

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**RAZONABILIDAD JURÍDICA DE PROSCRIBIR LA SUSPENSIÓN DE LA
EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y PERMITIR LA
CONVERSIÓN DE LA MISMA EN LOS CASOS DE LOS DELITOS
TIPIFICADOS EN LAS SECCIONES SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA
DEL CAPÍTULO II DEL TÍTULO XVIII DE LA PARTE ESPECIAL DEL
CÓDIGO PENAL**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: MARCO ARTURO BURGA ROJAS

Asesor:

Mg. DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 by
MARCO ARTURO BURGA ROJAS
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:

**RAZONABILIDAD JURÍDICA DE PROSCRIBIR LA SUSPENSIÓN DE LA
EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y PERMITIR LA
CONVERSIÓN DE LA MISMA EN LOS CASOS DE LOS DELITOS
TIPIFICADOS EN LAS SECCIONES SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA
DEL CAPÍTULO II DEL TÍTULO XVIII DE LA PARTE ESPECIAL DEL
CÓDIGO PENAL**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: MARCO ARTURO BURGA ROJAS

JURADO EVALUADOR

Mg. Domingo Celestino Alvarado Luis
Asesor

Dra. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

M.Cs. José Del Carmen Grandez Odiaga
Jurado Evaluador

M.Cs. David Alfredo Barreto Chiche
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



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 VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 18:00 horas del día 22 de marzo de Dos mil veintiuno, reunidos a través de meet.google.com/opm-dpue-uvj, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA, M.Cs. JOSÉ DEL CARMEN GRANDEZ ODLAGA, M.Cs. DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**, y en calidad de Asesor el **Mg. DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **RAZONABILIDAD JURÍDICA DE PROSCRIBIR LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y PERMITIR LA CONVERSIÓN DE LA MISMA EN LOS CASOS DE LOS DELITOS TIPIFICADOS EN LAS SECCIONES SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA DEL CAPÍTULO II DEL TÍTULO XVIII DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL.**, presentada por el **Bach. en Derecho MARCO ARTURO BURGA ROJAS**.

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 **DIECISIETE (17)** la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho MARCO ARTURO BURGA ROJAS**, 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.

Mg. Domingo Celestino Alvarado Luis
Asesor

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

M.Cs. José Del Carmen Grandez Odiaga
Jurado Evaluador

M.Cs. David Alfredo Barreto Chiche
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A Dios, sin el que nada puede hacerse. A mi madre, mi esposa y mis hijos.

AGRADECIMIENTO

A los profesores de la maestría en ciencias con mención en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Cajamarca, sin cuya orientación no habría sido posible efectuar este trabajo.

ÍNDICE GENERAL

	Pag.
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
ÍNDICE GENERAL.....	vii
RESUMEN.....	ix
<i>ABSTRACT</i>	x
INTRODUCCIÓN.....	xi
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.2. Formulación del problema.....	4
1.3. Justificación.....	4
1.4. Objetivos de la investigación.....	9
1.4.1. Objetivo general.....	9
1.4.2. Objetivos específicos:.....	9
1.5. Alcance de la investigación.....	10
1.6. Limitaciones.....	11
1.7. Tipo y nivel de Tesis.....	11
1.8. Hipótesis.....	11
1.9. Métodos.....	12
1.10. Técnica.....	13
1.11. Estado de cuestión.....	13
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	16
2.1. Nociones de Política Criminal.....	16
2.1.1. Esencia y finalidad de la política.....	16
2.1.2. Política criminal en sentido estricto.....	19
2.1.3. La política criminal en el Perú.....	23
2.2. Aspectos de política criminal a tener en cuenta respecto a los delitos contra la administración pública en el Perú.....	28
2.2.1. Los delitos contra la administración pública.....	28

2.2.2. Convenios internacionales sobre delitos contra la administración pública	30
2.2.3. Implicancias de lo establecido en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú	33
2.2.4. Principales principios rectores de la política criminal del estado peruano establecidos en el Decreto Supremo N° 008-2012-JUS:	35
2.2.5. Los fines de la pena en el código penal peruano	53
2.3. Mecanismos alternativos a la ejecución de la pena privativa de libertad previstos en el Código Penal	61
2.3.1. La Reserva del fallo condenatorio	61
2.3.2. La suspensión de la ejecución de la pena	63
2.3.3. La conversión de la pena privativa de la libertad	65
2.3.4. La exención de pena	72
2.4. Sujetos de la norma penal	73
2.4.1 Delincuentes primarios	74
2.4.2 Evidencia de arrepentimiento	74
CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS	78
3.1. Diagnóstico de la situación actual	78
3.2. Análisis de coherencia con los principios de política criminal de la situación revelada en el caso 1	79
3.3. Análisis de coherencia con los principios de política criminal de la situación revelada en el caso 2	86
CAPÍTULO IV: FORMULACIÓN DE PROPUESTA	93
4.1. Fundamentos o Exposición de Motivos:	93
4.2. Propuesta	97
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	103
LISTA DE REFERENCIAS	104

RESUMEN

La legislación penal del Estado debe ser concordante con los principios que inspiransu política criminal, especialmente con las finalidades de prevención general y especial que justifican la sanción penal. Partiendo de dicha premisa, el presente trabajo ha consistido en revisar el estado actual de la legislación penal que regula la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio y conversión de la pena en los casos de delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, llegando a la conclusión de que la misma actualmente no resulta concordante con dichos principios, por lo cual se propone efectuar modificaciones legislativas que, por un lado, proscriban la posibilidad de suspenderla ejecución de la pena privativa de libertad en tales casos y por otro, permitan la conversión de la misma por prestación de servicios comunitarios.

Palabras clave: Política criminal, prevención general, prevención especial, delitos contra la administración pública, suspensión de la pena, reserva del fallo condenatorio, conversión de la pena.

ABSTRACT

The criminal legislation of the State must be consistent with the principles that inspire criminal policy, especially with the purposes of general and special prevention that justify the criminal sanction. Based on this premise, the present work has consisted of reviewing the current state of the criminal legislation that regulates the application of the suspension of the execution of the sentence, reservation of the conviction and conversion of the sentence in cases of crimes typified in the second, third and fourth sections of Chapter II of Title XVIII of the Special Part of the Penal Code, reaching the conclusion that it is currently not in accordance with said principles, for which it is proposed to make legislative modifications that, on the one hand, proscribe the possibility of suspending the execution of the custodial sentence in such cases and, on the other hand, allow its conversion for the provision of community services.

Keywords: *Criminal policy, general prevention, special prevention, crimes against public administration, suspension of the sentence, reservation of the conviction, conversion of the sentence.*

INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la justificación de la existencia del derecho penal? Tal es la primera pregunta que nos planteamos cuando por un lado conocemos que, de acuerdo a la Constitución del Estado, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y por otro, que en virtud a las penas conminadas en los delitos tipificados en nuestro código penal, una persona puede ser legalmente privada de su libertad, lo que le traerá como correlato una estigmatización social, ya que será vista por la opinión pública como delincuente, además será separada de su familia y sometida a un régimen penitenciario con reglas estrictas y en el que en la práctica su seguridad personal se verá expuesta a riesgos muy serios.

Una situación como la anterior; sin embargo, es usual en nuestra sociedad, en la que el derecho penal se encuentra justificado al estar dirigido a regular parte de las relaciones de las personas en la búsqueda de la llamada paz social. El derecho penal entraña violencia, más se lo acepta como necesario para la convivencia al estar destinado a proteger ciertos bienes que la sociedad, a través del Estado, juzga importantes para su propia existencia. Debemos acotar; sin embargo, que para que el derecho penal sea válido, los bienes jurídicos que protege deben estar dirigidos, directa o indirectamente, a defender a la persona humana y a su dignidad, ya que finalmente es la persona y no el derecho penal, la que es el fin supremo de la sociedad y el estado.

Así pues, la protección de los llamados bienes jurídicos es lo que finalmente justifica la existencia del derecho penal y tal protección sólo puede explicarse en la finalidad preventiva de la pena. Las penas conminadas en nuestro código penal se encuentran dirigidas a prevenir la comisión de delitos, que no son más que conductas que atentan contra los bienes jurídicos que el derecho penal protege.

Ahora bien, para que la finalidad preventiva de la pena se cumpla, es necesario que ante un caso concreto de delito, la misma no sólo se imponga o se declare, sino que además, salvo supuestos excepcionales, se ejecute en la forma y modo establecidos en la ley penal, ya que una sanción penal como un mero acto declarativo resultará vacía de contenido y en modo alguno desincentivará la comisión de nuevos delitos.

Tales supuestos excepcionales se justifican en otra de las finalidades de la pena: la resocialización, finalidad que en teoría también debe buscarse durante la ejecución de la misma, pero que en ciertos casos se juzga que no será alcanzada, sino que más bien se verá seriamente amenazada o comprometida con la ejecución efectiva de la sanción penal.

En nuestro derecho penal, algunos de dichos supuestos excepcionales vienen dados por la posibilidad de convertir las penas, efectuar la reserva del fallo condenatorio o de suspender la ejecución de la pena, sólo en el supuesto de que el juzgador determine con sustento y de forma objetiva, la escasa probabilidad de que la persona a quien se ha condenado cometa nuevos delitos en el futuro.

No obstante, ello, desde el año 2002, la posibilidad de convertir las penas, o de efectuar la reserva del fallo condenatorio, en los casos de los delitos contra la administración pública tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, fue proscrita por la Ley n.º 27770.

Adicionalmente, en el caso de condenas por delitos contra la administración pública, específicamente en el caso de los delitos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código Penal, la posibilidad de suspender la ejecución de la pena ha sido suprimida por nuestro legislador mediante sucesivas normas de rango legal emitidas a partir del año 2015.

En tal sentido, actualmente los funcionarios o servidores públicos que cometieran los delitos antes mencionados por primera vez, no siendo reincidentes o habituales y que antes o durante el proceso penal hubieran mostrado su disposición a colaborar con las autoridades o su voluntad de reparar el daño causado, deben ser condenados a sufrir una pena privativa de libertad efectiva, con todos los riesgos que ello implica en miras a su reinserción en la sociedad. Tal respuesta normativa ante la comisión de estos delitos no nos parece proporcional a la realidad del delincuente ni tampoco coherente con la finalidad de la sanción penal.

El propósito de la presente investigación es plantear, como una saludable política criminal, modificaciones legislativas que permitan que las penas impuestas a los funcionarios o servidores públicos condenados por delitos

contra la administración pública y que se encontraran en las condiciones especiales antes indicadas, cumplan con la finalidad constitucional de resocializar al delincuente, sin sacrificar la finalidad de prevención general de la sanción penal.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Planteamiento del problema

El 28 de junio de 2002, se publicó en el diario oficial El Peruano, la ley N° 27770, ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública.

Mediante dicha ley se dispuso lo siguiente:

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación

La presente ley se aplica a los condenados por los siguientes delitos:

- a) Concusión en todas sus modalidades.*
- b) Peculado en todas sus modalidades, excepto en la forma culposa.*
- c) Corrupción de funcionarios en todas sus modalidades, incluidas las cometidas por particulares.*
- d) Asociación ilícita para delinquir, cuando los hechos materia de condena se hallen relacionados con atentados contra la Administración Pública, contra el Estado y la defensa nacional o contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional.*

Artículo 3.- No recepción de beneficios penales

- e) Las personas condenadas por los delitos a que se refiere el Artículo 2 de la presente Ley no podrán recibir a su favor los siguientes beneficios penales:*

f) *Conversión de la pena privativa de libertad a que se refiere el Artículo 52 del Código Penal.*

g) *La reserva del fallo condenatorio a que se refiere el Artículo 62 del Código Penal.”*

En consecuencia, desde el año 2002, los juzgados penales se encuentran impedidos de disponer la conversión de pena privativa de libertad y reserva del fallo condenatorio, ante la comisión de los delitos contra la administración pública tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

Si bien no puede afirmarse que la citada ley haya sido desproporcionada en su momento, la situación varió posteriormente, con la sucesiva publicación de la ley N° 30304 el 28 de febrero de 2015 y el Decreto Legislativo N° 1351 el 7 de enero de 2017, normas que proscribieron la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad en los casos de los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código Penal, siendo los siguientes: colusión simple y agravada, peculado doloso, malversación de fondos agravada, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y enriquecimiento ilícito.

En tal sentido, de acuerdo a nuestra legislación actual, cualquier funcionario o servidor público que sea condenado por la comisión de cualquiera de los delitos antes indicados, sin tener en cuenta las circunstancias concretas en cada caso, recibirá una pena privativa de libertad efectiva, no pudiendo suspenderse su ejecución, hacerse reserva del fallo condenatorio o disponerse la conversión de la pena.

Entendemos que con ello el legislador buscó reforzar la finalidad preventivo general de la pena, propósito totalmente válido, pues como exponemos, la suspensión de la ejecución de la pena para estos delitos, implica no cumplir con reafirmar ante la sociedad la norma vulnerada con el accionar criminal.

No obstante ello, consideramos que la decisión adoptada por los legisladores, no fue la concretización de una política criminal debidamente planificada o meditada, pues para muchos casos impide el cumplimiento del principio de resocialización de la pena, previsto en nuestra Constitución Política, al anular completamente la finalidad preventiva especial positiva de la misma para los casos de delincuentes primarios que antes o durante el proceso penal hubieran colaborado para el esclarecimiento de los hechos, reparado el daño causado, o evidenciado arrepentimiento de alguna otra manera, obligándoles a atravesar un encierro del cual, ni el propio delincuente, ni la sociedad, ni el Estado obtendrán beneficio alguno.

En tal sentido, planteamos como una sana medida de política criminal, efectuar modificaciones legislativas que permitan que tanto la finalidad preventiva general como la especial se cumplan en el caso de estos delitos contra la administración pública.

1.2. Formulación del problema

¿A través de qué modificaciones legislativas pueden equilibrarse las finalidades de prevención general y especial positivas de la pena, para el caso de delincuentes primarios que sean condenados a cuatro o menos años de pena privativa de libertad por la comisión de los delitos contra la administración pública tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal?

1.3. Justificación

El derecho busca la paz social y el derecho penal específicamente no es ajeno a dicho propósito. Ahora bien, el derecho penal es la respuesta estatal ante conductas que resultan intolerables para la sociedad; esto es, conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos relevantes para una sociedad.

El derecho penal, por tanto, sanciona las referidas conductas y lo hace justamente con la pena. Por otro lado, teniendo en consideración las teorías relativas de la pena, podemos afirmar que el fin último de esta es la prevención, tanto en su vertiente general (dirigida a la colectividad) como en su vertiente especial (dirigida al individuo).

Así pues, consideramos que es necesario en primer lugar buscar la resocialización del delincuente y evitar que cometa nuevos delitos (prevención especial); sin embargo, también es necesario reafirmar ante la sociedad la vigencia de las normas esenciales de convivencia que fueron vulneradas con el actuar delincuenciales (prevención general).

Teniendo en cuenta ello, el artículo 57° del Código Penal establece que en casos de sentencias condenatorias que imponen penas privativas de libertad no mayores de cuatro años, el juez puede suspender su ejecución, siempre que la naturaleza, modalidad del hecho punible cometido y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

De igual forma, el artículo 62° del mismo cuerpo normativo, establece que el juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que, de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito, lo que debe ser debidamente motivado.

Finalmente, el artículo 52° establece la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad en pena de multa o de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres o en pena de vigilancia electrónica personal.

No obstante, para el caso de los delitos contra la administración pública tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399 y 401 del Código Penal, la posibilidad de acceder a los

citados beneficios se encuentra completamente anulada por la normatividad legal vigente.

Esta situación, sin duda, supone una afección a la función de prevención especial de la pena, ya que impide completamente el cumplimiento de la finalidad de resocialización de la misma prevista en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de los funcionarios y servidores públicos que en un caso concreto han colaborado con la justicia y reparado el daño, evidenciando arrepentimiento y que, sin embargo, han sido condenados a penas privativas de libertad de 4 o menos años.

En tal sentido, hemos realizado un análisis respecto a la posibilidad de efectuar modificaciones legislativas que permitan que, en los casos que amerite, los sentenciados por la comisión de los delitos contra la administración pública, previstos en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II, del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal y que hayan sido condenados a penas privativas de libertad de 4 o menos años, puedan recibir una sanción efectiva que no ponga en riesgo su resocialización.

