disminuir los índices de corrupción en el país). Esto, porque, si bien no es una norma sustantiva orientada a proteger directamente un bien jurídico, pero al ser una norma procesal contribuye a la protección de bienes jurídicos<sup>74</sup>. Además, porque tiene respaldo constitucional, conforme se ha indicado para el análisis del juicio de idoneidad que se ha realizado en el test de igualdad.<sup>75</sup> Por lo tanto, se supera también este segundo nivel.

c. En cuanto, al tercer paso o nivel: Examen de necesidad. Para ello, se debe verificar si la medida es la única para lograr el fin que pretende y, de existir otras, debe ser la menos gravosa, esto es, que no suponga una carga mayor sobre el derecho afectado.

---

<sup>74</sup> En este caso el bien jurídico va a depender de cada uno de los bienes jurídicos que se desprende de los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena.

<sup>75</sup> En este caso el bien jurídico va a depender de cada uno de los bienes jurídicos que se desprende de los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena.

Al respecto, se ha desarrollado el análisis de necesidad en el “test de igualdad” indicado *ut supra*, el mismo que es aplicable al caso, por lo que, no es necesario ahondar sobre este extremo (examen de necesidad).

Se precisa que dicho análisis no fue superado, lo que daría lugar a no continuar con el otro paso o nivel. Sin embargo, consideramos relevante continuar con el análisis de proporcionalidad, con el objeto de dar más razones para establecer nuestra hipótesis.

- d. En ese sentido, con relación al cuarto paso o nivel: Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En este nivel entra a tallar la “ley de ponderación” formulada por Alexy en los términos siguientes: “cuando mayor sea el grado de restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. Es decir, se trata de establecer si el grado de afectación de los principios vulnerados, se ve compensado por el grado de satisfacción del principio que sustenta la medida.

Para determinar ello, se ha tomado en cuenta la “fórmula del peso” desarrollada por Alexy; lo cual implica desarrollar los siguientes aspectos:

**i)** El grado de afectación / satisfacción de uno de los derechos; esto es: determinar en qué medida se ve afectado el derecho limitado; asignándole un valor al grado de afectación de uno de los derechos, así será leve (1), moderado (2) y grave (4).

**ii)** Determinar su peso abstracto, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; y,

**iii)** Determinar la seguridad de las premisas empíricas, que sustentan argumentos en favor y en contra de la intervención.

Dicho ello, corresponde desarrollar cada uno de estos tres niveles.

**a)** Primer nivel (determinar el grado de afectación / satisfacción de uno de los derechos); esto es: determinar en qué medida se ve afectado el derecho limitado<sup>76</sup>, y en qué medida se ve satisfecha la finalidad de la medida; asignándole un valor al grado de afectación y satisfacción de los derechos. Así, será leve = 1, moderado = 2, y grave = 4; así veamos:

**i)** En cuanto al grado de afectación de los principios intervenidos, para establecer la intensidad en la afectación de

---

<sup>76</sup> En el caso, el derecho limitado sería el derecho fundamental a la libertad, vulnerándose a la vez el principio de proporcionalidad y resocialización, lo cual es grave.

la medida legislativa, se debe tomar en cuenta los criterios que precisa Lopera Mesa (2008), quien indica que, “es preciso atender a los siguientes criterios: *i)* el alcance; *ii)* la probabilidad que se produzca la intervención; *iii)* la duración de la intervención; *iv)* la comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza” (p.288).

Para aplicar dichos criterios, resulta necesario identificar los principios intervenidos y el principio interviniente, para luego verificar el grado de afectación de uno y satisfacción del otro. Los principios intervenidos son: el principio de proporcionalidad y de resocialización y, el principio interviniente es: el principio de legalidad.

Ahora, corresponde determinar al grado de afectación de los principios intervenidos; teniendo en cuenta los criterios antes referidos.

En cuanto “al alcance”, está referido a quien abarca la prohibición normativa; para el caso, es a los funcionarios o servidores públicos condenados por ciertos delitos dolosos.

En cuanto a la “probabilidad que se produzca la intervención”. Esta es mayor, pues como consecuencia de la medida cuestionada, los sujetos a quienes alcanza la medida serán inexorablemente reclusos en un establecimiento

penitenciario, no importando el *quantum* de pena (si es igual o menor a cuatro años), si no es reincidente o habitual, y que la conducta del procesado haga prever en el juzgador que el agente no cometerá nuevo delito doloso.

En cuanto a la “duración de la intervención” en el derecho fundamental (privación del derecho a la libertad), estará vigente hasta que los sujetos a quienes alcanza la medida cumplan la totalidad de la pena efectiva impuesta, pues no hay lugar a beneficios penitenciarios. Sin perjuicio de ello, la duración de la medida se considera que estará vigente hasta su derogatoria.

En cuanto a la “sanción prevista para delitos de similar naturaleza”. Al respecto debemos indicar que, a través, de un proceso especial de colaboración eficaz se puede aplicar la suspensión de la ejecución de la pena para condenados por corrupción de funcionarios, incluso por el delito de peculado, esto conforme al artículo 474, inciso 2, y 475, inciso 2, del Código Procesal Penal. Sin embargo, en proceso común, el artículo 57, último párrafo, del Código Penal, prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena para funcionarios o servidores públicos condenados por el delito de peculado, colusión, entre otros.



Adicionalmente, consideramos que la medida vulnera el principio de igualdad ante la ley, conforme se ha indicado *ut supra*.

Por estas razones, la intensidad de la afectación de la medida en los principios intervenidos es grave. Por lo tanto, se le asigna un valor numérico equivalente a 4.

ii) Ahora, en cuanto al grado de satisfacción de la finalidad de la medida. Para ello, se debe tomar en cuenta los criterios que precisa Lopera Mesa (2008), quien indica que, “el grado de satisfacción del principio que respalda la medida, se determina en función a los siguientes criterios: *i*) lesividad de la conducta prohibida<sup>77</sup>; y *ii*) la modalidad de la imputación subjetiva” (p. 289)<sup>78</sup>.

La “lesividad de la conducta prohibida”; está enfocada en función al bien jurídico que se deriva de cada uno de los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena. Además, se tendrá que verificar si se trata de un delito de resultado, de peligro concreto o abstracto.

---

<sup>77</sup> Sobre el particular indica Lopera Mesa, que cuando más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su protección de dicho bien jurídico; precisando que los delitos de resultado son más lesivos que los de peligro concreto, y este a la vez más lesivo que el de peligro abstracto.

<sup>78</sup> Sobre esto, indica Lopera Mesa que la intervención dirigida a prevenir ataques dolosos al bien jurídico representa un mayor nivel de satisfacción, del que supone la prevención de ataques imprudentes.

Al respecto, en los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, existe un bien jurídico general<sup>79</sup> y uno específico los que están precisados en el ítem 2.6.6., pp. 80-92.

