

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA  
ESCUELA DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO**



**“LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DELITOS  
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO TRANSGRESIÓN  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PROCESADOS EN EL  
PERÚ, PERIODO 2002 AL 2016”**

**TESIS**

**Presentada por:**

**Mag. ALEX RICARDO ZAMBRANO TORRES**

**Asesor:**

**Dr. RODOLFO DE AMAT QUIROZ**

**Para obtener el grado académico de:**

**DOCTOR EN DERECHO**

**TACNA – PERÚ**

**2019**



**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA  
ESCUELA DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO**



**“LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DELITOS  
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO TRANSGRESIÓN  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PROCESADOS EN EL  
PERÚ, PERIODO 2002 AL 2016”**

**TESIS**

**Presentada por:**

**Mag. ALEX RICARDO ZAMBRANO TORRES**

**Asesor:**

**Dr. RODOLFO DE AMAT QUIROZ**

**Para obtener el grado académico de:**

**DOCTOR EN DERECHO**

**TACNA – PERÚ**

**2019**

## **AGRADECIMIENTOS**

Quiero agradecer muy especialmente a mi madrecita, Flora Torres Cruz, que muy sabia siempre me dice: “construye tu felicidad”, y me llena de espiritualidad enunciando siempre la fe en Dios y sus buenos lineamientos; así también van mis agradecimientos a mi tío padre Máximo Torres Cruz, a quien admiro, respeto y que fue quien en realidad despertó en mi la capacidad para escribir e investigar, de tal forma que lo que escribo lo he aprendido de él. Agradezco además a mi tío adoptivo Jorge Pacheco, por haberme cobijado en su casa cuando cursaba los estudios de Ingeniería y Derecho.

Es justo agradecer además a la Universidad Privada de Tacna y a todos sus maestros, porque ellos siguen formando el futuro de los nuevos investigadores, hombres de bien; así como a mi jurado, y especialmente a mi asesor de tesis, gran maestro, jurista, lingüista, cultor y aymara hablante, ex Juez Superior, Doctor en Derecho: Rodolfo De Amat Quiroz.

Agradecer especialmente a la Escuela de Post Grado y a todos sus integrantes que han creado un muy buen ambiente para la investigación y el desarrollo profesional, de tal forma que da gusto realizar incluso los trámites para lograr el grado académico.

### **DEDICATORIA**

Dedico la presente tesis doctoral a la memoria de mi tío José Aparicio Cruz, a mis abuelitos Plácida Cruz Llanqui, Hilario Torres Sicos y Teodocio Zambrano Quispe, a mi tío Francisco Ponce Pacheco y a mi tía adoptiva Irene Condori De Pacheco, que significan para mí ejemplos de liderazgo e inteligencia; esfuerzo y emprendimiento; nobleza y arte; creatividad y ternura; diplomacia y elegancia; disciplina y generosidad.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	4
DEDICATORIA.....	5
RESUMEN ABSTRACT.....	23
INTRODUCCIÓN.....	27
CAPÍTULO I: El problema.....	36
1.1 Planteamiento del problema.....	36
1.2 Formulación del problema.....	38
1.3 Justificación de la investigación.- .....	40
1.4. Objetivos de la investigación.....	41
1.4.1 Objetivo general .....	41
1.4.2 Objetivos específicos.....	41
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO .....	42
2.1 Antecedentes de la investigación .....	42
2.2 Bases teóricas .....	42
2.3 Definición de conceptos .....	42
EL MARCO CONCEPTUAL.....	43
SUBCAPÍTULO I: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO.....	43
1.- La aplicación del Derecho.- .....	47
2.- Norma jurídica y aplicación del Derecho.....	47
5.- Fases de la aplicación del Derecho.- .....	53
1.- Legitimidad y validez del Derecho .....	56
2.- El valor normativo .....	57
3.- Qué legitima .....	57
SUBCAPÍTULO II: EL DERECHO PENAL.....	63
1.- Concepto de Derecho Penal .....	63
2.- Teorías penales, autores y escuelas penales.- .....	75
3.- Principio de Culpabilidad .....	78
4.- El delito .....	79
4.1.- El Concepto de Delito - Bentham .....	79
4.2.- El concepto clásico del delito.- .....	80