Creemos que el tema del presente trabajo se encuentra justificado por cuanto resulta importante establecer una política criminal que sea coherente y equilibrada no sólo con la necesidad de desincentivar la comisión de nuevos delitos, sino también con la necesidad de resocializar a los delincuentes primarios. Tal política criminal debe materializarse con medidas concretas, por lo que es plenamente válido analizar las modificaciones legislativas que plasmen su aplicación en

nuestra sociedad.

Relevancia de lo que se investigará:

La relevancia de lo que se investigará radica en el hecho de que el ejercicio de la política criminal en nuestro país parece no haber respetado los principios que formalmente deberían orientar dicho ejercicio. Esta situación también podría haberse presentado en lo que respecta al régimen penal establecido para los delitos contra la administración pública, pues correspondiendo a una materia de alto interés y preocupación social, su regulación ha sufrido modificaciones legislativas tendientes a endurecer las sanciones impuestas por la comisión de este tipo de delitos.

En consecuencia, resulta necesario establecer si la regulación actual, en lo que se refiere a las penas que se aplican por los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal para el caso de delincuentes primarios que sean condenados a cuatro o menos años de pena privativa de libertad, realmente resulta coherente con los principios de política criminal que nuestro Estado pretende observar, especialmente con aquellos que exigen el cumplimiento de las finalidades de prevención general y prevención especial positivas de la pena.

Relevancia de la forma en que se realizará la investigación:

Consideramos que la forma en que se realizará nuestra investigación resulta relevante en tanto supone la realización de una argumentación

lógica teniendocomo principal fuente nuestra normativa constitucional y legal, siendo que el estudio y seguimiento del razonamiento empleado, puede ser aprovechado por otros operadores del derecho o por nuestros legisladores para replicarlo en elestudio de otros problemas que pudieran existir en el ámbito del derecho penal.

Aporte teórico:

La presente investigación nos permitirá conocer de primera mano si la actual regulación concerniente a la aplicación de penas para los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal para el caso de delincuentes primarios que sean condenados a cuatro o menos años de pena privativa de libertad, resulta o no coherente con los principios de política criminal que nuestro estado debe observar, así como también, conocer cuál sería la regulación más coherente con dichos principios, de ser el caso.

Relevancia del aporte teórico:

Consideramos que nuestro aporte teórico resulta relevante estando a que permitirá que nuestros legisladores tomen conocimiento del grado de coherencia de la actual regulación concerniente a la aplicación de penas para los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, específicamente para el caso de los delincuentes primarios que sean condenados a cuatro o menos años de pena privativa de libertad, con los principios de política criminal que nuestro Estado debe observar.

Ello permitirá que, de creerlo conveniente, promuevan las modificaciones legislativas necesarias para mejorar dicha coherencia, para bien común de nuestra sociedad y de nuestros ciudadanos.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general:

Establecer las modificaciones legislativas que permitan equilibrar el cumplimiento de los fines preventivos especiales y generales de la pena, para el caso de personas condenadas con penas privativas de libertad iguales o menores a 4 años por los delitos previstos en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, cuyo comportamiento evidencie arrepentimiento.

1.4.2. Objetivos específicos:

- a. Analizar si restablecer o mantener la posibilidad de suspender la ejecución de la pena para los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, en los casos de delincuentes primarios cuyo comportamiento evidenciara arrepentimiento, garantizaría el cumplimiento de las finalidades preventivo generales y especiales de la pena.
- b. Analizar si restablecer la posibilidad de efectuar la reserva del fallo condenatorio para los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la

Parte Especial del Código Penal, en los casos de delincuentes primarios cuyo comportamiento evidenciara arrepentimiento, garantizaría el cumplimiento de las finalidades preventivo generales y especiales de la pena.

- c. Analizar si restablecer la posibilidad de efectuar la conversión de las penas privativas de libertad para los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, en los casos de delincuentes primarios cuyo comportamiento evidenciara arrepentimiento, garantizaría el cumplimiento de las finalidades preventivo generales y especiales de la pena.
- d. Proponer modificaciones legislativas como producto del análisis efectuado respecto a la situación actual de la suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio y conversión de la pena para el caso de los delitos tipificados en las secciones Segunda, Tercera y Cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

1.5. Alcance de la investigación

Nuestra investigación se llevó a cabo en el ámbito del Derecho Penal, centrándonos en la política criminal. Obviamente, fue necesario abordar también el derecho constitucional, específicamente el programa penal constitucional, con la finalidad de determinar la coherencia con la constitución, tanto de la situación existente a nivel legislativo como de la propuesta de modificación efectuada.

1.6. Limitaciones

La principal limitación que tuvimos fue la referida a la escasa bibliografía existente en relación a los beneficios penales que fueron abordados en la presente investigación, concretamente la relacionada a la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio y conversión de la pena. Esta limitación no ha sido sustancial y fue superada estableciendo nociones y alcances propios a partir de lo establecido en la normativa vigente.

1.7. Tipo y nivel de Tesis

La presente investigación tiene el carácter de documental y transcriptiva, ya que hemos utilizado fuentes bibliográficas a fin de demostrar la hipótesis planteada.

Asimismo, en función a su enfoque, la presente investigación es cualitativa, ya que se han analizado puntos de vista, interpretaciones jurídicas y conceptos no cuantificables.

Finalmente, la presente investigación es propositiva, ya que se ha efectuado una recomendación de modificación legislativa a partir de la comprobación de nuestra hipótesis.

1.8. Hipótesis

A través de las siguientes modificaciones legislativas:

En primer lugar, modificar el artículo 57° del Código Penal proscribiendo suspender la ejecución de la pena en los casos de los delitos tipificados en

las secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

En segundo lugar, modificar el artículo tercero de la ley número 27770, restableciendo la posibilidad de convertir las penas privativas de libertad a la pena de prestación de servicios a la comunidad para el caso de los delitos tipificados en las secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, siempre y cuando el agente hubiera sido condenado por primera vez y hubiera desplegado una conducta que a criterio del juez evidenciara arrepentimiento.

1.9. Métodos

Método general:

En la presente investigación hemos empleado primordialmente el **método deductivo**, por cuanto partiendo del principio de que las finalidades preventivogenerales y especiales de la sanción penal deben cumplirse en nuestro ordenamiento jurídico penal, hemos arribado a conclusiones con respecto a si dicho cumplimiento se verifica en la legislación penal vigente que regula la aplicación de la reserva del fallo condenatorio, conversión y suspensión de las penas privativas de libertad para los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

Métodos específicos:

En la presente investigación hemos empleado el método **hermenéutico**, por cuanto se ha efectuado una interpretación para el entendimiento de

la legislación vigente que regula, por un lado la aplicación de la política criminal en nuestro país y por otro, la aplicación de la reserva del fallo condenatorio, conversión y suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad para el caso de los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

Asimismo, se ha empleado el método **argumentativo**, por cuanto hemos expuesto argumentos de política criminal para arribar a nuestras conclusiones.

1.10. Técnica

La técnica que hemos utilizado para comprobar nuestra hipótesis ha consistido en la **observación documental** tanto de fuentes normativas, doctrinarias como de divulgación científica, ello en el marco de nuestra metodología hermenéutica y argumentativa.

En tal sentido, las técnicas que hemos empleado son técnicas de investigación documental o indirectas, en específico la técnica **bibliográfica, hemerográfica y legislativa**.

1.11. Estado de cuestión

De la búsqueda efectuada respecto a investigaciones o trabajos de índole académico relacionados con nuestro tema, incluyendo lo publicado en el registro nacional de trabajos de investigación, se ha podido ubicar los siguientes trabajos:

- a) “Afectación del derecho constitucional de no discriminación en la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios servidores públicos previsto en el último párrafo del artículo 57° del Código Penal”: Tesis presentada por Saúl Vilca Vilca para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Nacional del Altiplano. 2016.

En la citada investigación, el autor analiza la constitucionalidad de la modificación al Código Penal efectuada mediante la Ley N° 30304 que proscribió la suspensión de la ejecución de la pena para el caso de los delitos de colusión simple y agravada y peculado doloso, concluyendo que la misma es inconstitucional, por lo que entre otras sugerencias, recomienda derogar la ley N° 30304, así como, al realizar control difuso, inaplicar dicha normativa, en lugar de convertir la pena privativa de libertad.

Sobre el particular, a nuestro parecer, la citada investigación no efectúa un análisis completo al momento de efectuar conclusiones y recomendaciones, pues soslaya la finalidad preventivo general de la pena que el legislador válidamente buscaba con la proscripción de la suspensión de la ejecución de la pena en casos de delitos contra la administración pública, más aun teniendo en cuenta que el Perú se encuentra obligado por tratados internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

- b) “Implicancias de la Prohibición de la Suspensión de la Ejecución de la Pena en los Condenados por los Delitos Contra la Administración Pública, en el departamento de Tacna, del Año 2015 al Año 2017” Tesis presentada por Omar Pezo Jiménez, para obtener el grado académico de Maestro en Derecho con Mención en Ciencias Penales. Universidad Privada de Tacna. 2018.

En la citada investigación, el autor postula que con la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en delitos contra la administración pública se afecta la independencia del criterio del juez y la vulneración de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, por lo que propone una modificación legislativa en virtud a la cual se elimina el último párrafo del artículo 57° del Código Penal; es decir deroga la prohibición de suspender la ejecución de la pena en el caso de los delitos contra la administración pública y otros allí señalados.

En relación a ello, nosotros consideramos que la sugerencia efectuada en la citada tesis no resulta ser la más adecuada, al soslayar el cumplimiento de la finalidad preventivo general de la pena en los casos de delitos contra la administración pública, por lo que a través del presente trabajo hemos procurado proponer una alternativa equilibrada de sanción penal en estos casos, en la que ésta satisfaga tanto la finalidad de prevención especial como de prevención general de la sanción penal.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Nociones de Política Criminal

2.1.1. Esencia y finalidad de la política

En principio conviene tener en claro el concepto de política criminal y para establecer dicho concepto, resulta necesario establecer primeramente lo que es, o lo que debe entenderse como política en el sentido general del término.

Tomás de Aquino, comentando la “Política” de Aristóteles, afirma con claridad la necesidad de ésta como una ciencia concerniente a la “ciudad”refiriéndose con dicho término a la comunidad política (De Aquino & De Alvernia, 2001). Ello nos permite dilucidar una primera relación a tener en cuenta: la política está ligada a una comunidad de seres humanos, los seres humanos son políticos por naturaleza. Es así porque es evidente que el ser humano es gregario, nace, vive y desarrolla su potencial al interior de una comunidad.

Caminal (2005), refiriéndose al trabajo de C.J. Friedrich en la obra “*Man and his government*”, describe la manera en que dicho autor circunscribe el objeto nuclear de la política a la relación existente entre persona política (ser humano) y gobierno, por cuanto aún desde tiempos de Aristóteles, la pregunta esencial de la política ha sido: ¿cómo gobernarse bien?. El gobierno pues cumple la función primordial en el campo de las relaciones de la persona y su comunidad, ya que al estar premunido de autoridad, crea normas,

resuelve conflictos y adopta medidas prácticas.

De igual forma, del análisis de la obra de Deutsch en "*Politics and Government*", se desprende una conclusión similar a la de Friedrich, ya que éste autor conceptualiza a la política como la toma de decisiones a través de medios públicos, decisiones que se ocupan primordialmente de la dirección y autodirección de las grandes comunidades humanas; esto es, del gobierno de dichas comunidades (Deutsch como se citó en Caminal, 2005).

Está claro que la acepción de "gobierno" que se ha mencionado, es una acepción amplia que no se limita a lo meramente ejecutivo, sino que abarca a todas las decisiones y medidas del poder en una comunidad política dada, lo que incluye el aspecto legislativo y judicial.

Ahora bien, con el devenir de la historia se han ido creando diversos modelos de organización política a través de los cuales se ejerce el gobierno de la comunidad. Bouza (2005) nos habla de la evolución del estado en sí mismo, como la más reciente forma de organización política, que hoy se ha transformado en universal.

Señala dicho autor:

El Estado moderno, en definitiva, es una nueva forma de poder político, de carácter territorial, que pretende monopolizar el poder de coerción y regulación, mediante su institucionalización como poder soberano a través de un ordenamiento jurídico unitario e igualitario. Con él aparecen unas instituciones políticas centrales que despersonalizan y despatrimonializan el poder, tales como

los parlamentos, los gobiernos, la administración pública, el ejército nacional, la hacienda pública, y un sistema unificado y general de resolución de conflictos. (p.52)

Es pues el estado moderno, la organización política en la cual se dan los actos de gobierno en las comunidades actuales y más precisamente, el estado constitucional de derecho. Los estados modernos brindan el espacio en y desde dónde se hace política. Debe tenerse en cuenta que el acto de gobierno requiere el ejercicio de poder, poder político que se sostiene al encontrarse en posesión de los instrumentos a través de los cuales se ejercita la fuerza física. Se trata del poder coactivo que se vincula con el elemento de la fuerza y con el uso exclusivo de la misma (Rivera, 2005). El referido poder está sujeto a límites, pues de lo contrario sería legítimo. La legitimidad implica reconocimiento, el poder es legítimo si es reconocido (Schmitt, 1996), ello en cuanto a su origen, más la legitimidad de las decisiones de poder no sólo depende de su origen o de la identidad de quién las adopta.

La legitimidad de ejercicio radica no ya en quien toma las decisiones políticas, en la substancia de la autoridad ostentada, sino en si aquellas satisfacen determinados objetivos y valores.(...) El problema se plantea entonces a la hora de determinar cuáles son esos objetivos que debe satisfacer la autoridad política para ser calificada como legítima. (Del Hierro, 2013, p.181)

En efecto, una decisión política no puede ser legítima únicamente en razón a la identidad y competencias de quien la adopta, sino también en razón a su propósito y efectos, objetivos y valores. Ahora, para vislumbrar cuáles podrían ser dichos objetivos y valores, tal y

como se ha señalado anteriormente, la pregunta esencial que debe plantearse en política es:

¿cómo gobernarse bien? y de dicha pregunta podemos extraer una cualidad o atributo esencial de cualquier decisión política legítima respecto a una comunidad: el bien común.

Geraldo (2005) nos dice respecto a ello:

La noción de bien no solo implica al hombre en cuanto ser individual, sino también en cuanto miembro de una sociedad; es, por tanto, extensiva al ámbito comunitario. Las personas, en cuanto que seres esencialmente sociales y morales, tienen una aspiración común a una convivencia buena. Todos queremos vivir en una comunidad en la que no haya miseria, en la que primen las relaciones justas y reine la paz social. En este sentido, el bien se sitúa en el orden de los fines y es el principio de toda acción social. Desde los clásicos, el fin propio de la sociedad, la polis, la civitas, es la búsqueda de un bien social, una felicidad común, que es, en definitiva, un bien común. Ese era el sentido de la comunidad, la búsqueda del bien común. (p.42)

Entonces si teleológicamente la política se relaciona con el bien común, la política criminal no será ajena a dicho propósito, encontrándose obviamente ligada a dicha finalidad.

2.1.2. Política criminal en sentido estricto

De manera lata, podemos afirmar inicialmente que la política criminal es la parte de la política enfocada en las decisiones de gobierno referidas a la lucha contra la criminalidad en una comunidad dada. Desde un inicio, el concepto se refirió principalmente al aspecto legislativo derivado del fenómeno criminológico, tal y como menciona Rivera (2005):

a) La Criminología: tradicionalmente, fue entendida como una ciencia que buscaba desentrañar las causas de la criminalidad; b) el Derecho Penal: entonces apareció definido como un conjunto de normas jurídicas que buscaba luchar contra la criminalidad; c) la Penología: fue concebida como la disciplina que, combinando herramientas médico-biológicas y psiquiátrico-pedagógicas, debía aplicar sus técnicas para alcanzar la corrección (fundamentalmente penitenciaria) de los infractores; d) La Política criminal: tradicionalmente, fue conceptualizada como un nexo entre las anteriores direcciones; o sea la política que permite, una vez conocidas las causas de criminalidad, que se produzcan normas jurídicas que la combatan. (p.28)

Zaffaroni (como se citó en Rivera, 2005) por su lado, en su “Tratado de Derecho Penal Parte General”, se refirió a una escuela que entendía a la política criminal como la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminológica, añadiendo que *“la Política criminal es la política referida al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado”*.