En el caso concreto, se tendrá que valorar si el actuar del agente causó una afectación de gran menoscabo al bien jurídico objeto de protección. Además, la mayoría de estos delitos son delitos de peligro; en los cuales no hay una afectación real.

Ahora, si bien existe lesividad en este tipo de delitos, pero lo consideramos que es media; pues una lesividad grave es cuando se atenta contra un bien jurídico vida, cuerpo o salud; en caso de daños colectivos también empero los daños deben ser reales (determinados), no difusos.

Asimismo, en los delitos contra la administración pública se habla de lesividad a la colectividad con la actuación del funcionario o servidor público, empero no existe un daño real determinado<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> El bien jurídico general es el normal y recto funcionamiento de la administración pública.

<sup>80</sup> Lo cual puede haber cuando se haga sobrevalorización de las obras, en este caso, a través, de una pericia se puede determinar un daño real colectivo, por cuanto el dinero en exceso que se paga puede servir para prestar otro servicio a la ciudadanía.

Sin perjuicio de ello, la vulneración a los bienes jurídicos que tutelan los delitos contra la administración pública en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, gozan de respaldo constitucional.

En cuanto a la “modalidad de la imputación subjetiva”. Sobre ello, en los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, se requiere necesariamente el dolo del agente.

Por estas razones, esto es, por un lado, valorando la lesividad y la imputación subjetiva en los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena; y, por otro lado, valorando la finalidad de la medida, si bien esta no ha superado el examen de necesidad (conforme se ha indicado *ut supra*), pero goza de respaldo constitucional, como también el principio interviniente (principio de legalidad). En consecuencia, consideramos que el grado de satisfacción de la medida enjuiciada sería grave. Por lo tanto, de manera objetiva se le asigna un valor numérico equivalente a 4.

- b)** Segundo nivel, cabe determinar el peso abstracto; esto es, la importancia material de los principios intervenidos y de los bienes jurídicos protegidos con la medida. Para ello, se le asignará un valor numérico tanto a la importancia de los derechos o principios

fundamentales intervenidos, y a los bienes jurídicos protegidos con la medida. Así, leve será = (1), moderado = (2), y grave = (4). Este análisis se hará tomando en cuenta los criterios que señala Lopera Mesa, los cuales son:

**i)** jerarquía constitucional de los principios; **ii)** prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que se refieren a bienes colectivos; **iii)** grado de resistencia constitucional de los derechos fundamentales; **iv)** cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al derecho fundamental; **v)** el principio democrático y la dignidad humana; **vi)** el reconocimiento de la prioridad de un principio sobre otro en decisiones precedentes referidas a casos análogos. (Lopera Mesa, 2008, p. 289)

Con relación al criterio de “jerarquía constitucional de los principios”. Al respecto, tanto los principios intervenidos (principio de proporcionalidad y resocialización), como el principio interviniente (principio de legalidad y el fin de la medida) gozan de jerarquía constitucional.

En cuanto al criterio de “prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que se refieren a bienes colectivos”. Al respecto, los principios intervenidos expresan derechos individuales, mientras que el principio interviniente pretende proteger bienes jurídicos colectivos. La valoración de uno u otro tendrá preponderancia en algún caso concreto. Por ahora, se sostiene que ambos bienes individuales y colectivos, son relevantes

En cuanto al criterio “grado de resistencia constitucional de los derechos fundamentales”; el grado de resistencia constitucional de los principios intervenidos no tienen otras garantías o recursos para reforzarlos, más que el control difuso<sup>81</sup>; en cambio el fin del principio interviniente puede ser logrado por otros medios menos gravosos, como se ha indicado *ut supra*. Además, el legislador puede encontrar otros mecanismos legales para hacerlo efectivo.

En cuanto al criterio de “cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al derecho fundamental”. Sobre ello, hay que resaltar la cercanía de los principios intervenidos a un derecho fundamental, básicamente al derecho a la libertad, que es un derecho fundamental. Pues, en el caso el funcionario o servidor público, aunque cumpla con los requisitos del artículo 57 del Código Penal, será inexorablemente recluido en el establecimiento penitenciario.

En cuanto al criterio “principio democrático y la dignidad humana”; los principios intervenidos e interviniente, ambos están protegidos por el principio democrático y la dignidad humana. Pues, los principios y derechos fundamentales son límites al poder punitivo.

---

<sup>81</sup> El cual se busca su aplicación por los jueces.

En cuanto al criterio de “reconocimiento de la prioridad de un principio sobre otro en decisiones precedentes referidas a casos análogos”. Se considera que el principio interviniente (principio de legalidad) ha cedido frente al principio de igualdad ante la ley, conforme se ha indicado *ut supra*.

En síntesis, a la importancia material de los principios intervenidos (principio de resocialización y proporcionalidad), se le asigna un peso abstracto moderado equivalente a 2. Esto, porque, si bien son principios reconocidos y garantizados por la Constitución, pero su nivel de afectación será establecido de manera más objetiva, en un caso concreto.

Por su parte, a la finalidad de la medida, también se le asigna un valor de peso abstracto moderado, equivalente a 2. Esto, porque tiene respaldo constitucional, pero no es necesaria.

- c) Tercer nivel, referido a la seguridad de las premisas empíricas, que sustentan argumentos a favor y en contra de la intervención; como lo menciona Alexy, para la seguridad de las premisas empíricas, se utiliza categorías como “seguro”, “plausible” y “no evidentemente falso”, los mismos que tienen un valor equivalente a 1, 0.5 y 0.25, respectivamente.

De igual forma en este punto, debemos tener en cuenta los criterios que menciona Lopera Mesa (2008), cuando indica que, “las premisas empíricas que respaldan la constitucionalidad de la norma enjuiciada versan sobre el grado de idoneidad y necesidad de la medida; y, las premisas que operan en contra son aquellas referidas a su grado de lesividad y a su falta de necesidad” (p. 290). Así veamos:

Con relación al criterio de las premisas empíricas que respaldan la constitucional de la medida enjuiciada (grado de idoneidad y necesidad de la medida). Al respecto, sobre el juicio de idoneidad y necesidad, como se ha indicado *ut supra*, sin bien la medida ha superado el juicio de idoneidad; sin embargo, no superó el juicio de necesidad, y esto básicamente porque existen otras medidas menos gravosas para alcanzar la finalidad de la medida.

Sin perjuicio de ello, en cuanto a la necesidad cabe agregar que no existen datos científicos o empíricos que respalde su eficacia preventiva que pretende alcanzar. Los legisladores creen que la prohibición de medidas alternativas al régimen de prueba para ciertos delitos será la solución para reducir los índices de corrupción. Pero ello, no necesariamente es correcto

Por el contrario, las máximas de la experiencia han demostrado que el aumento de penas altas no disminuye la delincuencia.