4.3.- Los elementos constitutivos del delito.- .....	81
5.- Tipos de delitos.....	84
6.- Los Principios del Derecho Penal.....	85
7.- Los Principios del Derecho Penal desde el Código Penal.-.....	86
7.1. Principio de Finalidad Preventiva.- .....	86
7.2.- Principio de Legalidad.- .....	92
7.3.- Principio de prohibición de la analogía.- .....	94
7.4.- Principio de Lesividad.- .....	97
7.5.- Principio de Garantía Jurisdiccional.- .....	100
7.6.- Principio de Garantía de Ejecución.- .....	101
7.7.- Principio de Responsabilidad Penal.-.....	102
7.8. Principio de Proporcionalidad de la Pena.- .....	103
7.9.- Principio de Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.- .....	104
7.10.- Principio de Aplicación Supletoria de la Ley Penal.- .....	106
I.- LAS PENAS.- .....	108
1.- Clases de penas .....	109
II.- APLICACIÓN DE LA PENA.....	124
14.- De las conversiones.....	137
15.- Suspensión de la ejecución de la pena .....	140
17.- Reserva del fallo condenatorio.....	141
18.- Exención de pena .....	142
19.- Rehabilitación.- .....	142
20.- Las medidas de seguridad.....	143
22.- Extinción de la acción penal y de la pena .....	144
23.- Reparación civil.- .....	148
SUBCAPÍTULO III: EL DERECHO PROCESAL PENAL .....	157
Principio de Inocencia según Binder.- .....	168
I.- LOS PRINCIPIOS DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL.....	179
II.- EL DERECHO PÚBLICO Y EL CONSTITUCIONALISMO DEL DERECHO PROCESAL PENAL .....	185
III.- EL DERECHO PROCESAL PENAL INQUISITIVO Y EL ADVERSARIAL ACUSATORIO .....	188
EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL .....	190
SUBCAPÍTULO IV: LA PRISIÓN PREVENTIVA .....	201
I.- EL CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA.....	201
II.- LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR:.....	207
III.- LA REGLA Y LA EXCEPCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	209
IV.- UBICACIÓN EN LA NORMATIVIDAD .....	213
1.- De los presupuestos materiales en la norma .....	213
2.- De la calificación de peligro de fuga.....	215

3.- Del peligro de obstaculización del proceso.....	215
4.- De la audiencia y resolución .....	215
5.- De las responsabilidades de los operadores del Derecho .....	215
6.- Motivación de la resolución de la Audiencia de Prisión Preventiva .....	215
7.- Medidas que puede adoptar el juez en una Audiencia de Prisión Preventiva .....	216
8.- Duración o plazo de la Prisión Preventiva.- .....	216
9.- Libertad del imputado .....	216
10.- Cómo procede la libertad de quien cumple prisión preventiva .....	216
11.- Prolongación de la prisión preventiva.....	216
12.- Apelación de la prisión preventiva.....	217
13.- Instancias en las que se conoce la Prisión Preventiva .....	217

## V.- PRESUPUESTOS MATERIALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA

DOCTRINARIAMENTE.....	217
1.- ELEMENTOS DE CONVICCIÓN SOBRE LA VINCULACIÓN DEL IMPUTADO CON EL DELITO .....	217
GRAVES Y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN .....	221
a) En los delitos de Robo Agravado.- .....	222
b) En los delitos de Violación Sexual.- .....	224
c) En los delitos de Femicidio .....	228
d) En los delitos de violación sexual de menor de edad.....	233
e) En los delitos de comercialización de drogas.....	237
f) En los delitos de Homicidio Calificado .....	241
g) En los delitos de Lesiones culposas graves, Omisión al socorro y Fuga del lugar.- .....	242
2.- PRONÓSTICO DE LA PENA .....	242
¿EN QUE DELITOS NO APLICAN O SE ENMARCAN DENTRO DEL INFERIOR DE CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD?: .....	244
3.- PRESUPUESTOS DE RIESGO PROCESAL.....	245
a) Riesgo Procesal en el delito de Robo Agravado .....	247
Obstaculización de la investigación .....	248
PELIGRO DE RIESGO PROCESAL.....	249
a) Peligro Procesal en el delito de Violación Sexual:.....	249
b) Riesgo procesal, peligro de fuga y peligro de obstaculización en el delito de femicidio y tenencia ilegal de arma.....	251
c) Presupuesto de Peligro de Fuga y Peligro de Obstaculización en el caso de Violación Sexual de Menor de Edad .....	253
d) Peligro Procesal en el caso de delitos de micro comercialización de drogas .....	253
e) Presupuesto de peligro de fuga y peligro de obstaculización en el caso de homicidio calificado .....	254
f) El Presupuesto de peligro procesal en el delito de lesiones culposas graves .....	256
g) El Riesgo de Peligro Procesal en el delito de Lesiones Culposas .....	258