Entre las características de la política criminal, el citado autor hace alusión básicamente a tres aspectos: 1) el de seleccionar los bienes jurídicos que deben ser tutelados por el derecho penal, 2) el de seleccionar los métodos para asegurar dicha tutela y 3) la existencia de un carácter crítico o dinámico de la misma, dirigido a valoraciones ya hechas o métodos ya empleados previamente (Zaffaroni citado en Rivera, 2005).

El primer aspecto pasa por determinar valorativamente los bienes jurídicos merecedores de protección por parte del derecho penal, el segundo se refiere a las decisiones concretas, normativas o no, que se adoptan para lograr proteger efectivamente dichos bienes jurídicos y el tercer aspecto se refiere a que siendo la sociedad una realidad cambiante, el derecho y obviamente el derecho penal, debe a cada momento ajustarse a dicha realidad, dando una revisión crítica a la valoración de los bienes jurídicos protegidos y a las medidas concretas adoptadas por el derecho penal para protegerlos.

De lo anteriormente señalado podemos extraer dos conclusiones: la primera es que antes de emitir una norma penal se desarrolla ya una actividad de política criminal; es decir la emisión de una norma jurídica (no solamente penal) requiere de un análisis y de una decisión política previa. La segunda, es que la propia norma penal muestra el carácter de la política criminal empleada y por ende es presupuesto para el análisis y adopción de nuevas medidas de política criminal. Ello desde luego no significa que la norma jurídica una vez emitida dependa de la política para ser válida o para ser interpretada, sino simplemente que la norma en cuanto tal debe ser considerada para la adopción de futuras decisiones político criminales.

Ahora bien, es claro que el resultado de decisiones de política criminal no sólo dará lugar a la emisión de normas contenidas en un

código penal y que no sólo éstas deberán ser consideradas para la toma de decisiones político criminales. Como señala Zaffaroni (como se citó en Rivera, 2005):

La normación principal en cuanto a traducción de principios político penales es el estatuto jurídico del Estado, o sea, la Constitución misma. En un sistema como el nuestro en que la política penal se decide por el principio de legalidad, ésta le está asignado necesariamente al Derecho penal la función de tutela jurídica, es decir, de seguridad jurídica. La función de “lucha contra el crimen”, “combate de la delincuencia”, etc., será necesariamente subordinada a la misión de seguridad jurídica de que parte toda la política penal del Estado. (p.37)

De lo anterior, es posible establecer que, en un estado constitucional, debe en principio considerarse lo establecido en su constitución política como criterio orientador al momento de desarrollar una política criminal coherente, pues ella marca los límites y establece los principios a tener en cuenta cuando se trata de legislar en materia penal, siempre buscando el bien común. Es lo que se conoce generalmente como garantismo penal.

Al respecto, Rivera (2005) refiriéndose a la postura de Luigi Ferrajoli en el artículo “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado Constitucional de derecho”, señala lo siguiente:

Ferrajoli recuerda así las clásicas preguntas relativas a la legitimación del derecho penal: “cuándo y cómo prohibir, juzgar y castigar?”. Tales interrogantes que se vinculan con el problema de la legitimación de ese terrible derecho (en alusión al *ius puniendi*), se resuelven ahora por los principios garantistas de las Constituciones: lesividad y materialidad de los delitos; culpabilidad; garantías del juicio; carga acusatoria de la pena; derechos de la

defensa. Semejantes principios han dejado de ser simples orientaciones teóricas para convertirse en normas jurídicas vinculantes para el legislador. He aquí un ejemplo claro, pues, de una política criminal del Garantismo Penal. Fruto de todo ello, es la nueva forma de interpretación de la ley conforme al modelo garantista, donde la validez de las leyes ya no es un dogma unido a su mera existencia o validez formal, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. (p.196)

En consecuencia, para efectos del presente trabajo, indicaremos que la política criminal es un capítulo de la política en general, que al ejercitarse debe perseguir el bien común y que se refiere concretamente al fenómeno delictivo y a la lucha que el Estado debe librar en contra del mismo, para lo cual se preocupa de identificar los bienes jurídicos merecedores de tutela y los mecanismos más idóneos para lograrla, proceso que implica dinamismo, ya que obliga a efectuar una revisión continua de las normas y demás medidas ya adoptadas con tal propósito, teniendo en cuenta sobre todo la constitución política del Estado.

2.1.3. La política criminal en el Perú

En nuestro país se ha buscado institucionalizar la conducción de la política criminal, habiéndose emitido la ley número 29807 que creó el Consejo Nacional de Política Criminal, adscrito al Ministerio de Justicia, el cual está encargado de planificar, articular, supervisar y dar seguimiento a la Política criminal del estado, contando para ello con la asistencia de una Secretaría Técnica que está conformada por un comité de expertos.

Entre las funciones más relevantes que el citado Consejo tiene a su cargo, podemos destacar la elaboración del diagnóstico nacional sobre las causas del delito y los factores que inciden en su expansión, el diseño, aprobación y supervisión de la ejecución del Programa Nacional de Política Criminal, la formulación de políticas y directrices criminológicas, la realización de evaluaciones periódicas del sistema penal y de las instituciones que lo componen para proponer su adecuación a los objetivos del Programa Nacional de Política Criminal, la evaluación del grado de cumplimiento de los compromisos asumidos por el estado en virtud a los convenios internacionales en materia de prevención del crimen y justicia penal, la elaboración de propuestas legislativas vinculadas con el sistema penal y de control social en general y la emisión, a través de su Secretaría Técnica, de informes técnicos no vinculantes sobre toda propuesta legislativa en materia de justicia penal, ejecución penal y el sistema penitenciario.

No ha sido propósito de este trabajo abordar desde una perspectiva crítica, ni la normativa antes señalada, ni lo relacionado al funcionamiento práctico del Consejo Nacional de Política Criminal en nuestro país, no dejando sin embargo de llamarnos la atención que los informes técnicos que emite el referido Consejo no resulten vinculantes para la aprobación de normas en materia penal o penitenciaria y que ni siquiera sea obligatorio contar con ellos para legislar en tales materias. Ello a nuestro entender, implica que los

criterios establecidos en la ley 29807 y que deberían ser tenidos en cuenta para legislar en materia penal y penitenciaria, no necesariamente serán considerados por el legislador.

Aun así, estando a que la referida normativa refleja lo que para el legislador constituye la manera adecuada de ejercer política criminal, nos interesa por ahora detenernos en algunos de los criterios, fuentes o principios que la ley número 29807 y su reglamento, aprobado mediante decreto supremo número 008-2012-JUS, han considerado que deben ser tenidos cuenta para desarrollar una adecuada política criminal en nuestro país, ello con la finalidad de verificar que la legislación vigente en materia penal que atañe al presente trabajo, resulta coherente con tales principios.

El primero de ellos es el referido a los convenios internacionales. Así, el numeral 2 del artículo 4° de la citada ley, establece que, para diseñar, aprobar y supervisar la ejecución del Programa Nacional de Política Criminal, se deben asumir con carácter vinculante, las recomendaciones de los convenios internacionales en materia de prevención del crimen y justicia penal. Asimismo, el numeral 8 del mismo artículo, establece como una competencia del Consejo Nacional de Política Criminal, evaluar el grado de cumplimiento del estado peruano de los compromisos establecidos por los convenios internacionales en materia de prevención del crimen y justicia penal, y, de ser el caso, coordinar las acciones que sean necesarias para su total adecuación.

En consecuencia, si existiera un convenio internacional sobre una determinada materia penal del cual el estado peruano es parte, es necesario que al momento de legislar o adoptar otras medidas de políticacriminal en torno a dicha materia, los términos del convenio sean respetados, pues sólo así las obligaciones contraídas por el Estado serían honradas.

En segundo lugar, la ley es clara al señalar, en su segunda disposición final y transitoria, que los criterios de prevención de delitos, reeducación, rehabilitación y reinserción del condenado a la sociedad, establecidos en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, deben ser considerados de manera especial en los informes técnicos que se emitan antes de la aprobación del Programa Nacional de Política Criminal. A nosotros nos parece que en este punto la ley no hace más que precisar una obligación preexistente, ya que toda adopción de una medida concreta de política criminal, como es el hecho de legislar en materia penal, debe tener en cuenta lo dispuesto por la Constitución.

El reglamento de la ley antes señalada, establece una propia definición de política criminal, la cual vendría a ser el conjunto de medidas dispuestas por el estado para enfrentar la criminalidad (delito- delincuente) y la criminalización (pena y función resocializadora), dedicadas especialmente a la prevención, represión y control del delito.

De dicha definición, resulta relevante destacar la mención concreta de la “criminalización” como un fenómeno distinto de la “criminalidad”, pero que también requiere ser enfrentado. Entendemos la criminalización como la acción de criminalizar, esto es, de atribuir o de provocar en alguien o en algo la condición de criminal o características criminales. Lógicamente ello no implica una prohibición de crear nuevos delitos o de imponer penas privativas de libertad efectivas, sino más bien un criterio orientador a tener en cuenta y que resulta concordante con el artículo 139° de la Constitución.

De hecho, el citado reglamento establece en su artículo tercero los que vendrían a ser los principios rectores de la política criminal del estado peruano y que son, entre otros: la garantía de los derechos fundamentales y de la dignidad humana, el principio de mínima intervención y subsidiariedad, el principio de tolerancia, el principio de humanidad de las sanciones penales, el principio de resocialización, el principio de eficiencia y racionalidad, el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad.

Estando a que el objeto del presente trabajo consistió en analizar si la legislación vigente que regula la imposición de sanciones penales a personas que han cometido delitos contra la administración pública, resulta ser coherente con la política criminal que el estado peruano pretende desplegar según sus principios de política criminal, a continuación nos referiremos a dichos criterios y

principios político criminales que se desprenden de nuestra constitución política y de la normativa existente sobre la materia.

2.2. Aspectos de política criminal a tener en cuenta respecto a los delitos contra la administración pública en el Perú:

2.2.1. Los delitos contra la administración pública

Los delitos contra la administración pública se caracterizan por ser delitos especiales que implican la infracción de un deber previamente conferido a los autores: los funcionarios y servidores públicos.

Al respecto, tal y como señala el profesor Rojas (2007):

Ser funcionario público es ocupar un status especial que comporta derechos, privilegios y obligaciones (...) En contraparte, en el funcionario público la Nación, la ciudadanía y la legalidad tienen depositados una serie de expectativas de comportamiento, profesionalidad, conducción ética y resultados que les hacen sujetos especialmente vulnerables, sobre todo cuando por acción u omisión quebrantan sus deberes funcionales. (p.166)

Estos funcionarios se encuentran obligados a salvaguardar los valores e intereses de la administración pública, teniendo por tanto una posición de garante. En ese sentido, dicha posición de garante es traicionada cuando estos funcionarios públicos, valiéndose de su cargo cometen delitos.

Es menester indicar que el reproche social es grande en el caso de estos delitos ya que están íntimamente relacionados a la

conducción del aparato estatal y de la administración pública y en muchos casos al manejo presupuestal de los recursos públicos, existiendo gran expectativa e interés de la ciudadanía por la corrección y probidad de sus funcionarios y servidores públicos.

Los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, se encuentran tipificados en el Título XVIII, Capítulo II de nuestro Código Penal, entre los artículos 376 al 401. Es objeto del presente trabajo referirse a las alternativas a la pena de prisión que podrían ser utilizadas específicamente respecto a los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II antes señalado, ya que actualmente están en vigencia sendas prohibiciones de convertir la pena privativa de libertad para casi todos esos delitos (excepto para el peculado culposo) y de suspender la ejecución de la pena para muchos de ellos.

En la sección segunda del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal se encuentran tipificados los delitos de concusión (artículo 382), cobro indebido (artículo 383), colusión simple y agravada (artículo 384), patrocínio ilegal (artículo 385) y el tipo extensivo a los peritos, árbitros y contadores de los artículos 384 y 385 (artículo 386).

En la sección tercera del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal se encuentran tipificados los delitos de peculado doloso y culposo (artículo 387), peculado de uso (artículo 388), malversación

(artículo 389), retardo injustificado de pago (artículo 390), rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia (artículo 391), extensión del tipo (artículo 392).

Finalmente, en la sección cuarta del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal se encuentran tipificados los delitos de cohecho pasivo propio (artículo 393), soborno internacional pasivo (artículo 393-A), cohecho pasivo impropio (artículo 394), cohecho pasivo específico (artículo 395), cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (artículo 395-A), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (artículo 395-B), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396), cohecho activo genérico (artículo 397), cohecho activo transnacional (artículo 397-A), cohecho activo específico (artículo 398), negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (artículo 399), tráfico de influencias (artículo 400) y enriquecimiento ilícito (artículo 401).

2.2.2. Convenios internacionales sobre delitos contra la administración pública

Como ya lo hemos señalado, uno de los criterios para ejercitar política criminal en el Perú, establecidos en la ley número 29807, es asegurar el cumplimiento de los convenios internacionales en los que el estado peruano sea parte. De hecho, la obligación surge desde que el convenio en cuestión entra en vigor. Pues bien, en materia de delitos contra la administración pública, el estado

peruano ha celebrado dos convenios internacionales que resulta relevante mencionar, no obstante, debemos hacer la precisión que nos referiremos exclusivamente a las obligaciones referidas a las sanciones penales que deben imponerse.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de la cual el Perú es parte, se aplica a tenor de su artículo tercero, a la prevención, investigación y el enjuiciamiento de la corrupción, así como al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la misma.

En el artículo trigésimo de la citada convención, se establece por un lado la obligación de penalizar la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la misma, con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de los mismos (numeral 1). Asimismo, en el numeral 5 se establece que los estados parte deberán tener en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de estos delitos. Finalmente, en el numeral 10, se establece la obligación de procurar promover la reinserción social de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo a la referida convención.

Por su parte, la Convención Interamericana contra la corrupción, de la cual también el Perú es parte, tiene como sus propósitos, a tenor

de su artículo II, el promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los estados partes, de los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Asimismo, el promover, facilitar y regular la cooperación entre los estados partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

De lo estipulado en ambos convenios, es posible extraer algunas conclusiones en relación a las sanciones a imponer por los delitos de corrupción de funcionarios y contra la administración pública establecidos en los mismos.

En principio, ambos convenios establecen la obligatoriedad de sancionar los delitos señalados en los mismos. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estipula además que las sanciones deben tener en cuenta la gravedad de tales delitos. La misma convención señala que es posible conceder libertad anticipada o libertad condicional a las personas condenadas por tales delitos, más para ello se deberá tener en cuenta su gravedad. Finalmente, la referida convención establece que los estados partes deben promover la reinserción social de las personas condenadas por la comisión de este tipo de delitos.

2.2.3. Implicancias de lo establecido en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú:

El artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y en su inciso 22 incluye el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la educación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Al respecto, en la citada disposición constitucional, nosotros entendemos por “régimen penitenciario” no sólo al régimen de ejecución de las penas privativas de libertad, sino al régimen de ejecución de todos los tipos de sanciones penales en lo que fuera aplicable y creemos que ello es así, porque la finalidad de cualquier sanción penal, no sólo de las penas privativas de libertad, es preventiva, protectora y resocializadora a tenor de lo establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal. En ese sentido, es de precisar que en la propia exposición de motivos del Código de Ejecución Penal se señala que los conceptos de educación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, doctrinariamente, pueden resumirse en el de resocialización.

Efectivamente, no sería comprensible afirmar que las penas limitativas de derechos, por ejemplo, no tienen por objeto educar, rehabilitar o reincorporar al penado a la sociedad, pues si ello fuera así, entonces reconoceríamos que tal tipo de sanciones sólo poseen una finalidad preventivo general, lo cual no resulta

coherente con la necesidad de respetar la dignidad del condenado y con lo señalado en el Título Preliminar del Código Penal. En tal sentido, si tal es el objeto o finalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad, entonces las otras clases de penas tendrán el mismo objeto o finalidad en cuanto fuera aplicable.

Rubio (1999), señala lo siguiente:

En lo que se refiere a la constitución misma, el inciso que comentamos establece como principio que el régimen penitenciario tiene por objeto:

- Reeducar al delincuente, es decir, formarlo interiormente para que deje de lado sus tendencias antisociales y, por el contrario, construya su yo social y positivo.

- Rehabilitar al delincuente, es decir, darle las habilidades necesarias para que pueda ejercitar su vida social positiva.

- Reincorporar al delincuente, es decir, permitir que se reinstale en la sociedad de manera que pueda asumir una nueva vida formal dentro de ella.