Verbigracia, en el delito de violación sexual cuando la víctima tiene menos de diez años, la pena es de cadena perpetua, ¿acaso por ello, se reduce los índices de comisión de tales delitos?, por el contrario, sigue en aumento.

Asimismo, según un informe elaborado por el observatorio de criminalidad del Ministerio Público, este organismo indica que se ha registrado un promedio de tres ataques sexuales cada hora durante los primeros nueve meses del año 2017; es decir, entre enero y septiembre de 2017 el Ministerio Público recibió 17,182 denuncias por delito de violación sexual en todas las sedes fiscales el Perú; y que el 76% de las víctimas fueron mujeres menores de edad. Esto, pese a que los delitos contra la indemnidad sexual la pena es no menor de 30 años, e incluso se sanciona con cadena perpetua<sup>82</sup>. Frente a ello cabe la pregunta ¿la medida logrará el fin que pretende? Consideramos que no.

Por lo tanto, se considera que el grado de las premisas empíricas que respaldan la constitucional de la medida enjuiciada “es plausible”, pues no se ha superado la necesidad de la medida; por lo tanto, se le asigna un valor numérico equivalente a 0.5.

---

<sup>82</sup> Disponible en: <http://aley.pe/not/4411/fiscalia-advierde-que-se-registran-en-peru-tres-casos-de-violacion-sexual-por-hora/>. (visitado el 29 de noviembre de 2017).



Ahora, en cuanto al criterio de las premisas empíricas que operan en contra (grado de lesividad y falta de necesidad de la medida). Al respecto, si la medida enjuiciada es leve o de baja intensidad y logra niveles de satisfacción altos, la medida es proporcional, por lo tanto, la restricción que contiene la medida sería legítima; *contrario sensu*, si la medida restrictiva es grave y logra niveles de medio o leve intensidad, la medida no es proporcional; en consecuencia, su restricción será ilegítima.

En ese sentido, consideramos que el grado de lesividad de la medida es grave y logra nivel de satisfacción medio. Es grave porque, la medida enjuiciada vulnera no solo principios constitucionales, sino como consecuencia de ello el derecho fundamental a la libertad, pues se prohíbe al agente resocializarse en libertad, no obstante, cumpla con requisitos del artículo 57 del Código Penal.

De esta manera, la medida enjuiciada es una intervención altamente lesiva, que, en vez de ayudar a la reintegración del reo, lo neutraliza para que no se resocialice en libertad; pese a que el fin resocializador de la pena se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, recogido en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución.

Por su parte, logra un nivel de satisfacción medio, porque si bien la medida es idónea, tiene fin constitucional y se ampara en el principio de legalidad; sin embargo, no es necesaria para la consecución de dicho fin.

En consecuencia, el nivel de satisfacción de la medida enjuiciada respaldado por el principio interviniente (principio de legalidad) es plausible (medio), por ende, se le asigna un valor equivalente a 0.5.

Finalmente, para efectos didácticos consideramos necesario plasmar los valores numéricos asignados en el análisis de ponderación que se ha realizado, en el cuadro siguiente:

Principios intervenidos				Principio interviniente		
Afectación	Peso	Seguridad		Satisfacción	Peso	Seguridad
P. proporcionalidad P. resocialización				P. legalidad		
Grave	Medio	Plausible	Vs	Medio	Medio	Plausible
4	2	0.5	>	2	2	0.5

Verificando dichos valores numéricos, se aprecia que sumando el resultado de los valores asignados a los principios intervenidos, el resultado es mayor al del principio interviniente. En consecuencia, la medida enjuiciada no resulta proporcional

## CAPÍTULO IV

### 4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis a nuestra formulación de problema fue que la medida vulnera los principios de igualdad ante la ley, resocialización y proporcionalidad. Luego de refutar las razones de la medida en el capítulo anterior, ahora corresponde verificar si nuestra hipótesis se confirma o no. Así, veamos:

La medida que adoptó el legislador goza de respaldo constitucional (artículo 39, 40 y 41 de la Constitución); pues, de las disposiciones normativas de estos artículos como lo ha establecido el Tribunal Constitucional (STC. Expediente N° 017-2011-PI/TC, f.j. 16), se puede inferir que la lucha contra la corrupción tiene respaldo constitucional.

Asimismo, la medida se sustenta en el hecho que el Estado ha suscrito y ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Resolución 58/9 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2003), la cual, al amparo del artículo 1 de la citada Convención, tiene como finalidad fundamental promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir de manera eficaz y eficiente la corrupción.

De esta manera, para el legislador, al tener la medida respaldo constitucional y convencional, sería legítima.

Sin embargo, consideramos que el legislador no tuvo en cuenta otros principios constitucionales que deben ser respetados, como por ejemplo el

principio de igualdad ante la ley, resocialización y proporcionalidad (artículo 2 inciso 2, 139 inciso 22 y 200 de la Constitución, respectivamente); pese a que, por mandato de la propia Convención, las medidas que adopte el Estado se deben ejecutar tomando en cuenta los principios de derecho interno<sup>83</sup>, es decir, en atención al principio de unidad de la Constitución, por el cual, en toda medida que adopte el Estado debe hacerlo en concordancia con los principios que adopta la Constitución expresa o implícitamente (tomando en cuenta los derechos no enumerados, artículo 3 de la Constitución).

Para el legislador, parecería que justicia es sinónimo de pena efectiva, esto es, que el condenado cumpla su pena en un establecimiento penitenciario, caso contrario sería impunidad; lo cual no es aceptable en un Estado Constitucional de Derecho. Pues, las sanciones deben ser proporcionales, fijadas dentro de la pena legal o conminada tomando en cuenta el principio de proporcionalidad.

En ese sentido, si bien en ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador tiene la facultad de legislar de acuerdo a la política criminal de cada país, también es cierto que al hacerlo debe adecuar su accionar a los fines, valores, principios y derechos contenidos dentro del programa penal constitucional.

---

<sup>83</sup> **Artículo 65.- Aplicación de la Convención**

Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención

Ahora, por las razones que se han expuesto al desarrollar el test de igualdad (en el *item* discusión de resultados), consideramos que la medida vulnera el principio derecho de la igualdad ante la ley. Asimismo, porque el Juez se encuentra vinculado a respetar los principios y derechos constitucionales, frente a una disposición legal, lo cual se sustenta en razón a que estamos en un Estado Constitucional de Derecho, en donde prima la ponderación por encima de la subsunción (artículo 53 de la Constitución).

Además, porque la medida vulnera el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena, pues esta no se sustenta en la condición especial del sujeto activo (como se hace notar en la medida), sino en evitar el ingreso al establecimiento penitenciario al agente primario que fue condenado a penas cortas. En ese contexto, si ese es el fundamento de la medida de régimen de prueba, debe ser aplicado a todos en general siempre que se cumpla con los requisitos que establece el artículo 57 del Código Penal. En consecuencia, no se debe excluir su aplicación a cierto grupo de agentes.