## VI.- CONCLUSIONES SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA.....

1.- ¿Es el Juez un delincuente per se?.....	263
2.- Las hipótesis afirmativas.- .....	263
a) Exposición de la integridad física, psíquica .....	263
b) Conciencia del juez de poner en riesgo de de exposición a peligro del imputado .....	264
c) Desproporción entre el delito y la sanción .....	264
d) Concepción extensa de delincuencia.....	264
e) Razones científicas de la exposición a peligro, daño a la integridad de la persona.....	265
f) Las razones matemáticas de la exposición a peligro, daño a la integridad física y psíquica en las prisiones .....	266
g) Ilegitimidad de las normas penales por no ser la voluntad general .....	267
g) La sentencia como arbitrariedad .....	267



3.- Hipótesis negativas o que contradicen el supuesto de la prisión preventiva como acto delictivo .....	267
a) Legitimidad para obrar .....	268
b) Nombramiento legítimo .....	268
c) Cumplimiento de su función .....	268
d) Mecanismo necesario para mantener el orden social .....	268
V.- SUBCAPÍTULO V: LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	269
SECCIÓN I: .....	269
LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	269
1.- Los delitos contra la Administración Pública.- .....	270
3.- La finalidad en los delitos contra la administración pública.-.....	273
4.- Clasificación de los Delitos contra la Administración Pública .....	275
5.- Sujetos de Derecho de los Delitos contra la Administración Pública.- .....	280
6.- Sujetos activos del Delito contra la Administración Pública.- .....	281
SECCIÓN II: DESARROLLO DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	282
TÍTULO I:.....	282
DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES.....	282
3.- Los delitos de Usurpación Pública .....	286
CAPITULO I:.....	290
DELITO DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES.....	290
1.- Generalidades del delito de usurpación de autoridad, títulos y honores.- .....	290
3.- Concepto del Delito de Usurpación de autoridad, títulos y honores.-.....	294
6.- Tipos o clases de delitos de usurpación de autoridad.-.....	296
USURPACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA .....	296
1.1.- Complejidad de la concepción del delito de usurpación de función pública.....	296
1.3.- De los Bienes Jurídicos protegidos del delito de usurpación de función pública.- .....	299
1.4.- Sujeto Activo y Pasivo en los delitos de usurpación de función pública.- .....	300
1.5.- Clasificación de Sujetos de los delitos de usurpación de función pública:.....	302
a) Sujeto delictivo (Sujeto Activo) de los delitos de usurpación de función pública.- .....	302
b) Sujeto Agraviado (Sujeto Pasivo) de los delitos de usurpación de función pública.-.....	303
1.6.- Funciones Públicas.- .....	303
a) Las funciones públicas en el Tribunal Constitucional.-.....	304
b) Las funciones públicas en el Poder Judicial:.....	306
3.- Concepto doctrinario de delito de usurpación de función pública .....	307
4.- Concepto Legal del delito de usurpación de función pública .....	308
5.- Elementos legales del delito de usurpación de función pública .....	309
5.1.- Ilegitimidad de título o nombramiento .....	309
5.2.- Usurpación de función pública .....	312
5.3.- Facultad de dar órdenes militares o policías.....	313
5.4.- Ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo .....	313
15.- Jurisprudencia.- .....	315
OSTENTACIÓN DE DISTINTIVOS DE FUNCIÓN O CARGOS QUE NO EJERCE .....	316
3.- Concepto Doctrinario.- .....	317
a) Las insignias de los jueces.....	319
4.- Concepto Legal: .....	322
a) Ostentación pública de distintivos .....	323