(...)

Está bien buscar estos beneficios para el delincuente con el régimen penitenciario pero hay que decir, sin embargo, que la verdadera rehabilitación del ser humano, y la superación de las causas de la delincuencia, sólo se pueden obtener en la sociedad, es decir, dentro y fuera de las prisiones, pero no sólo dentro de ellas. (p.147-148, Tomo V).

En consecuencia, estando a que la finalidad de resocialización del delincuente es un principio que rige no sólo para las penas privativas de libertad sino para todas las clases de pena, resulta legítimo que los órganos jurisdiccionales tengan en cuenta la búsqueda de dicha finalidad al aplicar la sanción penal correspondiente en cada caso concreto, lo que es válido para todos

los tipos de delitos, incluyendo por supuesto a los delitos de corrupción de funcionarios o contra la administración pública.

2.2.4. Principales principios rectores de la política criminal del estado peruano establecidos en el Decreto Supremo N° 008-2012-JUS:

Los principios considerados rectores de la política criminal que nuestro Estado se propone aplicar son mencionados en el artículo tercero del Decreto Supremo N° 008-2012-JUS. Es claro que la mayoría de dichos principios tiene un claro basamento constitucional, siendo que los mismos se encuentran dirigidos, sobre todo, a garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas, siendo los principales los siguientes:

2.2.4.1. La garantía de los derechos fundamentales y de la dignidad humana:

La garantía de los derechos fundamentales de la persona, que se sustenta a su vez en el principio de la dignidad humana, no se ciñe únicamente a la lucha contra la criminalidad, sino que resulta aplicable y exigible para cualquier actuación o actividad, no sólo del Estado sino incluso de los agentes privados y supone que tales actuaciones o actividades sólo pueden efectuarse lícitamente si respetan los derechos fundamentales de las personas; es decir sin limitarlos o afectarlos más allá de lo permitido por el ordenamiento jurídico.

Como señala Bacigalupo (1999):

Los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo. Un rasgo esencial de este sistema consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificada. Así como un individuo no se concibe sin una sociedad y un Estado, es claro que los derechos fundamentales pueden ser sometidos a limitaciones por parte del Estado y que en el ejercicio de esta función los poderes de éste pueden vulnerarlos. (p.13-14)

Así, la Constitución Política del Perú establece en su artículo 1° que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y en consonancia con ello, menciona una serie de derechos a los cuales se les atribuye carácter defundamentales dejando en claro que protege todos los derechos que se fundan en la dignidad del hombre y en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho o la forma republicana de gobierno.

Por tanto, de acuerdo a los fines propios de la política criminal peruana, el principio de garantía de los derechos fundamentales de la persona deberá ser tenido en cuenta al momento de dictar leyes o normas reglamentarias o al adoptar medidas ejecutivas o judiciales referidas a materia penal, procesal penal o de ejecución penal.

2.2.4.2. El principio de mínima intervención y subsidiariedad

penal:El principio de mínima intervención del derecho penal, parte de la idea de reconocer el carácter violento y de afectación de derechos fundamentales que la sanción penal acarrea en los individuos. Tal violencia ejercida por el Estado sólo resulta justificada si se encuentra dirigida a proteger los bienes jurídicos más relevantes y necesarios para la vida en sociedad. En ese sentido, el derecho penal sólo deberá establecer consecuencias penales para conductas infractoras que afecten o pongan en peligro tales bienes jurídicos, dejando al derecho administrativo o civil la regulación de otros tipos de infracciones o vulneraciones al ordenamiento jurídico.

Tal y como señala Monroy (2013):

El principio de intervención mínima es un límite al *ius puniendi* estatal que consagra la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves a importantes bienes jurídicos y actuar sólo en aquellos casos en que las demás herramientas administrativas, religiosas, educativas, etc., no hayan sido efectivas para alcanzar el objetivo propuesto, siempre en bien de la seguridad jurídica, la libertad y la paz; todo ello por ser el derecho penal una pesada herramienta que priva o condiciona el goce de derechos fundamentales y limita la libertad. (p.28)

Evidentemente, este principio ha sido considerado para el ejercicio de la política criminal por parte del legislador penal en concreto, el mismo quedará tenerlo en cuenta al momento de considerar la creación o eliminación de delitos.

2.2.4.3. El principio de tolerancia:

La Declaración de Principios sobre la Tolerancia de la UNESCO, en su artículo primero, señala que se entiende por tolerancia, el respeto, aceptación y aprecio de la diversidad de culturas, de las formas de expresión y medios de ser humanos. La tolerancia consiste en la armonía con la diferencia. Conforme al respeto de los derechos humanos, practicar la tolerancia no significa tolerar la injusticia social ni renunciar a las convicciones personales o atemperarlas. Significa que toda persona es libre de adherirse a sus propias convicciones y acepta que los demás se adhieran a las suyas. Significa aceptar el hecho de que los seres humanos, naturalmente caracterizados por la diversidad de su aspecto, su situación, su forma de expresarse, su comportamiento y sus valores, tienen derecho a vivir en paz y a ser como son. También significa que uno no ha de imponer sus opiniones a los demás.

En su artículo segundo señala la función del Estado en torno a la tolerancia: la tolerancia exige justicia e imparcialidad en la legislación, en la aplicación de la ley y en el ejercicio de los poderes judicial y administrativo. Asimismo, exige que toda persona pueda disfrutar de oportunidades económicas y sociales sin ninguna discriminación. Se señala que, a fin de instaurar una sociedad más tolerante, los Estados han de ratificar las convenciones internacionales existentes en materia de derechos humanos y, cuando sea necesario, elaborar una nueva legislación, que garantice la igualdad de trato y oportunidades a todos los grupos e

individuos de la sociedad. Establece que es esencial que los individuos, las comunidades y las naciones acepten y respeten el carácter multicultural de la familia humana. Sin tolerancia no puede haber paz, y sin paz no puede haber desarrollo ni democracia. La intolerancia puede revestir la forma de la marginación de grupos vulnerables y de su exclusión de la participación social y política, así como de la violencia y la discriminación contra ellos. Como confirma el Artículo 1.2 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, "todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes".

El principio de tolerancia en materia de política criminal, a nuestro entender está ligado a los principios de mínima intervención y no discriminación, ya que la tolerancia implica permitir o aceptar los comportamientos, creencias o ideologías distintos y a veces contrapuestos, que normalmente existen entre las personas, en razón asu cultura, religión o formación intelectual. Ello supone en principio la prohibición de criminalizar tales comportamientos, creencias o ideologías, siempre que éstos a su vez respeten los derechos de los demás, así como el orden público y las buenas costumbres.

2.2.4.4. El principio de humanidad de las sanciones penales:

El principio de humanidad de las sanciones penales supone que las penas, tanto al momento de ser establecidas normativamente, al momento de ser impuestas por los órganos jurisdiccionales, como

al momento de ser ejecutadas por las autoridades penitenciarias, deben serlo respetando los derechos fundamentales de las personas, que, aunque en su ejercicio tienen claros límites, no pueden ser vaciados de su contenido.

Como señala De la Cuesta (2016), tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en derecho penal: la proscripción de toda pena y trato inhumano o degradante, la orientación resocializadora de la pena y la atención a las víctimas de todo delito. Este principio es consecuente con el fin supremo de protección de la dignidad de la persona humana previsto tanto en la Constitución como en los tratados internacionales. A modo de ejemplo, en lo que toca a la proscripción de toda pena inhumana y a su orientación resocializadora, refiriéndose a la pena de prisión perpetua o de muy larga duración, De la Cuesta (2016) señala lo siguiente:

En este sentido, el carácter inhumano de la cadena perpetua se discute desde hace más de dos siglos; y puede extenderse también a las penas de muy larga duración. Los negativos efectos psicológicos y sociales generalmente ligados al internamiento de larga duración –que se ven ciertamente agravados si a ello se añade la aniquilación de toda esperanza de posible liberación y las duras circunstancias que suelen acompañarlos (lo que incrementa sin duda el riesgo de suicidio en prisión)–, pueden convertirlas en una especie de “tortura lenta y mutilación psíquica” y constituyen en este sentido un importante argumento de peso en contra de la conciliación de esas penas con el principio de humanidad. (p.49-50)

En relación a lo antes mencionado, conviene en este punto reflexionar en torno a la pena privativa de libertad, que como sabemos está permitida en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

La pena privativa de libertad

Siguiendo a Bidart Campos, podemos afirmar que la libertad es un statuso situación del hombre que, presuponiendo el libre albedrío, equilibra el dualismo persona – Estado. Ello supone que a todo ser humano se le reconozca la condición de persona jurídica, que tenga autonomía personal (como zona de reserva de la privacidad), que pueda realizar todo lo que no está prohibido y que con su ejercicio pueda realizar actos jurídicamente relevantes (Bidart, 1989, p.29-30). La libertad es pues la condición que le permite al hombre ser quien es, desarrollar su personalidad y potencialidades en una comunidad, sin mayor límite que las reglas establecidas para dicha comunidad.

La libertad personal o individual es por tanto uno de los principales derechos fundamentales de la persona y como tal, se encuentra protegido en la Constitución Política del Perú que en el numeral 24 de su artículo segundo proscribiera cualquier tipo de restricción a la misma, salvo los casos previstos por la ley.

Es así que la propia Constitución dispone que nadie puede ser detenido salvo por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito y que nadie será

procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

La pena privativa de libertad es una sanción penal impuesta por la comisión de un delito, por lo que existe como una expresión concreta de los límites al ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal, encontrando su justificación en las finalidades preventivo general y preventivo especial que la sanción penal cumple para con la sociedad, a las cuales ya nos hemos referido.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en sentencias como las recaídas en los expedientes 1097-2007-PHC/TC y 1091-2002-HC/TC, ha explicado los límites al ejercicio del derecho a la libertad individual. Se ha referido a límites intrínsecos y extrínsecos, siendo que en el caso de estos últimos su fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales. Asimismo, ha señalado que la validez de dichos límites depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En relación a ello, anota César San Martín (2003):

Hoy en día existe un consenso básico en que el Estado tiene el deber social de combatir la delincuencia, de garantizar la seguridad ciudadana; a este propósito sirve el proceso penal. Desde esta perspectiva, Roxín apunta lo siguiente: 1) Que para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las

injerencias en la esfera individual, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal; 2) Que la privación de libertad, entre la que destaca la prisión preventiva, es la injerencia más grave en la libertad individual, la cual – insiste – deviene indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente; y, 3) Que el principio de proporcionalidad, de relevancia constitucional, permite configurar la privación de libertad a lo estrictamente necesario, articulando sus finalidades y presupuestos de modo tal que asegure el orden a través de la persecución penal y proteja la esfera de libertad del ciudadano. (p.165)

De la Cuesta (2016), citando a Beristain, deja en claro que las penas de larga duración entrañan daños irreversibles para los internos, por lo que no deberían exceder los 15 años de duración, siendo que para el caso de internos cuya peligrosidad se hubiera comprobado durante la ejecución de la condena, algunos ordenamientos han previsto alternativas a ser ejecutadas con posterioridad a la misma, tales como la “custodia de seguridad” en Alemania y la “libertad vigilada” en España.

Por lo demás, resulta obvio que el internamiento en un centro penitenciario entraña daños psicológicos en los internos, tal y como apunta Hilda Marchiori (2009):

Si la situación de ingreso a una institución penitenciaria representa un verdadero stress para el individuo por el cambio existencial que debe realizar de su modo de vida, pérdida de la libertad, de su familia, del trabajo, la situación de egreso también provoca una intensa angustia y temor a enfrentarse con el medio social. (p.213)

Rodríguez (2019) detalla efectos negativos no sólo psicológicos, como la hipervigilancia, ansiedad, despersonalización, desconfianza, distanciamiento emocional, disminución de la autoestima, pérdida de intimidad, síntomas de estrés post-traumático, depresión, etc., sino también alteraciones somáticas y sociales, tal y como el trastorno adaptativo. (p.15-24)

De hecho, no es desconocido que la reclusión no sólo acarrea daños psicológicos en los internos, sino que los somete a riesgos que comprometen su seguridad e integridad personal, sobre todo por la convivencia forzada con otros internos que pueden tener comportamientos altamente antisociales.

Durante la ejecución de la pena se ponen en juego, quizá en mayor medida que en otras circunstancias, la vigencia de un número importante de derechos fundamentales, así como el control de la ejecución de la privación de la libertad. Todos estos derechos se encuentran expresamente reconocidos en los textos constitucionales y en tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por los Estados de la región.

Los informes del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) así como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, describen las inadecuadas condiciones de reclusión en muchos países del hemisferio. Las condiciones carcelarias van de “generalmente malas” a “extremadamente inclementes”, y en ciertas ocasiones pueden representar “una amenaza para la salud de la sociedad y la seguridad de los privados de libertad”. Un reciente programa televisivo de mucho prestigio: The National Geographic Society ha presentado recientemente en su programa World’s Toughest Prisons, las cárceles de Santa

Marta (México) y Lurigancho (Perú); como ejemplo de las condiciones carcelarias más difíciles y peligrosas del mundo. (Ávila, 2011, p.3)

Pues bien, de lo antes señalado queda claro que la imposición de una pena privativa de libertad supone el más alto grado de afectación al derecho a la libertad individual de una persona, por lo que la validez de una medida de tal naturaleza dependerá de que la misma sea conforme con el principio de proporcionalidad.

Estando a ello, resulta válido someter a un análisis de proporcionalidad el caso de personas que, sin poseer un historial delictivo previo (delincuentes primarios), hubieran desplegado acciones concretas, posteriores a la comisión de un delito contra la administración pública, en virtud a las cuales se pueda evidenciar la existencia de arrepentimiento, más aun, teniendo en cuenta que la estancia en prisión acrecienta la posibilidad de que un reo adquiera hábitos antisociales que frustrarán su adecuada reinserción en la sociedad, incumpléndose por tanto la finalidad preventivo especial positiva de la pena.

Así, García (2003), citado por Feoli y Sáenz (2019), señala lo siguiente:

La prisionalización, la adopción de la subcultura carcelaria, comporta (...) la aceptación del rol de preso (socialmente desvalorizado), la acumulación de información sobre el funcionamiento de la cárcel, la modificación de los modos de comer, vestir, dormir y trabajar, el uso del argot carcelario, el reconocimiento de no estar en deuda con la institución por satisfacer sus necesidades básicas, y el deseo de un buen trabajo en el establecimiento.

Con todo (...) lo que trasciende en el proceso de prisionalización son los efectos transformadores de la personalidad del interno que harán muy difícil una adaptación posterior a la comunidad libre, justamente porque la adopción de esa subcultura carcelaria supone una pérdida de elementos culturales propios de la sociedad libre. (p. 14-15).

En efecto, resulta lógico inferir que la estancia en una prisión acarrea una pérdida de las prácticas, roles o comportamientos que la persona llevaba a cabo en la comunidad, las mismas que se verán reemplazadas por prácticas, roles o comportamientos propios de una subcultura carcelaria en la que el haber cometido o cometer delitos representa la normalidad. En consonancia con ello, existen estudios como el llevado a cabo por Feoli y Sáenz (2019), el cual sugiere que el internamiento en una prisión, comparado con otras sanciones penales, incrementa las posibilidades de reincidencia en la comisión de delitos (p. 24).

Por otro lado, lo antes señalado respecto al test o principio de proporcionalidad deja en claro que, en materia de política criminal, todos los principios orientadores se encuentran estrechamente vinculados. Así pues, la aplicación del principio de humanidad de la pena, implicará que, al adoptar decisiones de política criminal de carácter legislativo, judicial o ejecutivo respecto a la sanción penal por un delito determinado, debe propugnarse la mínima afectación a los derechos fundamentales de la persona condenada, persiguiendo su resocialización, teniendo en cuenta el marco legal aplicable.

2.2.4.5. Principio de proporcionalidad:

Como ya se ha señalado, el principio de proporcionalidad se encuentra dirigido a establecer si la afectación abstracta o concreta de un derecho fundamental, a causa de la emisión de una norma penal o por la imposición de una sanción, es legítima o no dentro del ordenamiento jurídico (Caro, 2013).

Muchas veces se presentan casos en los que un derecho fundamental u otro principio o valor constitucional, entra en conflicto con otro derecho o con otros principios y valores del mismo rango normativo. La única forma de superar el conflicto, es realizar una ponderación entre ambos para determinar cuál de los derechos o valores tendrá mayor peso para resolver el caso en concreto.