No desconocemos que, puede existir alguna diferenciación en las disposiciones normativas, pero esta para ser legítima y avalada por la Constitución, debe ser razonable con relación a la finalidad que persigue la diferenciación, lo que en el caso no se advierte, justamente porque la finalidad de la medida no es necesaria, y además, no se condice con el fundamento del régimen de prueba, relativo a la suspensión de la ejecución de la pena.

Adicionalmente, consideramos que la desigualdad ante la ley que genera la medida, también se advierte por el hecho que a un funcionario o servidor público que ha cometido delito de peculado se le puede suspender la ejecución de la pena (artículo 475 inciso 2 del Código Procesal Penal), bajo determinado procedimiento especial (colaboración eficaz). Sin embargo, en un proceso común a un funcionario o servidor público, que ha cometido delito se lo prohíbe (artículo 57 del Código Penal).

De esta manera, desde nuestra perspectiva la medida vulnera el principio-derecho de la igualdad ante la Ley, en efecto resulta inconstitucional.

De otro lado, se considera que la medida vulnera los principios constitucionales de resocialización y proporcionalidad, por las razones que se han expuesto en el análisis del test proporcionalidad referido en el *ítem* discusión de resultados.

Asimismo, porque la medida no se condice con los fines de la pena que adopta nuestra Constitución, pues de la misma solo se advierte prevención general negativa (efecto intimidatorio al funcionario o servidor público que ha cometido ciertos delitos en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena), dejando de lado la prevención especial, dirigida al condenado para resocializarlo en libertad y evitar que en el futuro pueda cometer nuevos delitos.

Además, porque si bien el funcionario o servidor público frente a la vulneración del bien jurídico tutelado por el derecho merece una sanción (merecimiento de

pena). Sin embargo, la sanción que se imponga debe merecer un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (pues luego de tal análisis se justifica la necesidad de pena). Pues, una cosa es el merecimiento de pena y otra la necesidad de pena. Más aún si, como menciona Luzón Peña (1993), “no solo la necesidad, sino también el merecimiento de pena se basa en consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales” (p. 29). Fines de la pena que como se ha informado, están conforme a la Constitución, y deben ser aplicadas de manera equilibrada, esto es, no solo prevención general, sino especial.

En ese sentido, consideramos que solo se debe recurrir a la pena privativa de libertad efectiva en la medida que no haya otro medio menos gravoso para lograr el fin que persigue no solo la norma (artículo 57 del Código Penal), sino el fin preventivo especial de la pena, que tiene su fundamento en el principio resocializador regulado en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución. En el caso, la medida no superó el examen de necesidad.

El Juez para considerar que una disposición normativa es justa, no debe limitar su actuación a realizar un simple juicio de subsunción (amparado en el principio de legalidad), sino debe verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, debido a que, si bien una medida en abstracto puede resultar justa, en concreto no puede serlo, o viceversa. Sin embargo, consideramos que la medida conduce a los jueces, a volver a la aplicación mecánica de la Ley (juez boca de la ley) propio de un Estado Derecho, en donde prima la ley; pese a que somos un Estado Constitucional de Derecho, en el que debe primar

los principios constitucionales por encima de ley, la ponderación por encima de la subsunción.

Por las consideraciones expuestas, se ha llegado a contrastar nuestra hipótesis. Por lo tanto, al prohibirse la suspensión de la ejecución de la pena a funcionarios o servidores públicos condenados por ciertos delitos, se vulnera el principio de igualdad ante la ley, resocialización y proporcionalidad de la previsión legal.



## CONCLUSIONES

1. Al estar prohibida la suspensión de la ejecución de la pena a ciertos funcionarios o servidores públicos, se vulneran los principios de igualdad ante la ley, resocialización y proporcionalidad de la previsión legal. Así, el principio de igualdad ante la ley, porque la medida hace una diferenciación irrazonable e innecesaria. El principio de resocialización, porque se anula la posibilidad al procesado de resocializarse en libertad. Finalmente, el principio de proporcionalidad porque no superó el juicio de necesidad, tampoco la medida armoniza con el fin resocializador de la pena.
2. La medida no se sustenta de la prevención especial, sino solo efecto intimidatorio (prevención general), pese a que en toda medida que tome el legislador debe tomar en cuenta ambos fines de la pena (prevención especial y general). De manera que, no se condice con los fines de la pena (prevención especial y general), lo que implica que la medida no está conforme al principio de unidad de la Constitución.
3. La medida vulnera el fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena. Esto, porque el fundamento de este régimen de prueba no se justifica en la condición especial del sujeto activo (funcionario o servidor público), sino en evitar el efecto estigmatizante y desocializador que puede generar una pena privativa de la libertad de corta duración, en un agente primario, sin importar la condición especial del sujeto activo e independientemente del bien jurídico que haya podido vulnerar.

## RECOMENDACIONES

1. Se sugiere a los jueces inapliquen (vía control difuso) la prohibición contenida en el artículo 57, último párrafo, del Código Penal, relativa a la suspensión de la ejecución de la pena a funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos siguientes: colusión, peculado, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito.
2. Se recomienda al presidente del Poder Judicial, que elaboren un proyecto de derogatoria de la Ley N° 30710, por la cual, se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena para funcionarios o servidores públicos, condenados por los delitos que han sido señalados en el considerando precedente. Para ello se ha elaborado un proyecto de derogatoria de dicha ley que se anexa al presente trabajo.
3. Se recomienda a los sujetos legitimados por ley, a interponer una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 30710.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Alexy, R. (1978). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. IV *Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica* (5), 139-151.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Amoretti Pachas, M. (2015). Entrevista. *Revista Jurídica Administración & Control* (14), pp. 26-31.
- Argentina. (1984). Artículo 26 (Título III). Recuperado de:  
<https://iberred.org/sites/default/files/codigopenalargentino.pdf>
- Armaza Galdós, J. (2009). Suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad de corta duración. En: *La reforma de derecho penal y del derecho procesal en el Perú*. Lima: Anuario de Derecho Penal.
- Ávila Santamaria, R. (2008). El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces). En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Editorial Miguel Carbonell.
- Barata, A. (2002). *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina S.A.

- Benavente Chorres, H. (2011). Neoconstitucionalismo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y el impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Derecho Penal y Procesal Penal Peruano. En: *El Tribunal reescribe el Derecho. Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho*. Lima: *Gaceta Constitucional*.
- Beristain, A. (1986). *Derecho penal y criminología*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Bramont - Arias Torres, L. (2008). *Manual de Derecho Penal-Parte General* (4° ed.). Lima: EDDILI.
- Bramont-Arias Torres, L. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (2° ed.). Lima: Editorial Santa Rosa.
- Brandariz García, J. A. (2014). *Gobierno de la Penalidad*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Cabanellas de Torres, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (28° ed.). Tomo III. Buenos Aires: Editorial Eliasta.
- Cacho Espinal, C. (2017). *El Quantum del dolor de la pena e imputación penal. Elaboración científica y revisión jurisprudencial*. Lima: Editores del Centro.
- Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Editorial Miguel Carbonell.