b) Función o cargo que no ejerce .....	323
c) Arrogación de grado académico, título profesional u honores que no le corresponden.....	324
d) Pena .....	324
5.- Sujeto Activo o Sujeto Delictivo .....	325
<b>EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN .....</b>	<b>325</b>
3.- Concepto del delito de Ejercicio Ilegal de la profesión.- .....	326
4.- Elementos del delito de ejercicio ilegal de la profesión.- .....	329
5.- Concepto legal .....	330
<b>PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN.....</b>	<b>333</b>
3.- Concepto del delito de ejercicio ilegal de la profesión .....	334
4.- Concepto Legal: .....	336
<b>VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD .....</b>	<b>339</b>
3.- Concepto del delito de violencia y resistencia a la autoridad.- .....	341
4.- Violencia a la autoridad.- .....	343
5.- El concepto de Resistencia a la autoridad en el marco de la administración pública.- .....	344
6.- El Concepto de Desobediencia en el contenido penal.- .....	347
7.- El concepto de Autoridad en el esquema penal.- .....	348
8.- Concepto Legal del delito de violencia contra la autoridad para obligarle a algo.- .....	349
<b>VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.....</b>	<b>361</b>
1.- Concepto general .....	361
2.- Concepto Legal .....	362
<b>RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD .....</b>	<b>362</b>
1.- Concepto Doctrinario.....	362
2.- Concepto Legal .....	362
<b>DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD .....</b>	<b>363</b>
<b>I.- TIPOS DE DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD .....</b>	<b>363</b>
<b>CONCEPTO DE DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES? .....</b>	<b>363</b>
<b>VIOLENCIA CONTRA AUTORIDADES ELEGIDAS.....</b>	<b>364</b>
1.- Concepto doctrinario.....	364
2.- Concepto Legal .....	365
<b>ATENTANDO CONTRA LA CONSERVACIÓN E IDENTIDAD DE OBJETO.....</b>	<b>365</b>
1.- Concepto doctrinario.....	365
2.- Concepto Legal.-.....	366
<b>NEGATIVA A COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....</b>	<b>366</b>
1. Concepto Doctrinario .....	366
2.- Concepto Legal.-.....	367
<b>ATENTADO CONTRA DOCUMENTOS QUE SIRVEN DE PRUEBA EN EL PROCESO... 367</b>	<b>367</b>
1.- Concepto doctrinario.....	367
2.- Concepto Legal.-.....	368
<b>SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS POR AUTORIDAD .....</b>	<b>368</b>
1.- Concepto doctrinario.....	368
2.- Concepto Legal .....	369
<b>CAPITULO III: DESACATO .....</b>	<b>369</b>
<b>PERTURBACIÓN DEL ORDEN EN EL LUGAR DONDE LA AUTORIDAD EJERCE SU FUNCIÓN .....</b>	<b>369</b>

Concepto Legal.- .....	370
<b>DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS .....</b>	<b>370</b>
Funcionarios Públicos.- .....	371
Los delitos cometidos por los funcionarios .....	371
<b>ABUSO DE AUTORIDAD.....</b>	<b>372</b>
1.- Concepto doctrinal del Delito de Abuso de Autoridad .....	372
Características para ser una autoridad: .....	375
Abuso de Autoridad: .....	376
b) Concepto Legal: .....	377
2.- Elementos legales del delito.....	378
<b>ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES PÚBLICOS.....</b>	<b>384</b>
1.- Concepto doctrinario.....	385
2.- Concepto Legal del Delito de Abuso de Autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios .....	385
<b>OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES .....</b>	<b>386</b>
1.- Concepto doctrinal del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales .....	386
2.- Concepto legal del delito de Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales.....	387
<b>DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL.....</b>	<b>387</b>
1.- Concepto doctrinario sobre el delito de denegación o deficiente apoyo policial .....	387
<b>REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA .....</b>	<b>390</b>
1.- Concepción doctrinaria .....	390
2.- Concepto legal del delito de Requerimiento indebido de la fuerza pública .....	391
<b>ABANDONO DE CARGO.....</b>	<b>391</b>
1.- Concepto doctrinario del delito de abandono de cargo.- .....	391
2.- Concepto Legal del delito de Abandono de cargo .....	392
<b>NOMBRAMIENTO O ACEPTACIÓN ILEGAL .....</b>	<b>392</b>
1.- Concepto doctrinal del delito de nombramiento o aceptación ilegal .....	392
2.- Concepto legal del delito de Nombramiento o aceptación ilegal .....	395
<b>DELITO DE CONCUSIÓN .....</b>	<b>395</b>
0.- Etimología de Concusión.....	395
<b>LA LEY REPETUNDARUM .....</b>	<b>398</b>
1.- Concepto doctrinario del delito de concusión.....	400
Elementos de Tipo de Delito de Concusión .....	402
2.- Concepto legal del delito de concusión.....	404
<b>DELITO DE COBRO INDEBIDO o EXACCIÓN ILEGAL.....</b>	<b>410</b>
1.- Concepto doctrinario del delito de cobro indebido o exacción ilegal .....	410
<b>DELITO DE COLUSIÓN.....</b>	<b>413</b>
1.- Concepto doctrinario de delito de colusión.- .....	413
2.- Concepto legal del delito de colusión.- .....	415
Jurisprudencia: EXP. N.º 00017-2011-PI/TC – Colusión – .....	420
<b>PATROCINIO ILEGAL .....</b>	<b>420</b>
1.- Concepto doctrinario del delito de patrocinio ilegal .....	421
2.- Concepto legal del delito de patrocinio ilegal.-.....	422
<b>RESPONSABILIDAD DE PERITOS, ÁRBITROS Y CONTADORES PARTICULARES .....</b>	<b>422</b>
1.- Concepto legal del Delito Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares .....	422