La ponderación supone realizar un ejercicio comparativo al que se conoce como test de proporcionalidad o ponderación, que a nuestro entender resulta idóneo para determinar la validez de cualquier limitación a un derecho fundamental. Este método, consiste en establecer si una limitación dada a un derecho constitucional, emanada de otro derecho o principio constitucional, resulta legítima por ser razonable o proporcional para solucionar un problema concreto.

Como señala Lopera Mesa (2011), en virtud al principio de proporcionalidad:

(...) una medida que afecta un derecho fundamental (o algún otro contenido constitucional susceptible de operar como principio) sólo es válida a condición de que sea idónea para contribuir al logro de un fin legítimo(constitucionalmente justificado); necesaria, en tanto no existan alternativas que permitan lograr el mismo fin con un menor sacrificio para los principios constitucionales afectados por la medida enjuiciada; finalmente, que ésta sea proporcional en sentido estricto, lo que ocurrirá cuando los beneficios que la medida reporta, en términos de contribución al logro de un fin constitucionalmente justificado, compensen los sacrificios que aquella representa para los derechos fundamentales u otros principios constitucionales afectados con la medida enjuiciada. (p.114-115)

Al igual que Lopera, Moreso (2009) señala lo siguiente:

Este principio comprende tres subprincipios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario – que no exista otro menos lesivo – para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, formulada en la denominada ley del balance: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. (p. 226-227).

En consecuencia, efectuar el test de proporcionalidad implicará, primero establecer si la medida limitante de un derecho es adecuada para preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Si resulta que la limitación es adecuada, se pasará a analizar su necesidad; es decir, se verificará que la medida limitante

es la necesaria para preservar el otro derecho o bien, lo cual implica descartar que el mismo pueda ser preservado a través de medidas menos lesivas. Finalmente, si la medida es adecuada y necesaria, se analizará si la misma resulta proporcional; lo que quiere decir que el grado de afectación al derecho que se ve limitado debe ser el estrictamente necesario para lograr preservar el otro derecho o bien constitucionalmente protegido.

En términos de política criminal, el principio de proporcionalidad debe ser tenido en cuenta tanto por el legislador como por los jueces, al momento de establecer o modificar penas o medidas de seguridad, como también al momento de imponer dichas penas o medidas de seguridad, lo que supondrá una labor de ponderación.

2.2.4.6. El principio de resocialización

Con anterioridad nos hemos referido a este principio al hablar de la exigencia constitucional referida a que el régimen penitenciario debe perseguir la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Esta finalidad es común para todas las penas en un estado social y democrático de derecho como es el caso del Perú. No obstante, es fácil darse cuenta que el legislador parece no haber tenido en cuenta dicho principio al momento de legislar durante los últimos años.

Prado (2018) nos dice al respecto:

(...) la realidad actual nos muestra que ninguna de esas normas ha logrado direccionar o controlar los objetivos, modalidades y formas de ejecución del

castigo penal. Por el contrario, la experiencia reciente de las dos últimas décadas, han puesto en evidencia la exploración y consolidación paulatina de programas punitivos radicales que siguen, a su manera, las orientaciones funcionales que al castigo conceden las teorías expresivas de la pena. En ese contexto, pues, la pena es colocada como un instrumento de comunicación social dirigido a mitigar los sentimientos de indignación colectiva que producen la inseguridad ciudadana, la violencia sexual y de género, así como la corrupción generalizada de las personas expuestas políticamente. Para ello, el Estado introduce o ensaya discursos conocidos de seguridad y orden que se comunican a la comunidad a través de la regulación y aplicación de castigos excesivos, que buscan el aislamiento, la inocuidad o la exclusión de una delincuencia peligrosa e incorregible, que la ciudadanía identifica, de manera cada vez más internalizada, como una amenaza activa o latente. (p.110)

Creemos pues, que resultará ser una sana y coherente medida de política criminal, conciliar las disposiciones constitucionales y los principios establecidos en la Ley N° 29807 y su reglamento con la diversa legislación que actualmente penaliza los delitos en el Perú, específicamente los delitos de corrupción de funcionarios y contra la administración pública.

2.2.4.7. Principio de eficiencia y racionalidad:

Este principio también se encuentra ligado al principio de mínima intervención. Se refiere a que debe haber un criterio racionalizador al emitir o utilizar las normas penales, persiguiendo siempre la eficacia y eficiencia en el control de la sociedad. En términos económicos la eficiencia entraña conseguir un resultado con el

menor empleo de recursos posible, maximizando su valor. Traslado al ámbito del derecho penal, podemos afirmar que este principio implica que, en la búsqueda del control social eficaz, se deben emplear los medios más adecuados y proporcionales para lograr dicho cometido, sin afectar injustificadamente los derechos fundamentales de las personas y evitando utilizar recursos estatales innecesarios.

2.2.4.8. Principio de legalidad:

El Artículo II del Código Penal establece que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Dicho artículo describe el contenido del llamado principio de legalidad, el mismo que configura la garantía estatal de que no se perseguirá, procesará o sancionará penalmente a alguien sino sólo por la comisión de un acto u omisión previamente establecido en la ley como delito y que igualmente no se le aplicará otra pena, sino la que hubiera sido establecida previamente en dicha ley.

Bacigalupo (2005) señala que el principio de legalidad, conjuntamente con los principios de culpabilidad, proporcionalidad y la prohibición de bis in ídem, son los principios del derecho penal que constituyen la concreción del estado de derecho. Además, señala que en la actualidad no hay discusión alguna de la vinculación de la ley penal con estos principios superiores.

La fuerza legitimadora de este principio, según menciona José Caro John, se aprecia a través de cuatro garantías: la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*), la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*) y la prohibición de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*) (Caro, 2013).

Sobre el fundamento de dicho principio, Bacigalupo (1999) señala:

(...) la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, sobre todo porque este principio tiene funciones de diverso orden. Por un lado, determina las condiciones de legitimidad constitucional de la pena, garantizando un origen democrático del derecho penal, así como la objetividad de su contenido. Así se debe entender la existencia de la ley (escrita) y la prohibición de la analogía, que garantizan que sólo el Parlamento puede limitar el derecho a la libertad mediante la amenaza de penas, y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley. Por otro lado, estas exigencias resultan necesarias para el establecimiento de un derecho penal de culpabilidad que, al menos, condicione la responsabilidad penal al posible conocimiento de las prohibiciones y mandatos legales y de sus consecuencias. (p.49)

En lo que respecta a los fines de la política criminal del estado, el principio de legalidad supone obligaciones, tanto para el legislador como para el juez, siendo que tales obligaciones se derivan de sus consecuencias prácticas: prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, salvo que beneficie al reo, prohibición de aplicar normas legales no publicadas, prohibición de aplicar analógicamente las normas penales y prohibición de emitir normas penales indeterminadas o imprecisas.

2.2.5. Los fines de la pena en el código penal peruano:

No podemos soslayar la importancia que, para la adopción de una coherente política criminal respecto a las sanciones penales en los casos de delitos contra la administración pública, poseen los principios establecidos en el Título Preliminar del Código Penal Peruano referidos a la finalidad de la pena. Antes de referirnos a ellos, sin embargo, es menester tener en claro los conceptos que doctrinalmente se han construido sobre el particular.

2.2.5.1. La pena:

El concepto de pena se encuentra estrechamente ligado al concepto de derecho penal, pues como afirma Mezger (1955): *“Derecho penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido”*. (p.27)

El derecho penal debe regular los actos y omisiones que atentan contra las más elementales condiciones de la vida en sociedad. Dichos actos y omisiones deben ser evitados, desincentivados, esto es, prevenidos y es por ello que el derecho penal debe regular también la imposición de las sanciones proporcionales a la infracción cometida, es decir, las penas.

La pena simplemente es la sanción que el legislador ha establecido ante la comisión del acto u omisión que ha considerado delito y que debe ser proporcional a dicho delito.

Lo relevante del concepto de la sanción penal es explicar su justificación, así como su propósito o finalidad.

En torno a su justificación, Muñoz Conde (2001) señala:

“La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales (...) Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible (...)” (p.70)

Sin embargo, es en lo que respecta a la finalidad o propósito de la pena en donde existen diversas posturas o teorías que, en suma, pueden describirse de la siguiente manera:

2.2.5.2. Teorías sobre la finalidad de la pena

Siguiendo a García (2008), podemos afirmar que se conocen en principio dos grandes tipos o clases de teorías que pretenden explicar la finalidad de la pena: por un lado, las llamadas teorías absolutas, que se centran simplemente en el carácter retributivo de la pena, que la consideran como la justa venganza social ejecutada por el Estado contra los delincuentes, o como un fin en sí mismas. Por otro lado, las teorías relativas, que consideran a la pena como un mal necesario, pues resulta útil para la vida en sociedad, destacando el carácter preventivo que la pena conlleva.

La explicación de la finalidad de la pena como la simple búsqueda de retribución por parte de la misma, resulta cuestionable básicamente porque no se advierte que la sociedad o el criminal obtengan algún beneficio de la pena entendida de esa manera. Así pues, el profesor Abanto Vásquez citando a Weigend, acota que la

misma no ofrecería ningún argumento de legitimación para el ejercicio del *ius puniendi* ya que:

“¿De dónde se arroga el Estado el derecho de secular e intervenir masivamente en los derechos fundamentales de sus ciudadanos sin con ello perseguir finalidades sociales positivas?” (Weigend citado en Abanto, 2013, p.45-46)

Por otro lado, entre las teorías relativas, encontramos las teorías de la prevención general y especial, así como la teoría de reestabilización de la pena de Gunther Jakobs, que éste denomina “prevención general positiva”, al igual que la teoría esbozada por Welzel (García, 2008).

Las teorías de la prevención general se caracterizan por señalar que la pena constituye un mensaje para la colectividad, para la generalidad de la sociedad, mensaje que puede tener un contenido negativo o positivo. Así pues, la teoría de la prevención general negativa concibe a esta como una forma de intimidación a la ciudadanía para no cometer delitos (García, 2008).

La teoría de la prevención general positiva, propugnada originalmente por Hans Welzel, concibe a la pena como una forma de fortalecer la convicción en la ciudadanía de la intangibilidad de los bienes jurídicos protegidos con los diversos tipos penales (García, 2008).

Para Jakobs, por su parte, la pena tiene una finalidad reestabilizadora: *“La reestabilización de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente la conducta defraudatoria, con lo que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que estas siguen siendo modelo de orientación social. Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad”* (García, 2008, p.56).

Por otro lado, la teoría de la prevención especial, en la versión que podríamos llamar negativa, concibe a la pena como una señal para el individuo que delinque, una señal intimidatoria a fin de que no vuelva a cometer hechos delictivos. (García, 2008).

Esta teoría, sin embargo, también incluye una faceta que podríamos denominar positiva, pues comprende también un fin resocializador que la pena posee respecto a cada delincuente, fin que en el caso peruano se ha consagrado a nivel constitucional inclusive, dando lugar, además, a la creación de mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad. Como bien señala Ivan Meini (2018):

El arraigo que logró la idea de resocialización, junto al datocriminológico de que las cárceles no contribuyen a la reeducación, permitió que la doctrina postulara alternativas penales menos aflictivas que la privación

de libertad y que eviten los efectos nocivos del encierro. En este contexto adquirieron especial importancia los mecanismos para sustituir la pena de prisión. (p.150)

Existen también otras teorías, que podemos denominar mixtas y que intentan explicar la finalidad de la pena utilizando los argumentos antes señalados en una especie de sincretismo.

Así pues, el profesor Claus Roxin adoptó una posición según la cual, existen finalidades distintas de acuerdo a los momentos en que la pena se manifiesta ante la sociedad:

1. Al momento de vincular una conducta determinada con una sanción penal, esta amenaza de pena tendría, exclusivamente, una función preventivo-general con el objetivo de tutelar bienes jurídicos. 2. En la fase de la imposición y medición de la pena, deberán considerarse por igual la prevención general y la prevención especial. La imposición de la sanción penal deberá buscar tanto el mantenimiento de la paz social como también las posibilidades de resocialización del condenado (...) 3. Por último, durante la ejecución de la pena, solamente se justificaría la prevención especial en el sentido de resocialización (...) Pero tampoco aquí deberá olvidarse la prevención general a fin de que la conminación penal no pierda por completo su función motivadora.... (Abanto, 2013, p.60-62)

2.2.5.3. Toma de posición:

Por nuestra parte creemos que es imposible negar que el derecho en general y el derecho penal en particular, tienen como finalidad la búsqueda de la paz social para que los seres humanos que interactúan en dicha sociedad puedan desarrollarse a plenitud.

En ese sentido, la finalidad de la pena no puede ser ajena a la necesidad de lograr la paz social y está claro que dicha paz social se logra fundamentalmente con la prevención de los delitos.

Ahora bien, creemos que tanto la prevención especial como la prevención general, en su vertiente positiva, explican la finalidad de la pena en un estado social y democrático de derecho, no siendo concebible que sólo una de ellas pueda sustentar dicha finalidad.

Así pues, el profesor Santiago Mir Puig (1982), señala que:

“...un estado democrático ha de apoyar a su Derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad...” (p.31).

Sin embargo, también señala que:

“...el Derecho Penal no sólo 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 (...) Ello debe reflejarse, en primer lugar, en el momento judicial de determinación de la pena: ha de impedir así la imposición de ésta o de su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización...” (Mir Puig, 1982, p.33-34).

Creemos que cuando el profesor Mir Puig hace alusión a supuestos en los que la imposición de la pena no resulta absolutamente necesaria para la protección de la sociedad y en los que a su

vez aparece como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización, se está refiriendo a aquellos casos en que el reproche social no es significativo debido a la escasa gravedad del hecho punible cometido y en los que además, debido a las circunstancias del caso concreto, no resulte apropiada dicha imposición.

Por nuestra parte sostenemos que, ante delitos de especial gravedad como los delitos contra la administración pública, sólo la imposición de una pena que implique con claridad una carga para el condenado, aún en grado mínimo, cubrirá las necesidades de prevención general y, por ende, dichas necesidades no serán cubiertas cuando la sanción impuesta adolezca de tal contenido.

Podemos concluir, por tanto, que, si bien existe una garantía en favor de los delincuentes referida a que la pena que se les impondrá, durante su ejecución, tiene por objeto su reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad y que es innegable su función resocializadora, también podemos afirmar, junto con Jakobs, que resulta insoslayable la existencia de una finalidad preventiva general para “reestabilizar” las expectativas normativas esenciales de la colectividad. (Jakobs, 1996).

En ese sentido, el legislador no debe permitir que los órganos jurisdiccionales soslayen la función preventivo general de la pena, en el sentido de reestabilización al que Jakobs alude al señalar:

“El Derecho Penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma...” (Jakobs, 1996, p.19).

2.2.5.4. La finalidad de la pena de acuerdo al Título

Preliminar del Código Penal:

Los artículos I y IX del Título Preliminar del Código Penal son claros al establecer la finalidad preventiva de la pena y del derecho penal, añadiendo, además las finalidades protectora y resocializadora. El hecho de que se haya establecido como finalidad de la pena la prevención, conjuntamente con la protección y la resocialización, implica que en nuestro ordenamiento jurídico son admisibles los postulados tanto de la teoría de la prevención general positiva, como de la teoría de la prevención especial positiva de la pena.

Al respecto, Prado Saldarriaga (1992) nos dice:

El Código del 91 asume, pues, una opción funcional preventivo – mixta y reconoce posibilidades preventivo- generales y preventivo-especiales. Luego, los artículos IV, VII y VIII del Título Preliminar complementan el sentido de los artículos I y IX con exigencias de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad. Por consiguiente, el legislador ha retornado a los planteamientos dialécticos unitarios de ROXIN. (p.110-111)

En tal sentido, político criminalmente, deberá tenerse en cuenta esa dualidad de funciones que toda sanción penal debe cumplir, en armonía con la Constitución Política del Perú.

Pues bien, de forma coherente con la finalidad preventivo especial positiva y resocializadora de las sanciones penales, nuestro código penal ha previsto algunos mecanismos destinados a evitar la ejecución de penas privativas de libertad, los cuales describiremos a continuación.