Cárdenas, J. (2005). *Herramientas para enfrentar la corrupción*. Recuperado el 6 de julio de 2018 de

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/5.pdf>

Castillo Alva, J. L. (2002). *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.

Castillo Córdova, L. (2010). Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad. En Carbonell, Miguel y Pedro Grandes Castro (coordinadores).

Chang Kcomt, R. (2013). *Función constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal*. Recuperado el 23 de septiembre de 2018 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8912/9317>.

Ciro Milione. Extraída el 21/X/2016 desde: Congreso de Brasil. (07 de diciembre 1940) Artículo 77 (Título V. Ley (Ley 2.848 de 1940). Recuperado de: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf>

Comisión de Justicia del Congreso de la República del Perú. (2016). *Proyecto del Nuevo Código Penal*. Recuperado el 23 de noviembre de 2018 de <http://laley.pe/not/4000/lea-el-proyecto-de-nuevo-codigo-penal>.

Congreso de Colombia. (24 de octubre de 2000) Artículo 63, 68-A (Título III). Ley (Ley 599 de 2000). DO: 2000-44097. Recuperado de: [http://leyes.co/codigo\\_penal/68A.htm](http://leyes.co/codigo_penal/68A.htm)

Congreso de España. (23 de noviembre de 1995) Artículo 80 (Título III). Ley Orgánica. (Ley 10 de 1995). DO: 1995-25444. Recuperado de:  
[http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=379477](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=379477)

Congreso de la República del Perú. (2018). *Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1351*. Recuperado el 10 de julio 2018 de  
[http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl\\_1351.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1351.pdf)

Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia C-806/02*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Sentencia Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, de 2 de febrero 2001, Fondo, Reparaciones y Costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Sentencia Caso Yatama Vs. Nicaragua, de 23 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012, Serie "C" N° 255*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Sentencia Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, de 21 de octubre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas*.

Corte Suprema de la República del Perú. (2016). *Casación N° 131-2014/Arequipa*.

Corte Suprema de la República del Perú. (2013). *Casación N° 382-2012-La Libertad*.

Corte Suprema de la República del Perú. (2016). *Recurso de Nulidad N° 2356-2014-El Santa*.

Corte Suprema de la República del Perú. (2016). *Recurso de Nulidad N° 2476-2005-Lambayeque*.

Croda Marini, J. R. & Abad Espíndola, E. (2016). Análisis Documental: Modelos de Investigación cualitativa y cuantitativa y su aplicación en el estudio del derecho. *Revista de investigación de la universidad de Xalepa*, 4 (12), 14-24.

De Trazegnies, F. (2001). *Pensando insolentemente*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Demetrio Crespo, E. (1999). *Fines de la pena e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Díez Ripollés, J. L. (2013). *Política criminal y derecho penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2001). *Derechos fundamentales y garantías, en los fundamentos de los derechos fundamentales*. España: Editorial Trotta.

Frías, S. (2011). *Derechos constitucionales*. Recuperado el 7 de febrero de 2018 de <http://www.portalhuarpe.com/Medhime20/Talleres/TALLERES%20CUIM/Taller%2011/T1105DerechosyDeberesdelasPersonas/Derechos%20y%20Deberes%20de%20las%20Personas/index-4.html>.

Fernández Flecha, M. A. (2015). *Guía de investigación en derecho*. Recuperado el 10 de diciembre de 2017 de

[http://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/10202120/GUIIA-DE-INVESTIGACION-EN-DERECHO\\_D.pdf](http://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/10202120/GUIIA-DE-INVESTIGACION-EN-DERECHO_D.pdf)

García Amado, J. A. (2006) ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Idesoria* (35), 151-172.

García Caveró. (2012). *Derecho penal parte general* (2° ed.). Lima: Jurista Editores.

Gascón Abellán, M. & García Figueroa, A (2003). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra.

Gracia Martín, L. (1996). *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gracia Martín, L. (1998). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (2° ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Guastini, R. (2017). *Las Fuentes del Derecho, Fundamentos Teóricos*. Italia: Ediciones Legales.

Gutierrez Camacho, W. & Sosa Sacio, J. M. (2013). Comentario al artículo 2 inciso 2 de la Constitución. En: *La Constitución comentada análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta jurídica.

Hassemer, W. & Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la criminalidad y al derecho penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.



Hurtado Pozo, J. (1973). La Condena Condicional. *Revista de Derecho* (31), 60-80.

Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (3° ed.). Lima: Grijley.

Hurtado, P. & Prado, S. (2011). *Manual de derecho penal. Parte General*. Lima: Editorial IDEMSA.

Jaén Vallejo, M. (2008). *Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad*. Recuperado el 9 de diciembre de 2018 de [https://www.google.com.pe/search?q=Suspensi%C3%B3n+y+libertad+condicionales%3A+dos+formas+de+inejecuci%C3%B3n+de+la+pena+privativa+de+libertad\\*+Manuel+Ja%C3%A9n+Vallejo&oq=Suspensi%C3%B3n+y+libertad+condicionales%3A+dos+formas+de+inejecuci%C3%B3n+de+la+pena+privativa+de+libertad\\*+Manuel+Ja%C3%A9n+Vallejo&aqs=chrome..69i57.3149j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.pe/search?q=Suspensi%C3%B3n+y+libertad+condicionales%3A+dos+formas+de+inejecuci%C3%B3n+de+la+pena+privativa+de+libertad*+Manuel+Ja%C3%A9n+Vallejo&oq=Suspensi%C3%B3n+y+libertad+condicionales%3A+dos+formas+de+inejecuci%C3%B3n+de+la+pena+privativa+de+libertad*+Manuel+Ja%C3%A9n+Vallejo&aqs=chrome..69i57.3149j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8).

Jaén Vallejo, M. (2011). *La función social de la pena*. Biblioteca Universitaria de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

Jescheck, H.H. (1978). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Casa Editorial Bosch.

Kelsen, H. (1960). *La teoría pura del derecho* (4° ed.). Buenos Aires: Editorial EUDEBA.