DELITO DE PECULADO .....	423
1.- Concepto doctrinario del delito de peculado.- .....	423
2.- Concepto legal del delito de peculado: .....	425
PECULADO POR USO.....	426
1.- Concepto doctrinario del delito de peculado de uso.....	426
Peculado por apropiación, peculado por utilización y peculado culposo .....	426
Peculado por apropiación.-.....	427
Peculado por utilización.-.....	427
Peculado culposo.- .....	428
2.- Concepto legal del delito de peculado de uso.-.....	428
DELITO DE MALVERSACIÓN .....	429
1.- Concepto doctrinario del Delito de Malversación.....	429
2.- Concepto legal del delito de Malversación .....	431
RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO .....	432
1.- Concepto doctrinario del delito de retardo injustificado de pago .....	432
2.- Concepto legal del delito de retardo injustificado de pago.-.....	433
REHUSAMIENTO A ENTREGA DE BIENES DEPOSITADOS O PUESTOS EN CUSTODIA .....	433
Concepto legal del Delito de Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia .....	433
DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS .....	434
DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO .....	434
1.- Concepto de delito de cohecho .....	434
Delito de Cohecho.....	435
Cohechos Pasivos.- .....	435
Cohecho por Acción u Omisión en Violación de Obligación .....	436
Criterios de diferenciación en el cohecho.- .....	437
Cohecho de acción debida por precio.- .....	438
Negociación incompatible con el cargo.- .....	438
Cohecho Activo del particular.- .....	439
2.- Concepto legal del delito de Cohecho pasivo propio.-.....	440
COHECHO PASIVO IMPROPIO.....	441
Concepto legal del delito de Cohecho pasivo impropio.-.....	442
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO.....	442
Concepto de Delito de cohecho pasivo específico.- .....	442
CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES .....	443
Concepto legal del delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.....	443
COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL.....	444
1.- Concepto Legal de Cohecho activo transnacional .....	445
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO .....	445
1.- Concepto legal del delito de cohecho activo específico.....	445
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO .....	446
1.- CONCEPTO DOCTRINARIO .....	446
TRÁFICO DE INFLUENCIAS.....	447
1.- Concepto doctrinario del delito de tráfico de influencias.....	447
2.- Concepto legal del delito de tráfico de influencias .....	448