2.3. Mecanismos alternativos a la ejecución de la pena privativa de libertad previstos en el Código Penal

2.3.1. La Reserva del fallo condenatorio

La reserva del fallo condenatorio se encuentra regulada en los artículos 62° a 67° del Código Penal. Consiste en un mecanismo legal otorgado a los jueces penales para que, en los casos en los que, de circunstancias verificables al momento de expedición de una sentencia, pudiera concluir que el procesado no cometerá nuevo delito, de forma motivada pueda decidir no emitir la condena que correspondía según el delito, sino reservarse la emisión de dicha condena. Ello implica una abstención del juez para dictar la parte resolutive de la sentencia penal, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que resulten procedentes.

Como señala Oré (1996), se puede inscribir a la reserva del fallo condenatorio, como una limitación al *ius puniendi*, por razones de eficacia y mínima afectación social. Como una renuncia condicional a la condena en delitos de menor gravedad.

El Código Penal establece como requisito principal para que este mecanismo pueda operar, la existencia de un pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado, el que debe ser debidamente motivado en todos los casos. Asimismo, el artículo 62° establece taxativamente los supuestos en los que es posible aplicar este mecanismo, siendo los siguientes:

- 1). Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa.
- 2). Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.
- 3). Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

La reserva del fallo condenatorio puede disponerse hasta por tres años, tiempo en el cual el beneficiado será sometido a un período de prueba, respecto al cual el juez dispone de manera motivada la imposición de ciertas reglas de conducta que, de no ser cumplidas por el procesado, pueden dar lugar a la revocación del beneficio otorgado.

Estas reglas de conducta, pese a que tienen un efecto limitador en la esfera de la libertad individual del agente y por tanto poseen un carácter sancionador, están configuradas, sobre todo, como medidas rehabilitadoras, tendentes a evitar que se cometa un nuevo delito.

En suma, la reserva del fallo condenatorio es un mecanismo que evita la imposición de una condena a un procesado, y que el legislador ha concedido para el caso de ciertos delitos no considerados de gravedad. Es de precisar que la Ley número 27770, ha proscrito la posibilidad de utilizar este mecanismo para el caso de delitos de corrupción de funcionarios o contra la administración pública tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

2.3.2. La suspensión de la ejecución de la pena

La suspensión de la ejecución de la pena se encuentra regulada en los artículos 57° al 61° del Código Penal. Se trata de un mecanismo legal en virtud al cual el juez penal puede suspender los efectos o la “ejecución” de la pena impuesta a un condenado, siempre y cuando se verifiquen cumulativamente tres supuestos:

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

La suspensión de la ejecución de la pena se puede prolongar por un período de entre uno a tres años, período dentro del cual el condenado se encontrará sometido a ciertas reglas de conducta, según la disposición del juez.

Estas reglas de conducta, si bien poseen un carácter sancionador (al implicar limitaciones a la esfera de la libertad individual del condenado), tienen principalmente propósitos rehabilitadores y de control, con la finalidad de evitar que dicho agente cometa nuevos delitos. La imposición de las referidas reglas de conducta dependerá de la decisión del juez.

El principal efecto de la suspensión de la ejecución de la pena se encuentra dirigido a evitar la ejecución de la pena privativa de libertad, a cambio de cumplir las llamadas reglas de conducta, cuya imposición depende de la decisión del juez.

Originalmente, la suspensión de la ejecución de la pena era un mecanismo abierto a ser aplicado a cualquier tipo de delito, siempre que la pena impuesta no superara los cuatro (4) años, tal y como explicaba Hurtado (1999):

Poco importa el tipo y la gravedad del delito que el condenado ha cometido. Lo decisivo es que la pena impuesta, de acuerdo con las reglas relativas a la individualización de la sanción (art. 46 y ss.), no supere el límite establecido en el art. 57. En consecuencia, la manera, el tiempo y el lugar de la perpetración, los medios usados; es decir, el tipo y la gravedad del delito no son determinantes para

suspender la ejecución de la pena. Estos factores son considerados, por el juez, al momento de individualizar la pena. Con razón afirmaba Angel Gustavo Cornejo que “la importancia o naturaleza del delito no entra en consideración para otorgar la condena condicional”. (p.78)

No obstante, ello, con el devenir del tiempo, el legislador decidió proscribir la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad para ciertos tipos de delitos. Específicamente, la Ley número 30710, modificó el artículo 57° del Código Penal estableciendo expresamente que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 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.

2.3.3. La conversión de la pena privativa de la libertad

La conversión de la pena se encuentra regulada en los artículos 52° a 56° del Código Penal, interesándonos para efectos del presente trabajo, lo relacionado a la conversión o sustitución de la pena privativa de libertad. La conversión de la pena es un mecanismo legal que permite al juez, luego de verificados ciertos supuestos, sustituir o cambiar una pena conminada por otra.

Como señala Prado (1999):

La conversión de penas es una forma de conmutación de sanciones. En tal sentido, pertenece a aquellas medidas alternativas que se conocen específicamente como sustitutivos penales. Consiste esencialmente en reemplazar una pena privativa de libertad, conminada o impuesta judicialmente, por otra sanción de distinta naturaleza. (p.56)

Ello implica que necesariamente habrá una condena y una sanción penal impuesta y ejecutada, pero que sin embargo será distinta a la pena privativa de libertad conminada. Entonces, el condenado no estará obligado a cumplir las reglas de conducta que el juez pudiera decidir imponerle, sino que efectivamente será sancionado con una pena prevista como tal en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

El Código Penal también establece que la conversión de la pena privativa de libertad puede ser revocada, ya sea por la no ejecución de la pena convertida, como por la ejecución de un nuevo delito doloso por parte del agente de un nuevo delito doloso.

En relación a las penas que pueden reemplazar a la pena privativa de libertad en virtud de la conversión, es de precisar que el Código Penal ha establecido en su artículo 32° hasta tres tipos de penas limitativas de derechos: la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 32° del Código Penal, tanto la prestación de servicios a la comunidad como la limitación de días libres pueden ser aplicadas de manera autónoma (cuando estén específicamente señaladas para cada delito) y también como

sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez, no sea superior a cuatro años.

Esto último resulta revelador, ya que a nuestro entender la finalidad político criminal de establecer que la sustitución de la pena sólo es posible para penas privativas de libertad no superiores a cuatro años, se encuentra dirigida a beneficiar únicamente a los condenados por la comisión de delitos que, ya sea por la pena máxima conminada en el tipo penal respectivo o por los hechos concretos advertidos por el juzgador, no revisten una excesiva gravedad.

El artículo 52° del Código Penal establece que en el caso de delitos quedieran lugar a la imposición de una pena privativa de libertad no mayor de dos (2) años, dicha pena puede ser convertida a pena de multa, mientras que en el caso de delitos que dieran lugar a la imposición de una pena privativa de libertad no mayor de cuatro (4) años, dicha pena puede ser convertida a pena de prestación de servicios a la comunidad, o a pena de limitación de días libres.

La principal ventaja que ofrece la imposición de una pena limitativa de derechos por sobre la pena privativa de libertad, es que no se someterá al condenado al estrés propio del encierro ni al riesgo de verse dañado física o psicológicamente al interior de un centro penitenciario. En ese sentido, la imposición de las penas limitativas de derechos resulta menos lesiva al principio de la dignidad de la persona humana.

A continuación, nos detendremos en cada tipo de pena que puede reemplazar a la pena privativa de libertad de conformidad al mecanismo de conversión previsto en el Código Penal.

2.3.3.1. La pena de prestación de servicios a la comunidad

Respecto a las penas limitativas de derechos que pueden imponerse en virtud de la conversión de la pena privativa de libertad, tenemos por un lado a la prestación de servicios a la comunidad, la cual implica el desarrollo de trabajo por parte del condenado, trabajo forzoso y gratuito en favor del estado o de entidades privadas con fines asistenciales o sociales.

Los lugares en los que puede ser prestado este trabajo gratuito en favor del estado y la naturaleza del mismo son diversos. Dicho trabajo puede ser ejecutado en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos y los trabajos a efectuar dependerán de las necesidades concretas que puedan existir. Nada impediría, por ejemplo, que los condenados a pena de prestación de servicios a la comunidad participen como parte de la mano de obra (calificada o no calificada) en las distintas obras o trabajos ejecutados por las entidades estatales o en la prestación de servicios públicos tales como el de baja policía u ornato público.

A nuestro entender, es innegable el efecto reeducativo y resocializador que la ejecución de la pena de prestación de servicios a la comunidad consigue respecto a la persona del

condenado y ello es así porque se afianzará en el aprendizaje de un oficio concreto que puede servirle para su desarrollo personal, ello sin necesidad de ser apartado de la sociedad, por lo que no será necesario reinsertarlo al interior de la misma. De la misma forma, creemos que la ejecución de la pena de prestación de servicios comunitarios tiene un innegable efecto preventivo general positivo, ya que ante la ciudadanía se verá cumplido el propósito de reafirmar la norma vulnerada por el delito cometido por el infractor, quien públicamente se verá obligado a trabajar para expiar su culpa y ello se logra de una forma tal que implica un ahorro al erario público (que no tendrá que ser afectado por la manutención de un recluso) y que hasta supone un beneficio económico para el estado debido al trabajo gratuito desarrollado por el condenado.

2.3.3.2. La pena de limitación de días libres

Otra pena limitativa de derechos la constituye la denominada limitación de días libres, la cual consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales. Tal obligación puede cumplirse también en instituciones privadas.

Esta pena tiene una naturaleza estrictamente formativa, no suponiendo mayor sacrificio para el penado que obligarlo a utilizar su tiempo libre para actividades formativas subvencionadas por el

estado y que a la postre lo benefician. A nuestro entender, este tipo de sanción penal cumple con las finalidades de resocialización de la pena; sin embargo, tiene una desventaja referida a la falta de claridad en el cumplimiento de la finalidad preventivo general de la pena, específicamente cuando nos referimos a condenados por la comisión de delitos de corrupción de funcionarios o contra la administración pública. Así pues, en tales casos no nos parece razonable que una medida restablecedora del orden jurídico vulnerado al haberse cometido un delito de dicha naturaleza, pueda consistir en el otorgamiento de capacitación o formación gratuita para el infractor por parte del estado, aún, disponiendo de su tiempo libre.

2.3.3.3. La Pena de Multa

La pena de multa implica establecer la obligación por parte del condenado a efectuar el pago de un monto dinerario en favor del estado. En tal sentido, dicha sanción tiene un efecto preventivo general especial claramente visible para el caso de delitos considerados de escasa gravedad. No obstante, ello, consideramos que se encuentra completamente desprovista de algún componente que pueda considerarse reeducador o rehabilitador con miras a la resocialización del condenado. Así pues, si bien en virtud a la finalidad preventivo especial positiva de la pena, se debe buscar la resocialización del delincuente, socializar no sólo implica introducir o mantener en la sociedad al penado, sino que también conlleva proporcionar los medios necesarios para evitar incurrir en

nuevas conductas antisociales.

2.3.3.4. La Pena de Vigilancia Electrónica Personal

La pena de vigilancia electrónica personal fue incorporada al Código Penal mediante la Ley número 29499, la que posteriormente fue modificada por el Decreto Legislativo número 1322. Esta pena tiene por objeto establecer un mecanismo de control para vigilar el tránsito de condenados dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o el lugar señalado por el condenado. Es decir, consiste en una restricción a la libertad de desplazamiento del condenado, que tiene la ventaja de evitar la reclusión del mismo en un centro penitenciario.

Actualmente, el artículo 5° del Decreto Legislativo número 1322 establece expresamente la improcedencia de esta pena para, entre otros, los delitos tipificados en los artículos 382, 383, 384, 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401 del Código Penal,

lo que incluye delitos de concusión, peculado y corrupción de funcionarios. Adicionalmente, establece que la conversión de la pena privativa de libertad a pena de vigilancia electrónica personal procederá únicamente respecto a delitos que tengan una pena conminada no mayor de 8 años de pena privativa de libertad.

Pues bien, a nuestro entender la imposición de una pena de vigilancia electrónica personal podría cumplir con la finalidad preventivo general positiva de la pena, ya que ante una evidente restricción a la libertad personal del delincuente, se reafirmará ante la sociedad la vigencia de las normas vulneradas con el delito cometido, sin embargo, al igual que en el caso de la pena de multa, la pena de vigilancia electrónica personal se encuentra completamente desprovista de cualquier utilidad con miras a lograr la reeducación y rehabilitación del penado y en tal sentido, no cumple con la finalidad preventivo especial positiva de la pena.

Finalmente debemos precisar que, al igual que para el caso de la reserva del fallo condenatorio, mediante la Ley número 27770, se proscribió la posibilidad de utilizar este mecanismo para el caso de delitos de corrupción de funcionarios o contra la administración pública tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

2.3.4. La exención de pena:

La exención de pena se encuentra regulada en el artículo 68° del Código Penal e implica que el juez penal pueda eximir de la pena privativa de libertad en casos de delitos de escasa gravedad. La exención implica que no existirá ningún tipo de sanción en contra del penado, por lo que la utilización de este mecanismo, en lo que se refiere a delitos contra la administración pública frustrará claramente la finalidad preventivo general especial del derecho

penal y de la pena.

Pues bien, habiendo tomado conocimiento de los parámetros y principios que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico se requieren para formular una coherente política criminal en torno a la imposición de penas respecto a los delitos contra la administración pública y conociendo además los mecanismos alternativos a la imposición o ejecución de la pena privativa de libertad previstos en nuestro código penal, corresponde describir la situación existente a fin de mostrar la comprobación de nuestra hipótesis.

Como veremos, en razón a los principios de proporcionalidad y resocialización, por un lado, así como a la necesidad de no vaciar de contenido a la finalidad preventivo general positiva de la pena, sólo efectuando modificaciones legislativas que proscriban la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y permitan la conversión de la misma en pena de prestación de servicios a la comunidad, se logrará un adecuado equilibrio entre la referida finalidad preventivo general y la finalidad preventivo especial de la pena, previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

2.4. Sujetos de la norma penal

En la presente investigación nos hemos enfocado en los denominados delincuentes primarios como destinatarios de la normativa que regula la aplicación de las penas para los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte

Especial del Código Penal. Asimismo, nuestra hipótesis exige que dichos delincuentes primarios hayan desplegado conductas que a criterio del juez evidencien arrepentimiento, por lo cual trataremos de conceptualizar dichos términos:

2.4.1. Delincuentes primarios:

Hurtado Pozo (1973), respecto a los delincuentes primarios señala lo siguiente:

Si se considera delincuente primario al que no ha sufrido en el Perú ni en el extranjero ninguna condena y al que condenado condicionalmente no dio lugar a la revocación, al rehabilitado, al amnistiado, bien podemos decir que la condena condicional está destinada a los delincuentes primarios (p. 73).

De acuerdo a ello y para efectos del presente trabajo, consideraremos delincuente primario a la persona que carece de condenas penales previas y vigentes.

2.4.2. Evidencia de arrepentimiento:

El arrepentimiento puede definirse en términos psicológicos como un estado emocional o cognitivo que conlleva un sentimiento de pena o congoja. Tal y como señala Landman citado por Malo (2013):

El arrepentimiento es un estado emocional y cognitivo de mayor o menor dolor, de sentimiento de pena por la mala suerte, las limitaciones, las pérdidas, las transgresiones o los errores. Es una mezcla de sentimiento y de razón, de razón y emoción. Las materias que se lamentan pueden ser

pecados de comisión o de omisión y pueden ir desde lo voluntario a lo incontrolable y accidental. Pueden ser actos ejecutados o mentales, cometidos por uno mismo o por otras personas o grupo. Y pueden ser transgresiones morales o legales o asuntos neutrales moralmente.

Tal estado emocional, en lo que respecta a delitos o transgresiones del pasado, puede ser evidenciado con acciones concretas del sujeto, tal y como pedir perdón por el mal comportamiento, reparar el daño ocasionado con la mala conducta, colaborar para el esclarecimiento de los hechos, etc.

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

Hasta el momento, creemos haber descrito sucintamente los aspectos principales que, de acuerdo a la Constitución Política del Perú, al Título Preliminar del Código Penal y a la Ley número 29807 y a su reglamento, deben ser tenidos en cuenta para desarrollar una adecuada política criminal en nuestro país.

Consideramos que el presente trabajo encara un problema real, por cuanto sostenemos que la forma en que está regulada la aplicación de penas para los casos de delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal no resulta ser la más coherente con las finalidades preventivo general y preventivo especial positivas, que justifican la existencia misma de las sanciones penales.