- Lama More, H. (2012). En el Ejercicio de la Función Jurisdiccional. La Independencia Judicial. *Suplemento legal del Diario El Peruano* (02).
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución* (2° ed.). Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel.
- Lopera Mesa, G. P. (2008). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Editorial Miguel Carbonell.
- López Borja de Quiroga, L.S. (2002). *Derecho penal: Las consecuencias jurídicas del delito. El derecho penal de ejecución*. Madrid: PG.
- Lorenzetti, R. (2010). *La discrecionalidad del Juez en el marco de la legislación por cláusulas generales y los límites constitucionales*. Buenos Aires: Editorial Ediciones B.
- Lovatón Palacios, D. (1999). Los principios constitucionales de la independencia, unidad y exclusividad jurisdiccionales. *Pensamiento Constitucional* 6(6), 595-607.
- Luzón Peña, D. M. (1993). La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. Recuperado el 23 de mayo de 2018 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46432>.
- Luzón Peña. (1995). *La relación de merecimiento de pena y necesidad de pena*. Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. (1982). *Funcion de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho* (2° edición). Barcelona: Bosch.

- Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal Parte General* (4° ed.). Barcelona: Reppertor S.L.
- Molina Blásquez, M. (1996). *La aplicación de la pena*. Barcelona: Bosch.
- Montoya Vivanco, Y. (2005). Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penado. En *La Constitución comentada análisis artículo por artículo*, Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales Godo, J. (2009). La Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma de justicia en el Perú. *Revista de Derecho de la PUCP-Facultad de Derecho* (62), 129-142.
- Morillas Cueva, L. (1991). *Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Madrid: Editorial Tecno.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal* (2° ed.). Barcelona: Bosch.
- Navarro Villanueva, C. (2002). *Suspensión y Modificación de la Pena Condicional*. Barcelona: Bosch Editor.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos fundamentales, Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2017). *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2017). *Derecho Penal parte general* (6° ed.). Tomo II. Lima: IDEMSA.

- Peña Cabrera Freyre, R. (2015). Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios y servidores públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial. *Actualidad Penal* (12), 36-43.
- Pérez Daza, A. (2002). *Introducción al Derecho penal*. México: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Prado Saldarriaga, V. (2000). Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú. *Gaceta Jurídica* (82), 27-38.
- Prado Saldarriaga, V. (2016). *Consecuencias Jurídicas del Delito- Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal*. Lima: Editorial Idemsa.
- Prieto Sanchís, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación*. Lima: Palestra.
- Quintero Olivares, G. (1992). *Derecho penal parte general*. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas.
- Quisbert, E. (2010). *Principios Constitucionales*. Recuperado el 10 de noviembre de 2016 de <https://www.google.com.ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>.
- Quispe Salsavilca, D. P. (2016). *El deber de independencia e imparcialidad: su relación con la debida motivación y el factor tiempo en la actividad jurisdiccional*. Lima: Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura.
- Ramos Núñez, C. (2002). *Como hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta jurídica.
- Revista de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamérica, Vol. I, Santafé de Bogotá, N° 200.

- Rivera Santivañez, J. A. (2009). *Supremacía Constitucional y Sistemas de Control*. Bolivia: Editorial Kipus.
- Rodríguez Campos, R. (2013). Comentario al artículo 139 inciso 22 de la Constitución. En *La Constitución Comentada* (2° ed.). Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, F. (2012) *Código Penal Dos Décadas de Jurisprudencia*. Lima: Editorial ARA.
- Rojas Vargas, F. (2015). Sobre la Erradicación de la Suspensión de la Ejecución de la Condena. Una desacertada medida de política penal en la lucha contra la corrupción. *Administración Pública & Control* (14), 32-34.
- Roxín, C. (1976). *Problemas básicos de derecho penal*. Madrid: Dykinson.
- Roxín, C. (2001). *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxín*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Salinas Siccha, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública* (4° ed.). Lima:
- Sánchez Gil, R. (2008). Principio de proporcionalidad en la Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2016). Penas efectivas para los autores de peculado y colusión. A propósito de la modificación del artículo 57 del CP. *Gaceta Penal & Procesal Penal* (80), 65-72.
- Jurisprudencia mexicana. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Editorial Miguel Carbonell.

- Sánchez Gil, R. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. En Carbonell, Miguel y Pedro Grandes Castro (coordinadores), 218-256.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La Metodología en la Investigación Jurídica: Características Peculiares y Pautas Generales para Investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (14), 317-358.
- Silva Sánchez. (2010). *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (2° ed.). Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F.
- Taboada Neira, M. (2005). *Metodología de la Investigación Científica*. Trujillo: Fondo Editorial de la UNT.
- Tantalean Odar, R. (2015). Alcance de las Investigaciones Jurídicas. *Avances, Revista de Investigación Jurídica* 10 (11), 221-236.
- Tantalean Odar, R. (2005). *Proyecto de Tesis para obtener el grado de magister*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Tantalean Odar, R. (2016). *Tipologías de las investigaciones jurídicas*. *Avances, Revista de Investigación Jurídica* 10 (12), 107-134.
- Tribunal Constitucional Español. (2004). *Sentencia 202/2004, de fecha 15 de noviembre*.
- Tribunal Constitucional Español. (2005). *Sentencia N° 251/2005, del 10 de octubre de 2015*.
- Tribunal Constitucional. (2003). *STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC*.

Tribunal Constitucional. (2005). *STC. Exp. N° 2517-2005-PHC/TC.*

Tribunal Constitucional. (2011). *STC. Exp. N° 02835-2010-PA/TC.*

Tribunal Constitucional. (2003). *STC. Exp. N° 0010-2000-AI/TC.*

Tribunal Constitucional. (2011). *STC. Exp. N° 01010-2012-PHC/TC.*

Tribunal Constitucional. (2011). *STC. Exp. N° 090-2004-AA/TC.*

Tribunal Constitucional. (2006). *STC. Exp. N° 0004-2006-AI/TC.*

Tribunal Constitucional. (2004). *STC. Exp. N° 0018-2003.AI/TC.*

Tribunal Constitucional. (2005). *STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC.*

Tribunal Constitucional. (2003). *STC. Exp. N° 10-2002-AI/TC.*

Tribunal Constitucional. (2004). *STC. Exp. N° 2192-2004-AA/TC.*

Tribunal Constitucional. (2006). *STC. Exp. N° 3165-2006-PHC/TC.*

Tribunal Constitucional. (2009) *STC. Exp. N° 3313-2009-PHC/TC.*

Tribunal Constitucional. (2007). *STC. Exp. N° 3883-2007-PHC/TC.*

Tribunal Constitucional. (2007). *STC. Exp. N° 0006-2006-PI/TC*

Urías Martínez, J. (2001). El valor constitucional del mandato de resocialización.

*Revista Española de Derecho Constitucional* (63), pp. 43-78.

- Van Hoecke, M. (2011). Doctrina Jurídica: ¿Qué métodos para que tipo de disciplina? *Revista ciencia jurídica, Universidad de Guanajuato, División de Derecho Política y Gobierno*.
- Vidal Rodríguez, N. (2017). Apuntes sobre la Nueva Ley de Contrataciones del Estado: ¿Ayuda en lucha contra la corrupción? *Boletín informativo mensual del Proyecto Anticorrupción* (39), 9-41.
- Villa Stein, J. (1998). *Derecho Penal General Parte General*. Lima: San Marcos.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Ara Editores.
- Villarde, I. (2008). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Editorial Miguel Carbonell.
- Villavicencio Terreros, F. (2007). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Grijley.
- Zabrebelsky, G. (2001). *Los jueces y los derechos fundamentales, en el derecho dúctil, la ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Zaffaroni, E. (1983). *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo V. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. (1988). *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo V. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. (2005). *Límites a la construcción impuesta por su función pública, Manual de derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.