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO .....	450
1.- Concepto doctrinal del delito de enriquecimiento ilícito .....	450
2.- Concepto legal del delito de enriquecimiento ilícito.- .....	451
SUB CAPÍTULO XII: .....	452
DECOMISO .....	452
TITULO III:.....	452
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....	452
CAPITULO I: .....	453
DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL .....	453
DELITO DE DENUNCIA CALUMNIOSA.....	453
1.- Concepto doctrinario del delito de denuncia calumniosa.....	454
2.- Concepto legal del delito de denuncia calumniosa .....	456
SUB CAPÍTULO II: .....	457
DELITO DE OCULTAMIENTO DE MENOR A LAS INVESTIGACIONES.....	457
1.- Concepto legal del Delito de ocultamiento de menor a las investigaciones.....	457
ENCUBRIMIENTO PERSONAL.....	457
1.- Concepto doctrinario del delito de encubrimiento personal.....	458
2.- Concepto legal del delito de encubrimiento personal .....	459
SUB CAPÍTULO IV:.....	460
ENCUBRIMIENTO REAL: .....	460
1.- Concepto legal del delito de encubrimiento real.-.....	460
SUB CAPÍTULO V: .....	461
EXCUSA ABSOLUTORIA .....	461
1.- Concepto legal del delito de Excusa absolutoria.....	461
OMISIÓN DE DENUNCIA.....	461
1.- Concepto legal del delito de omisión de denuncia.-.....	461
FUGA DEL LUGAR DEL ACCIDENTE DE TRÁNSITO .....	462
1.- Concepto legal del delito de fuga del lugar del accidente de tránsito.- .....	462
FALSEDAD EN JUICIO .....	462
1.- Concepto legal del delito de falsedad en juicio.- .....	463
OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA .....	463
1.- Concepto legal del delito de obstrucción de la justicia.- .....	463
REVELACIÓN INDEBIDA DE IDENTIDAD: .....	464
1.- Concepto legal del delito de revelación indebida de identidad.-.....	464
AVOCAMIENTO ILEGAL DE PROCESO EN TRÁMITE.....	465
1.- Concepto legal del delito de Avocamiento ilegal de proceso en trámite.- .....	465
FALSA DECLARACIÓN EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	465
1.- Concepto legal del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo.- .....	465
EXPEDICIÓN DE PRUEBA O INFORME FALSO EN PROCESO JUDICIAL.....	466
1.- Concepto legal del delito de expedición de prueba o informe false en proceso judicial.- .....	466
EVASIÓN MEDIANTE VIOLENCIA O AMENAZA.....	467

1.- Concepto legal del delito de evasión mediante violencia o amenaza.....	467
FAVORECIMIENTO A LA FUGA.....	467
1.- Concepto legal del delito de favorecimiento a la fuga.....	467
SUB CAPÍTULO XVI:.....	468
SECCION 16.- AMOTINAMIENTO DE DETENIDO O INTERNO.....	468
1.- Concepto legal del delito de Amotinamiento de detenido o interno.-.....	468
FRAUDE PROCESAL.....	469
1.- Concepto del delito de Fraude procesal.-.....	469
EJERCICIO ARBITRARIO DE DERECHO. JUSTICIA POR PROPIA MANO.....	469
1.- Concepto legal del delito de ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano.-.....	470
INSOLVENCIA PROVOCADA.....	470
1.- Concepto legal del delito de Insolvencia provocada.-.....	470
PREVARICATO.....	471
PREVARICATO.....	471
1. Concepto doctrinario.-.....	471
2.- Concepto legal del delito de prevaricato.-.....	472
DETENCIÓN ILEGAL.....	472
1.- Concepto legal del delito de Detención ilegal.-.....	473
PROHIBICIÓN DE CONOCER UN PROCESO QUE PATROCINÓ.....	473
1.- Concepto del delito de prohibición de conocer un proceso que patrocinó.-.....	473
PATROCINIO INDEBIDO DE ABOGADO O MANDATARIO JUDICIAL.....	473
1.- Concepto legal del delito de patrocinio indebido de abogado o mandato judicial.-.....	474
DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA.....	474
NEGATIVA A ADMINISTRAR JUSTICIA.....	474
1.- Concepto legal del delito de negativa a administrar justicia.-.....	474
NEGATIVA AL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE NOTARIO.....	475
1.- Concepto del delito de negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales.-.....	475
OMISIÓN DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.....	475
1.- Concepto legal del delito de omisión de ejercicio de la acción penal.-.....	475
SUB CAPÍTULO: DERECHO COMPARADO SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA.....	476
1.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ARGENTINA.-.....	476
2.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CHILE.-.....	478
3.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COSTA RICA.-.....	484
4.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR.-.....	488
5. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN GUATEMALA.-.....	494
6.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN HONDURAS.-.....	496
7.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN NICARAGUA.-.....	499