Ello es así, por cuanto para un grupo de dichos delitos se ha proscrito totalmente a nivel legislativo la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad, convertirla en otra pena o hacer reserva del fallo condenatorio, con lo cual sin que quepa distinción alguna, todas las personas condenadas por dichos delitos deberán purgar prisión efectiva. Asimismo, respecto al grupo restante, únicamente resulta posible legalmente efectuar la suspensión de la ejecución de la pena, lo que supondrá simplemente cumplir con ciertas reglas de conducta.

Estando a dicha realidad, entonces es válido preguntarse ¿Cuál es la medida político criminal más equilibrada para dar cumplimiento a las finalidades de prevención general y prevención especial positivas de la pena para el caso de

personas que delinquen por primera vez y que sean condenadas a cuatro o menos años de pena privativa de libertad por la comisión de los delitos contra la administración pública tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal?

Pues bien, teniendo en cuenta que la realidad antes descrita está determinada por la normatividad legal vigente que los jueces deben aplicar; es evidente que la medida político criminal adecuada, consistirá en una o más modificaciones legislativas, siempre, claro está, que sea realmente necesario efectuar dichas modificaciones legislativas.

Al respecto, nuestra hipótesis es que efectivamente, resultan necesarias modificaciones legislativas, por lo que teniendo en cuenta los aspectos previamente desarrollados, las modificaciones legislativas que proponemos efectuar son las siguientes:

En primer lugar, modificar el artículo 57° del Código Penal proscribiendo suspender la ejecución de la pena en los casos de los delitos tipificados en las secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

En segundo lugar, modificar el artículo tercero de la ley número 27770, restableciendo la posibilidad de convertir las penas privativas de libertad a la pena de prestación de servicios a la comunidad para el caso de los delitos tipificados en las secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, siempre y cuando el agente hubiera sido condenado por primera vez

y hubiera desplegado una conducta que a criterio del juez evidenciara arrepentimiento.

Para contrastar la validez de nuestra hipótesis, es preciso analizar si la actual legislación en materia penal referida a la imposición de penas privativas de libertad los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal para los casos de delincuentes primarios que evidenciaran arrepentimiento, resulta ser la más coherente con tales parámetros, los mismos que apuntan a equilibrar las finalidades preventivo generales y especiales positivas de la pena.

Para ello, debemos efectuar un diagnóstico de la situación actual y luego comparar dicha situación con las exigencias político criminales que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico y que pudieran implicar un cuestionamiento o falta de coherencia, dando lugar a un análisis de la compatibilidad de la legislación vigente con dichas exigencias político criminales mediante un test de proporcionalidad.

3.1. Diagnóstico de la situación actual

En tal sentido, empezaremos por diagnosticar la situación actual, debiéndose precisar que la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad o hacer reserva del fallo condenatorio en los casos antes descritos, actualmente se encuentra prohibida por la Ley número 27770. Adicionalmente, para el caso específico de los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal, se ha proscrito la posibilidad de suspender la

ejecución de la pena.

En tal sentido, actualmente los funcionarios o servidores públicos que hubieran cometido los delitos dolosos tipificados en los artículos antes señalados y que fueran condenados a pena privativa de libertad, sin importar sus muestras de arrepentimiento u otras condiciones personales, y que hayan sido condenados a pena privativa de libertad igual o menor a cuatro años, deberán cumplir con dicha pena privativa de libertad, debiendo para ello ser recluidos en un centro penitenciario. **Para efectos de nuestra argumentación, nos referiremos a este como el caso 1.**

De otro lado, en los casos de los funcionarios o servidores públicos que hubieran sido condenados por otros delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, los jueces penales están prohibidos de convertir sus penas privativas de libertad, sin embargo, están autorizados a suspender la ejecución de la pena. **Para efectos de nuestra argumentación, nos referiremos a este como el caso 2.**

3.2. Análisis de coherencia con los principios de política criminal de la situación revelada en el caso 1:

En principio, consideramos que se está cumpliendo el parámetro de respeto a los convenios internacionales suscritos por el Perú, ya que, se está penalizando a los delitos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal.

Por otro lado, al obligar a los condenados por los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal a cumplir la pena de prisión, se cumple la finalidad preventivo general positiva de la pena, pues ante la sociedad se habrá reafirmado con claridad la vigencia de las normas vulneradas con el accionar delictivo. La norma penal como protectora de los bienes jurídicos afectados muestra plenamente su vigencia.

No obstante, cabe preguntarse si la efectiva ejecución de dicha sanción en todos los casos, será coherente con la finalidad preventivo especial positiva de la pena, esto es, con el principio de resocialización, conforme al cual, no debe obviarse la posibilidad de utilizar mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad efectiva, principio que es uno de los principios rectores de nuestra política criminal.

Así, efectuando un test de proporcionalidad, podemos advertir que la imposición y ejecución de una pena privativa de libertad será idónea o adecuada ante la comisión de un delito ya que busca reafirmar la validez de normas que fueron vulneradas (prevención general positiva), no obstante, debemos determinar si resulta estrictamente necesaria para lograr dicha finalidad en los casos de personas que delinquen por primera vez, condenadas a pena privativa de libertad igual o menor a los cuatro años, cuyo accionar evidencia arrepentimiento, ya que en nuestro ordenamiento jurídico penal podrían existir mecanismos que posiblemente cumplan con esa finalidad sin afectar su libertad individual.

Al tratarse de delincuentes primarios que han evidenciado arrepentimiento, recluirllos en una institución penitenciaria traería el efecto contrario al que se busca, esto es resocializarlos. Debemos determinar pues, cual o cuales serían los mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad que, además de cumplir con la exigencia de resocializar, cumplan también con la finalidad de prevención general positiva de la pena en casos de delitos contra la administración pública, a efectos de plantear modificaciones legislativas de ser el caso. Así pues, en función a las penas conminadas para los delitos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal, la reserva del fallo condenatorio, la suspensión de la ejecución de la pena y la conversión de la pena son los únicos mecanismos previstos en nuestra legislación penal.

La reserva del fallo condenatorio implica la ausencia de condena penal, la no ejecución de pena privativa de libertad y el cumplimiento de determinadas reglas de conducta que serán decididas en cada caso por el juez penal y que no necesariamente coinciden en esencia con los tipos de penas previstos en el código penal.

Puede afirmarse que las mencionadas reglas de conducta en esencia apuntan a la finalidad de resocialización del delincuente, por cuanto consisten en algunos casos, en mecanismos de control dirigidos a mantener a la persona alejada de ambientes u objetos comúnmente asociados con lo delictivo y en otros casos, consisten en el sometimiento a determinados tratamientos o programas psicológicos, laborales o

educativos concordantes con los componentes de reeducación y rehabilitación propios de la resocialización. Ental sentido, es claro que estas reglas de conducta satisfacen la necesidad de prevención especial positiva de la pena.

No obstante, estas reglas de conducta pueden ser percibidas por la colectividad, en lo que respecta al sometimiento del agente a determinados tratamientos o programas laborales o educativos organizados por el Estado y solventados por este (juntamente con los tratamientos psicológicos o de desintoxicación) como un beneficio que, en circunstancias normales, cualquier ciudadano que no ha delinquido tendría que pagar para obtener. En otros casos, representan prohibiciones o mandatos de fácil cumplimiento, tal y como la prohibición de frecuentar ciertos lugares o poseer ciertos objetos o la prohibición de ausentarse sin autorización judicial.

En consecuencia, tratándose de delitos contra la administración pública o de corrupción de funcionarios, la simple ejecución de estas reglas de conducta no cumplirá con la finalidad preventivo general positiva de la pena, ya que ante la sociedad, el que ha delinquido perjudicando al estado o a la administración pública resultará beneficiado por el propio estado o forzado a cumplir obligaciones que no requieren mayor esfuerzo ni entrañan dificultad, frustrándose por tanto la reafirmación social de la norma que fue vulnerada con el delito.

Por tanto, la reserva del fallo condenatorio es un mecanismo que no satisfacen la finalidad preventivo general positiva de la pena en los casos de los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal, por lo que será descartada.

La suspensión de la ejecución de la pena por su parte, implica condena penal, no ejecución de la pena privativa de libertad y al igual que en el caso anterior, el cumplimiento de determinadas reglas de conducta que serán decididas en cada caso por el juez penal y que no necesariamente coinciden en esencia con los tipos de penas previstas en el código penal. Estas reglas de conductas son esencialmente las mismas que las previstas para la reserva del fallo condenatorio.

En tal sentido, las reglas de conducta que pueden disponerse al momento de dictar una suspensión de ejecución de la pena apuntan, como ya se ha explicado, a la resocialización del delincuente y por tanto son conformes a la finalidad de prevención especial positiva de la pena.

No obstante, al igual que en el caso de la reserva del fallo condenatorio, y por los mismos argumentos, la suspensión de la ejecución de la pena es un mecanismo que no satisface la finalidad preventivo general positiva de la pena en los casos de los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal, por lo que también es descartada.

En lo que se refiere a la conversión de la pena, de conformidad al artículo 52° del Código Penal, la pena privativa de libertad no mayor de 4 años, puede ser convertida sólo en dos diferentes tipos de penas: limitación de días libres, o prestación de servicios a la comunidad ello debido a que, ninguno de los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal, tiene pena conminada menor a 3 años, por lo que no procedería en este caso la conversión a la pena de multa.

La limitación de días libres implica ponerse a disposición de una institución pública o privada, para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales, lo cual es solventado por el estado, siendo innegable que este tipo de sanción penal cumple una finalidad resocializadora, siendo concordante con la finalidad preventivo especial positiva de la pena.

No obstante, las medidas dispuestas como limitación de días libres, en esencia constituyen un beneficio que, en circunstancias normales, cualquier ciudadano que no ha delinquido tendría que pagar para obtener.

Por tanto, tratándose de delitos contra la administración pública o de corrupción de funcionarios, la limitación de días libres carecerá de efectos preventivo generales positivos, ya que, ante la sociedad, el que ha delinquido perjudicando al estado o a la administración pública resultará beneficiado por el propio estado, frustrándose por tanto la reafirmación social de la norma que fue vulnerada con el delito.

La vigilancia electrónica personal, si bien implica una afectación a la libertad de desplazamiento del condenado, lo que denota el cumplimiento de la finalidad preventivo general especial de la pena, no se aprecia que cumpla a cabalidad con la finalidad resocializadora de la pena, por cuanto si bien dicha resocialización incluye un componente de reincorporación del penado a la sociedad (que en este caso se vería logrado, al no alejarse al agente de su medio social) también debe poseer un contenido reeducador y rehabilitador para con el delincuente, lo que no se verifica en el presente caso, por lo cual el cumplimiento de la finalidad preventivo especial positiva no se llevará a cabo de forma plena.

La prestación de servicios a la comunidad, sin embargo, implica trabajo gratuito efectuado por el condenado en favor del estado o de la comunidad, lo que en el caso de delitos contra la administración pública o de corrupción de funcionarios, conlleva además del efecto sancionador, un mensaje de reparación por la confianza defraudada o el daño ocasionado al estado. En consecuencia, dicha pena satisface la finalidad preventivo general especial de las sanciones penales para este tipo de delitos.

Además, es claro que el condenado, al ejecutar un trabajo, se reeducará (manteniendo su autoestima y sentido de utilidad social) y rehabilitará (aprendiendo o mejorando sus habilidades laborales) para poder desarrollarse en el ámbito social sin incurrir en nuevos delitos.

En conclusión, regresando al test de proporcionalidad respecto a la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad en los casos de personas que hubieran delinquido por primera vez, condenados a pena privativa de libertad no mayor de 4 años, que hubieran cometido los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal y que evidenciaran arrepentimiento, se tiene que si bien dicha medida es idónea, no resulta necesaria ya que se podría lograr la finalidad de prevención general positiva convirtiendo la pena privativa de libertad en pena de prestación de servicios comunitarios.

No obstante, y como ya se ha explicado, actualmente la posibilidad de efectuar la conversión de la pena privativa de libertad para estos delitos se encuentra vedada por la ley número 27770, por lo que sería una sana y coherente medida de política criminal efectuar una modificación legislativa que permita dicha conversión.

3.3. Análisis de coherencia con los principios de política criminal de la situación revelada en el caso 2:

En cuanto a los demás delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, distintos a los tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del mismo cuerpo normativo, el legislador ha mantenido la posibilidad de aplicar el mecanismo de la suspensión de la ejecución de la pena.

Sobre el particular, como ya se ha señalado, la suspensión de la ejecución de la pena si bien supone una condena penal, implica la no ejecución de la pena privativa de libertad, dando lugar más bien al cumplimiento de determinadas reglas de conducta que serán decididas en cada caso por el juez penal y que no necesariamente coinciden en esencia con los tipos de penas previstos en el código penal.

Estas reglas de conducta, que como ya hemos explicado, se encuentran dirigidas a lograr la resocialización del delincuente, consisten en algunos casos en el sometimiento del agente a determinados tratamientos o programas laborales o educativos organizados por el Estado y solventados por este, programas que (juntamente con los tratamientos psicológicos) en esencia constituyen un beneficio que, en circunstancias normales, cualquier ciudadano que no ha delinquido tendría que pagar para obtener. En otros casos, las reglas de conducta consisten en prohibiciones o mandatos de fácil cumplimiento, tal y como la prohibición de frecuentar ciertos lugares o poseer ciertos objetos o la prohibición de ausentarse sin autorización judicial.

En consecuencia, tratándose de delitos contra la administración pública o de corrupción de funcionarios, la simple ejecución de estas reglas de conducta no cumplirá con la finalidad preventivo general positiva de la pena, ya que ante la sociedad, el que ha delinquido perjudicando al Estado o a la administración pública resultará beneficiado por el propio Estado o forzado a cumplir obligaciones que no requieren mayor esfuerzo ni entrañan dificultad, frustrándose por tanto la reafirmación social de la

norma que fue vulnerada con el delito.

Por tanto, la posibilidad de suspender la ejecución de la pena para los demás delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, distintos a los tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del mismo cuerpo normativo, debe ser proscrita legislativamente, al no satisfacerse con dicho mecanismo la finalidad preventivo general positiva de las sanciones penales.

Ahora bien, efectuando sólo dicha modificación legislativa, la situación de los delincuentes primarios que con su accionar hubieran evidenciado arrepentimiento por la comisión de estos delitos, sería la misma que la analizada en el **caso 1**. Por tanto, efectuando el test de proporcionalidad, se llegará a un resultado similar al de dicho **caso 1**, tal y como se muestra a continuación:

En principio, la pena privativa de libertad se muestra idónea para cumplir la finalidad preventivo general especial en el caso de delincuentes primarios que hubieran evidenciado arrepentimiento por la comisión de los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, distintos a los tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del mismo cuerpo normativo, ya que al efectivizarse revalidará ante la sociedad las normas que fueron vulneradas con el delito.

No obstante, debemos determinar si es necesaria; esto es, si existen o no, otros mecanismos previstos en la normativa que permitan cumplir con la misma finalidad preventivo general positiva de la pena, sin afectar en demasía el derecho a la libertad individual ni el principio de resocialización del condenado.

Habiéndose descartado la suspensión de la ejecución de la pena por los motivos ya expuestos y teniendo en cuenta las distintas penas conminadas en los delitos antes señalados, los posibles mecanismos alternativos serían los siguientes: reserva del fallo condenatorio, exención de pena y conversión de la pena privativa de libertad.

En cuanto a la reserva del fallo condenatorio, este mecanismo es descartado por las mismas razones ya expuestas respecto a la suspensión de la ejecución de la pena, determinándose que dichos mecanismos no cumplen con la finalidad preventivo general especial de la pena para casos de delitos contra la administración pública.

En lo que respecta a la conversión de la pena privativa de libertad, de acuerdo al tenor de lo establecido en el artículo 52 del Código Penal, puede ser convertida a pena de multa para los casos de delitos con penas no mayores a los dos años y con penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres para delitos con penas no mayores a los cuatro años.

Respecto a la pena de multa, se aprecia que cumplirá con la finalidad preventivo general positiva de la pena, al suponer una reafirmación ante

la sociedad, de la normativa vulnerada con el actuar irregular del delincuente.

No obstante, como ya se ha explicado, en lo que respecta a la resocialización, esta no sólo consiste en la simple reincorporación del penado a la sociedad (lo que en el caso de una pena de multa si se verificará) sino que también exige un contenido reeducador (lograr la formación interior del agente) y un contenido rehabilitador (dotar al agente de habilidades para la vida en sociedad), respecto a los cuales la sola pena de multa se encuentra completamente despojada. En tal sentido, la imposición de una pena de multa cumplirá con la finalidad resocializadora de la sanción penal.