# ANEXO

**PROYECTO DE LEY QUE DEROGA LA LEY N° 30710, LEY QUE PROHÍBE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PARA LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS CONDENADOS POR DELITOS TIPIFICADOS EN LOS ARTÍCULOS 384, 387, SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 389, 395, 396, 399, 401 DEL CÓDIGO PENAL.**

El congresista que suscribe, integrante del Grupo Parlamentario Acción Popular, en uso de sus facultades que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 75, e inciso 2, del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley:

**PROYECTO DE LEY QUE DEROGA LA LEY N° 30710, LEY QUE PROHIBE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN CIERTOS DELITOS.**

**Artículo 1º. Objeto de la ley**

La presente iniciativa legislativa, tiene por objeto derogar la Ley N° 30710, ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, para los funcionarios o servidores públicos condenados por delitos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal.

**Artículo 2º. De la derogatoria**

Deróguese la Ley N° 30710, ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en ciertos delitos.

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

**ÚNICA.- Normas legales derogadas**

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, quedan derogadas todas las normas legales, que se opongan a la presente Ley.

.....

Congresista de la República

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA LA LEY N° 30710, LEY QUE PROHÍBE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PARA LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS CONDENADOS POR DELITOS TIPIFICADOS EN LOS ARTÍCULOS 384, 387, SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 389, 395, 396, 399, 401 DEL CÓDIGO PENAL.

## I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 1.1. Antecedentes

Con la Ley N° 30304<sup>84</sup>, por primera vez se incorpora al artículo 57 parte *in fine* del Código Penal la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena para los funcionarios o servidores públicos condenados por los delitos previstos en el artículo 396 (colusión) y 397 (peculado) del Código Penal).

Luego, con el Decreto Legislativo N°1351<sup>85</sup>, nuevamente se modifica el artículo 57 del Código Penal<sup>86</sup>, incorporando cinco tipos penales adicionales, en los cuales también se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena, siendo estos delitos los siguientes: segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código Penal.

---

<sup>84</sup> Publicada en el Diario El Peruano, el 28 de enero de 2015.

<sup>85</sup> Publicado en el Diario El Peruano, el 07 de enero de 2017.

<sup>86</sup> Que recientemente fue modificada por la Ley N° 30304, publicada el 28 de enero de 2015.

Recientemente, a través de la Ley N° 30710<sup>87</sup>, se ha ampliado, nuevamente dos tipos penales más el artículo 122-B y literales c), d) y e) del inciso 3 del artículo 122 del Código Penal -delitos referidos a agresiones en contra de mujeres o integrantes del grupo familiar).

Así, actualmente son nueve los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena. Quedando redactado el artículo 57 último párrafo del Código Penal de la siguiente manera:

“(…)

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122”.

---

<sup>87</sup> Publicada en el Diario El Peruano, con fecha 29 de diciembre de 2017, por renuencia del señor presidente de la república, fue promulgado por el orden del presidente del Congreso de la República.

## 1.2. Consideraciones fácticas y jurídicas

Como se puede advertir, el legislador sigue aumentando los tipos penales en los cuales es inaplicable la suspensión de la ejecución de la pena; lo cual, no solo indica la influencia de la revolución punitiva sobrecriminalizadora del Estado; sino una muestra del populismo penal del legislador en desmedro de principios constitucionales, como se indicará *ut infra*.

Esta realidad, es inadecuada y generará márgenes peligrosos de desproporción en el ejercicio del *ius puniendi* que ejerce el Estado, que podría concretarse en los hechos, en actos jurisdiccionales arbitrarios y desmedidos. Con esto se volverá el *a quo*, un mero aplicador de la ley, anulando su discrecionalidad. De esta manera se desconocería las circunstancias del caso concreto, que deben ser tomadas en cuenta para decidir si se impone pena efectiva o suspendida.

En ese sentido, necesariamente los condenados por estos tipos penales, inexorablemente serán reclusos en un establecimiento penitenciario. Lo cual, dará lugar a que el impacto en el sistema carcelario sería indudable, pues permitiría condenas efectivas de muy corta duración que más allá de las consecuencias personales que pueda generar en internos primarios, agravaría considerablemente la problemática de la sobrepoblación carcelaria que padece nuestro sistema penitenciario.

Además, al prohibirse el régimen de prueba de la suspensión de la ejecución de la pena, se vulnera su fundamento, que es evitar las penas cortas privativas de libertad que suelen tener un efecto negativo, desocializadores y estigmatizantes sobre la personalidad de autores primarios. Solo se debe recurrir a la pena privativa de libertad en la medida que no haya otro medio menos gravoso, para lograr el fin que persigue no solo la norma, sino la pena. Pues, se debe aplicar de manera proporcional los fines preventivo especial y general de la pena que adopta nuestra Constitución, con el objeto de evitar vulneración de principios constitucionales, como pueden ser: el principio de igualdad ante la ley, proporcionalidad en la aplicación de la pena y el principio de resocialización.

Si bien el Estado peruano es parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; no obstante, no hay razón para desconocer los citados principios constitucionales con el afán de reducir o eliminar la corrupción. Esto, porque del artículo 34 de la Convención antes referida, se vislumbra que el Estado peruano está obligado a adoptar medidas para eliminar los actos de corrupción, pero debe hacerse de conformidad con los principios fundamentales del derecho interno de cada Estado.

Entonces, las razones que llevaron al legislador a prohibir la suspensión de la ejecución de la pena para en ciertos delitos cometidos por funcionarios o servidor públicos, basándose en dicha Convención, si bien

puede resultar idónea, por cuanto la finalidad de la medida cuestionada (reducir los índices de corrupción en el país) tiene sustento constitucional (artículo 39, 41 y 44 de la Constitución Política del Perú); sin embargo, no es absolutamente necesaria, pues existen otros medios menos gravosos que la medida enjuiciada, que pueden contribuir a alcanzar el fin de la medida enjuiciada.

Así, existe la Ley N° 28716, Ley de Control Interno de las Entidades del Estado, creada el año 2014, siendo su objetivo promover la eficiencia, eficacia y transparencia en las actividades realizadas por las entidades públicas. También existe la Ley N° 27806, ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y sus modificatorias, la cual garantiza el acceso a la información pública, para que los ciudadanos controlen a los funcionarios sobre lo que hacen. Estos son algunos mecanismos de control para disminuir la corrupción y menos gravosos.

Como se puede advertir, el legislador puede incidir en la creación de leyes, orientadas a transparentar con eficacia la información pública y haga más riguroso los procedimientos de contratación pública. En ese sentido, desde la administración se desincentivara a los funcionarios o servidores públicos proclives a la corrupción.

No estamos en contra de la imposición de una pena frente a un delito, sino, ante la imposición de penas efectivas de corta duración (que son



desproporcionales) por el solo hecho que el legislador agrade a la opinión pública con medidas populistas, no importando la vulneración de principios constitucionales.

Conviene indicar que, de las teorías existentes que orientan los fines de la pena, tenemos a las teorías absolutas o retributivas, no son aceptadas en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro; toda vez que, atenta contra el honor y libertad del ser humano, negando la condición humana. Por lo tanto, una concepción absoluta de la pena debe ser rechazada, proscrita, no solo en un ordenamiento jurídico, sino en otro.

Sin embargo, en la actualidad la política criminal nacional, está optando por posturas netamente orientadas a la prevención general. Prueba de ello, tenemos la modificación del artículo 57 del Código Penal, en el aspecto que nos convoca. Esto denota un claro afán del legislador por impulsar en mayor medida el efecto intimidatorio de la prevención general negativa, desmereciendo los fines de prevención especial, que está inspirada en el principio de resocialización que inspira nuestra Constitución, lo cual también tiene respaldo constitucional.

Si el fin es disminuir la corrupción intimidando de manera drástica (imponiéndose una pena efectiva) al funcionario o servidor público no importando el *quantum* de la pena, si es igual o menor a cuatro años, tal finalidad disuasiva se puede lograr con una pena suspendida la misma

que tenga como una regla de conducta el pago de la reparación civil, entre otras, y no absolutamente con una pena efectiva.

Pretender disminuir la corrupción, utilizando a la persona no como un fin si no como un medio, dando una advertencia tan drástica como es la pena efectiva, evidentemente no solo vulnera el principio a la igualdad ante la ley, sino también el principio *pro homine*, contenido en el artículo 1 de la Constitución, que tiene su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se desarrolló por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, que implica permitir a la persona de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención.

Por lo tanto, la disposición cuestionada viola el principio-derecho constitucional a la igualdad ante la ley de aquellos condenados por alguno de los delitos en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena; no obstante, reunir las condiciones que son razonables y necesarias<sup>88</sup> para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena.

---

<sup>88</sup> Como son: que el agente no sea reincidente o habitual, que su pena no supere los cuatro años y que las circunstancias personales de agente haga prever en el jugador que no volverá a cometer en nuevo delito doloso.

De otro lado, la vulneración del principio de igualdad ante la ley, en un caso similar de inaplicación de la disminución de la pena por responsabilidad restringida en ciertos delitos, recogida en el artículo 22 del Código Penal ha sido afirmada recientemente en el Acuerdo Plenario N° 04-2016/CIJ-116, fundamento 14 parte *in fine*, cuando se indica que el factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. Consideraron los jueces penales de la Corte Suprema que la disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.

Siguiendo esa lógica, el instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena, regulado en el artículo 57 del Código Penal, no se sustenta en la condición especial del sujeto activo (funcionario o servidor público), sino en evitar el ingreso al penal a aquel agente primario que ha sido condenado a penas cortas. Siendo así, con la prohibición cuestionada se está vulnerando el fundamento del instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena.

De esta manera, se advierte que existe un antecedente sobre la prioridad de un principio sobre otro en decisiones precedentes, referidas en casos análogos. Pues, en el caso antes referido se prefirió el principio de igualdad ante la ley, por encima del principio de legalidad.

Asimismo, otra razón que sostiene la vulneración del principio de igualdad ante la ley, es que en un proceso común, a un funcionario o servidor público conforme al artículo 57 del Código Penal, se le prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena; sin embargo, en un proceso especial de colaboración eficaz, al mismo funcionario público condenado por el delito de peculado se le puede suspender la pena; esto, conforme al artículo 474 inciso 2 del Código Procesal Penal, y 475 inciso 2 del mismo cuerpo normativo

De otro lado, la medida cuestionada también vulnera el principio de resocialización; pues consideramos que el fin resocializador de la pena debe estar presente en la creación del derecho y en su aplicación, en el caso que nos convoca, para determinar, por ejemplo, si al autor le corresponde una pena efectiva o suspendida, lo cual tendrá que hacerlo el *a quo*. Sin embargo, en los casos en que está prohibido la suspensión de la ejecución de la pena, no se cumpliría con este fin resocializador de la pena. Por lo tanto, la medida legislativa cuestionada al no cumplir con esta finalidad vulnera el principio de resocialización en libertad del penado.

Por último, la medida cuestionada vulnera también el principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena, pues la prohibición no se encuentra justificada. Al respecto, es posible que principios constitucionales entren en colisión ya sea en abstracto o en concreto; asumiendo en un caso concreto, que existe tal colisión entre el principio

de legalidad (artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución) y los principios de proporcionalidad en la aplicación de la pena y resocialización, contenidos en el artículo 200 parte *in fine* de la Constitución y artículo 139, inciso 22, del mismo cuerpo legal, respectivamente.

Como es sabido, la aplicación del test de proporcionalidad, implica desarrollar cuatro pasos (fin constitucional de la medida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad o ponderación en sentido estricto); sin embargo, consideramos que en este punto no vamos a redundar, solo nos limitaremos a mencionar que luego del análisis de ponderación en sentido estricto se ha llegado a determinar que la medida enjuiciada vulnera los principios de proporcionalidad y resocialización, conforme se ha explicado en el la te

## **II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

El proyecto de Ley no ocasiona costo alguno al Estado. Los beneficios se traducen en un respeto a los principios constitucionales para el imputado, tomando en cuenta que, en un Estado Constitucional de Derecho, en un sistema penal y procesal garantista, la función de impartir justicia que hagan los jueces, deben realizarlo en primer lugar realizando un control constitucional, para luego de ser el caso un control convencional, fundamentalmente aplicando el principio de proporcionalidad. Pues téngase en cuenta que, en este tipo de Estado, prima la ponderación frente a la

subsunción; la aplicación mecánica de la ley quedó proscrita, la justicia y el respeto a los derechos humanos se materializará según el caso concreto y las realidades de los pueblos. El respeto a los derechos y principios constitucionales, hará que el Estado, sea visto en el sistema interamericano de derechos humanos del cual es parte, como un Estado respetuoso de los Derechos Humanos.

### **III. EFECTOS DEL PROYECTO SOBRE LA LEGISLACIÓN VIGENTE**

La iniciativa legislativa que se plantea derogará en su momento la Ley N° 30710, que modificó el último párrafo del artículo 57 del Código Penal; por el cual, se amplía los tipos penales en los cuales se prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena.

Cajamarca, Diciembre de 2019.