Respecto a la pena de limitación de días libres, como ya se ha explicado, ésta está dirigida básicamente a lograr la resocialización del delincuente e implica ponerse a disposición de una institución pública o privada, para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales, lo cuales solventado por el estado, medidas que en esencia constituyen un beneficio que, en circunstancias normales, cualquier ciudadano que no ha delinquido tendría que pagar para obtener.

Por tanto, tratándose de delitos contra la administración pública o de corrupción de funcionarios, la limitación de días libres carecerá de efectos preventivo generales positivos, ya que, ante la sociedad, el que ha delinquido perjudicando al estado o a la administración pública resultará beneficiado por el propio estado, frustrándose por tanto la reafirmación social de la norma que fue vulnerada con el delito.

En relación a la pena de vigilancia electrónica personal, como ya se ha explicado, si bien cumpliría con la finalidad preventivo general positiva de la pena, al suponer una afectación a la libertad de desplazamiento del delincuente, se encuentra desprovista de cualquier función reeducadora y rehabilitadora, por lo que no cumpliría satisfactoriamente con la finalidad resocializadora de la sanción penal.

En efecto, como se ha mencionado, la resocialización implica tres aspectos: reincorporación del penado a la sociedad, reeducación y rehabilitación. Si bien la pena de vigilancia electrónica asegura la reincorporación (por cuanto el agente nunca se apartará de la sociedad), carece de cualquier implicancia en lo referido a reeducación y rehabilitación del delincuente, por lo cual apreciamos que no cumplirá plenamente con la finalidad preventivo especial positiva de la pena.

Finalmente, respecto a la pena de prestación de servicios a la comunidad, reiteramos que la misma implica trabajo gratuito efectuado por el condenado en favor del estado o de la comunidad, lo que en el caso de delitos contra la administración pública o de corrupción de funcionarios, conlleva además del efecto sancionador, un mensaje de reparación por la confianza defraudada o el daño ocasionado al estado. En consecuencia, dicha pena satisface la finalidad preventivo general especial de las sanciones penales para este tipo de delitos.

No obstante, como ya se ha señalado, actualmente la posibilidad de efectuar la conversión de la pena privativa de libertad para estos delitos

se encuentra vedada por la ley número 27770, por lo que sería una sana y coherente medida de política criminal efectuar una modificación legislativa que permita dicha conversión.

Pues bien, del diagnóstico realizado y del análisis efectuado respecto a los casos 1 y 2, creemos haber demostrado que resultan necesarias modificaciones legislativas que, por un lado, proscriban la posibilidad de suspender la ejecución de la pena y por otro, rehabiliten la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad a pena de prestación de servicios comunitarios, para los casos de los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal que hubieran sido cometidos por delincuentes condenados por primera vez, cuyo comportamiento evidenciara arrepentimiento, ello como una medida coherente de política criminal que equilibra las finalidades de prevención general y prevención especial positivas de la pena.

CAPÍTULO IV: FORMULACIÓN DE PROPUESTA

4.1. Fundamentos o Exposición de Motivos

Como se ha sustentado en el presente trabajo, la legislación penal actualmente vigente en nuestro país dirigida a regular la imposición de sanciones penales en casos de delitos contra la administración pública, no resulta coherente con los principios de política criminal que se desprenden de nuestra Constitución Política así como de la ley número 29807 y su reglamento, especialmente aquellos que suponen la necesidad de prevención general y prevención especial como justificantes de la sanción penal.

En efecto, como se ha establecido en el capítulo III, la posibilidad de convertirla pena privativa de libertad o hacer reserva del fallo condenatorio en los casos de los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, actualmente se encuentra prohibida por la Ley número 27770 y por otro lado, para el caso específico de los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal, se ha proscrito la posibilidad de suspender la ejecución de la pena.

Esta situación, conlleva que nuestra legislación actual no resulta acorde con la finalidad preventivo especial de la pena y la exigencia de resocialización, estando a que las personas que cometan los delitos dolosos tipificados en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo

389, 395, 396, 399, y 401 del Código Penal deberán purgar una pena privativa de libertad efectiva, sin tener en consideración la ausencia de condenas anteriores o el despliegue de conductas que revelen arrepentimiento por su parte.

No obstante, la solución no estriba simplemente en dejar sin efecto la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, pues aplicar dicho beneficio conlleva dejar a un lado la finalidad preventivo general de la sanción penal, ya que implica renunciar a reafirmar ante la sociedad la plena vigencia de las normas transgredidas por el delincuente y dicha afirmación es válida para todos los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal.

Así pues, la suspensión de la ejecución de la pena implica la no ejecución de la pena privativa de libertad, así como el cumplimiento de determinadas reglas de conducta que serán decididas en cada caso por el juez penal. El cumplimiento de estas reglas de conducta no cumplirá con la finalidad preventivo general positiva de la pena, ya que ante la sociedad, el que ha delinquido perjudicando al estado o a la administración pública, resultará beneficiado por el propio estado o forzado a cumplir obligaciones que no requieren mayor esfuerzo ni entrañan dificultad, frustrándose por tanto la reafirmación social de la norma que fue vulnerada con el delito, tal y como se ha explicado en el Capítulo III.

Lo mismo puede afirmarse respecto a la reserva del fallo condenatorio, pues también implicará el no cumplimiento de la finalidad preventivo general positiva de la pena, ya que no se reafirmará ante la sociedad la vigencia de las normas vulneradas con la comisión de los actos delictivos.

Las únicas alternativas restantes vienen dadas por la conversión de la pena a limitación de días libres, vigilancia electrónica, multa o prestación de servicios a la comunidad. No obstante, como se ha explicado en el Capítulo III, la limitación de días libres tampoco cumplirá con la finalidad preventivo general positiva de la pena, pues en su esencia constituye un beneficio que cualquier persona debería pagar para obtener. Asimismo, la vigilancia electrónica y la multa, si bien cumplen con la finalidad preventivo general, dejan de lado el cumplimiento de la finalidad preventivo especial, ya que ambas implican ausencia del componente reeducador o rehabilitador que forma parte de la resocialización del delincuente.

Es por ello que en este trabajo hemos concluido que la única alternativa viable que permitirá mantener coherencia en el cumplimiento de las finalidades preventivo generales y especiales de la sanción penal para los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, es permitir que la pena privativa de libertad efectiva sea convertida pero sólo a pena de prestación de servicios a la comunidad.

Como se ha expuesto en el Capítulo III, la prestación de servicios a la comunidad implica trabajo gratuito efectuado por el condenado en favor del estado o de la comunidad, lo que en el caso de delitos contra la administración pública o de corrupción de funcionarios, conlleva además del efecto sancionador, un mensaje de reparación por la confianza defraudada o el daño ocasionado al estado. En consecuencia, dicha pena satisface la finalidad preventivo general especial de las sanciones penales para este tipo de delitos. Además, es claro que el condenado, al ejecutar un trabajo, se reeducará y rehabilitará para poder desarrollarse en el ámbito social sin incurrir en nuevos delitos.

Además de ser coherente con los principios que pretenden inspirar nuestra política criminal, la posibilidad de convertir las penas privativas de libertad a penas de prestación de servicios a la comunidad, significaría un ahorro de recursos para el Estado, puesto que por un lado no se verá obligado a cubrir la manutención de internos y por otro, obtendrá mano de obra de manera gratuita debiendo invertir sólo en adecuados mecanismos de control (que ya deberían estar implementados, pues la pena de prestación de servicios a la comunidad ya existe en nuestro ordenamiento).

En consecuencia, resulta conveniente efectuar modificaciones legislativas que, por un lado, proscriban la posibilidad de suspender la ejecución de la pena y por otro, rehabiliten la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad en pena de prestación de servicios a la comunidad, para los casos de los delitos tipificados en las secciones

segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal que hubieran sido cometidos por delincuentes primarios cuyo comportamiento evidenciara arrepentimiento.

4.2. Propuesta:

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

Artículo 1°.- Modificar el artículo 57 del Código Penal, de acuerdo a lo siguiente:

Redacción actualmente vigente:

“Artículo 57.- Requisitos

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

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

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

Redacción propuesta:

“Artículo 57.- Requisitos

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

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

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, 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.”

Artículo 2°.- Modificar el artículo tercero de la Ley N° 27770, de acuerdo a losiguiente:

Redacción actualmente vigente:

“Artículo 3°.- No recepción de beneficios penales

Las personas condenadas por los delitos a que se refiere el Artículo 2° de lapresente Ley no podrán recibir los siguientes beneficios penales:

- a) Conversión de la pena privativa de libertad a que se refiere el Artículo 52°del Código Penal.*
- b) La reserva del fallo condenatorio a que se refiere el Artículo 62° delCódigo Penal.*

Redacción propuesta:

“Artículo 3°.- No recepción de beneficios penales

Las personas condenadas por los delitos a que se refiere el Artículo 2° de lapresente Ley no podrán recibir los siguientes beneficios penales:

- a) Conversión de la pena privativa de libertad a que se refiere el Artículo 52°del Código Penal.*
- b) La reserva del fallo condenatorio a que se refiere el Artículo 62° del Código Penal.*

En los casos de los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, se podrá efectuar la conversión de la pena privativa de libertad únicamente por

pena de prestación de servicios a la comunidad, de conformidad a las reglas establecidas en el artículo 52° del Código Penal, siempre y cuando el agente hubiera sido condenado por primera vez y hubiera reparado espontáneamente el daño causado o hecho confesión o desplegado cualquier otra conducta que a criterio del juez evidenciara arrepentimiento.”

CONCLUSIONES

1. La posibilidad de suspender la ejecución de la pena para condenados por los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, no debe ser restablecida ni mantenerse, sino que debe ser proscrita legislativamente para todos esos delitos, al no satisfacerse con dicho mecanismo la finalidad preventivo general positiva de las sanciones penales.
2. La posibilidad de efectuar la reserva del fallo condenatorio para procesados por los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, no debe ser restablecida, sino que debe mantenerse su proscripción, al no satisfacerse con dicho mecanismo la finalidad preventivo general positiva de las sanciones penales.
3. Debe restablecerse la posibilidad de convertir las penas privativas de libertad para casos de delincuentes primarios condenados por los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal que hubieran evidenciado arrepentimiento, pero únicamente a la pena de prestación de servicios a la comunidad, al ser la única pena alternativa que cumple la finalidad preventivo general positiva de las sanciones penales para este tipo de delitos y que, a la vez no compromete la resocialización del condenado.

4. Es necesario efectuar las modificaciones legislativas siguientes: En primer lugar, modificar el artículo 57° del Código Penal proscribiendo suspender la ejecución de la pena en los casos de los delitos tipificados en las secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal. En segundo lugar, modificar el artículo tercero de la ley número 27770, restableciendo la posibilidad de convertir las penas privativas de libertad a la pena de prestación de servicios a la comunidad para el caso de los delitos tipificados en las secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal, siempre y cuando el agente hubiera sido condenado por primera vez y hubiera desplegado una conducta que a criterio del juez evidenciara arrepentimiento.

RECOMENDACIONES

Que el Congreso de la República apruebe una ley que por un lado modifique el artículo 57 del Código Penal para proscribir la utilización de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos de los delitos tipificados en las secciones segunda, tercera y cuarta del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial del Código Penal y por otro lado, modifique el artículo tercero de la ley número 27770 restableciendo la posibilidad de convertir las penas privativas de libertad en caso de que la condena de los delitos antes señalados recaiga en delincuentes primarios que hubieran evidenciado arrepentimiento, de acuerdo a la propuesta legislativa establecida en el Capítulo IV.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. (2013). *Sentido y Función de la Pena: ¿conceptos distintos o necesariamente vinculados?*. En: Prado, V. (Coord.). *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo El Penalista de Dos Mundos*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Ávila Herrera, J. (2011). *El Derecho de Ejecución Penal de Cara al Presente Siglo: Problemas, Orientaciones, retos y perspectivas*. Centro de Estudios de Derecho Penitenciario USMP Revista Electrónica, (1), 1-44. Recuperado de: https://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/jose_avila_herrera.pdf
- Bacigalupo Zapater, E. (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Bacigalupo Zapater, E. (2005). *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bidart Campos, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Mexico D.F., Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bouza Brey, L. (2005). *El poder y los sistemas políticos*. En Caminal, M. (Ed.), *Manual de ciencia política* (pp. 39-84). Madrid, España: Tecnos.
- Caminal Badia, Miquel. (Ed.). (2005). *Manual de ciencia política*. Madrid, España: Tecnos.
- Caro John, J. (2013). *El Principio de Legalidad Penal*. En: Prado, V. (Coord.). *Libro Homenaje al Profesor José Hurtado Pozo El Penalista de Dos*

Mundos. Lima, Perú: IDEMSA.

De Aquino, T., & De Alvernia, P. (2001). *Comentario a la política de Aristóteles*. Navarra, España: Eunsa.

De la Cuesta Arzamendi, J. (2016). *El Principio de Humanidad en Derecho Penal*. En Cancado, A. y Barros, C. (Coord.) *El Principio de Humanidad y la Salvaguardia de la Persona Humana*. Fortaleza, Brasil: Expressao Gráfica e Editora.

Del Hierro Aguazas, J. (2013). Legitimidad y legalidad. *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, (4), 179-186. Recuperado de <https://ojs2017.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2103/1036>.

Feoli Villalobos, M. & Sáenz Solís, J. (2019). *Vis a Vis: Reincidencia y sanción penal*. Recuperado de: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/nuevohumanismo/article/download/13243/18457/>

García Cavero, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Grijley.

Gelardo Rodríguez, T. (2005). *La política y el bien común*. Navarra, España: Instituto Martín de Azpilcueta.

Hurtado Pozo, J. (1999). *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo*. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_10.pdf

Hurtado Pozo, J. (1973). La Condena Condicional. *Revista Derecho*, (31), 60-80. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/12718/13270>

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*. Madrid, España: Civitas.

Lopera Mesa, G. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho (Valdivia)*, (2), 113-138. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v24n2/art05.pdf>

Malo, P (2013). *Psicología del Arrepentimiento: Evolución y Neurociencias*. Recuperado de: <https://evolucionyneurociencias.blogspot.com/2013/03/psicologia-del-arrepentimiento.html>

Marchiori, H. (2009). *El Estudio del Delincuente Tratamiento Penitenciario*. México D.F., México: Porrúa.

Meini Mendez, I. (2018). *La Pena: Función y Presupuestos*. En Lamas, G. (Coord). *Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo. Libro homenaje al maestro Luis Roy Freyre*. Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.

Mezger, E. (1955). *Derecho Penal Libro de Estudio. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.

Mir Puig, S. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito En el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, España: BOSCH.

Monroy Rodríguez, A. (2013). Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad?. *Revista Derecho y Realidad*, (21), 25-31.

Recuperado de

https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4827/3922/

Moreso Mateos, J. (2009). *Alexy y la aritmética de la ponderación*. En García, R. (Ed.), *Derechos sociales y ponderación* (pp. 223-248). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

Oré Sosa, E. (1996). La Reserva del Fallo Condenatorio. *Revista Derecho & Sociedad*, (11), 219-225,

Recuperado de

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/14362/14977>

Prado Saldarriaga, V. (1992). La Función de la Pena en el Código Penal de 1991. *Revista Derecho* (46), 101-112,

Recuperado de

http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_046.html

Prado Saldarriaga, V. (1999). *La conversión de penas privativas de libertad en el derecho penal peruano y su aplicación judicial*. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_11.pdf

Prado Saldarriaga, V. (2018). *Mitos y Realidades del Castigo Penal*. En: Lamas, G (Coord). *Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo Libro Homenaje al Maestro Luis E. Roy Freyre*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Rivera Beiras, I. (2005). *Política criminal y sistema penal viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, España: Anthropos.

Rodríguez López, M. (2019). *Efectos de la Estancia en Prisión*. Madrid, España: Universidad Pontificia Comillas.

Recuperado de:

https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/30846/TF_G_RodriguezLopezMarta.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Grijley.

Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

San Martín Castro, C. (2003). La privación de la libertad personal en el procesopenal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Revista Derecho & Sociedad, (20), 160-

173. Recuperado de

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17300/17587/>

Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid, España: Alianza Editorial.