8.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PARAGUAY.- .....	503
9.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN REPÚBLICA DOMINICANA.- .....	506
SUBCAPÍTULO: DERECHO COMPARADO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	512
1.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ARGENTINA.....	512
2.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN BOLIVIA.....	529
3.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CHILE.- .....	543
4.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.- .....	548
5.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR.- .....	561
6.- <i>DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.- .....</i>	568
7.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PARAGUAY .....	594
8.- LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN URUGUAY.- .....	599
CAPÍTULO III:.....	612
MARCO METODOLÓGICO.....	612
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.....	612
3.1. Hipótesis.....	612
3.2. Variables.....	613
3.2.1. Identificación de la variable independiente.....	613
3.2.1.1. Indicadores.....	614
3.2.1.2. Escala para la medición de la variable independiente.....	617
3.2.2. Identificación de la variable dependiente.....	617
3.2.2.1. Indicadores de la variable dependiente.....	618
3.2.2.2. Escala para la medición de la variable dependiente.....	619
3.3. Tipo y diseño de investigación .....	619
a) Tipo de investigación.- .....	619
b) Diseño de la investigación.- .....	619
3.4. Nivel de investigación.....	620
3.5. Ámbito y tiempo social de la investigación.....	621
3.6. POBLACIÓN Y MUESTRA .....	621
3.7.1 Procedimiento.....	622
3.7.2 Técnicas.....	623
3.7.3 Instrumentos.....	624

CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	625
4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.-.....	625
4.2 DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS.- .....	630
4.3 RESULTADOS.- .....	633
1) Resultados sobre la prisión preventiva.- .....	633
- Tabla Nro. 01: Sentencias del TC sobre el levantamiento de la prisión preventiva (2004 al 2013)	634
.....	634
- Gráfico Nro. 01: Sentencias que declaran sobre la confirmación o revocación de la prisión preventiva .....	634
2) Resultados sobre los Delitos contra la Administración Pública.- .....	635
a) Cuadro de resultados específicos de STC sobre Delitos contra la Administración Pública, que deciden sobre la libertad (fundados) o confirman la prisión (Infundados, improcedentes) de los internos:.....	636
- Tabla Nro. 02: Resultados generales de sentencias del TC sobre Delitos contra la Administración Pública, respecto a la libertad o prisión de los internos.....	636
b) Cuadro de resultados generales de STC sobre Delitos contra la Administración Pública, respecto a la libertad de los internos:.....	636
- Tabla Nro. 03: Resultados generales de sentencias del TC sobre Delitos contra la Administración Pública respecto a la libertad de los internos.....	636
d) Gráfico Nro. 02: Resultados generales de sentencias del Tribunal Constitucional sobre la libertad por delitos contra la administración pública.- .....	637
4.4 PRUEBA ESTADÍSTICA.-.....	637
1.- Prueba estadística sobre “excepcionalidad” de la Prisión Preventiva.- .....	637
a) Tabla de resultados de sentencias del Tribunal Constitucional que prueba nuestra hipótesis sobre la transgresión del elemento indispensable “excepcionalidad”, de la prisión preventiva.- .....	638
- Tabla Nro. 04: Resultados de sentencias del TC sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva .....	638
b) Cuadro detallado de Sentencias del Tribunal Constitucional sobre Prisión Preventiva que muestran el incumplimiento del elemento: “excepcionalidad”.- .....	638
- Tabla Nro. 05: Sentencias del TC sobre prisión preventiva que muestran el incumplimiento del requisito “excepcional” .....	638
c) Requerimientos de prisión preventiva a nivel nacional – junio 2016.- .....	644
- Tabla Nro. 06: Requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – junio 2016.....	645
- Gráfico Nro. 03: Porcentaje de Requerimientos de prisión preventiva según el Ministerio Público .....	646
d) Informe sobre el número de población penitenciaria a la que se aplica la prisión preventiva, a fecha diciembre de 2013.- .....	646
- Tabla Nro. 07: Personas privadas de libertad al 31 de julio de 2012 .....	647
Figura que muestra el porcentaje de los internos como procesados y como sentenciados, al 31 de diciembre de 2012.-.....	647
- Gráfico Nro. 04: Condición de personas privadas de libertad - 2012.....	648
e) Internos según situación jurídica (procesados y sentenciados) a junio, 2012.- .....	648
- Tabla Nro. 08: Población de internos según situación jurídica, junio 2012. ....	649
- Gráfico Nro. 05: Internos según situación jurídica .....	649
f) Estadística situación jurídica de la población penitenciaria en las Américas.- .....	650
- Tabla Nro. 09: Condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013 .....	650
g) Ranking de condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013.-.....	652
- Tabla Nro. 10: Ranking de mayor cantidad de procesados que sentenciados, en las Américas, año 2012,2013.- .....	652
2.- Estadísticas sobre la aplicación ilegítima en los Delitos contra la Administración Pública que transgrede los Derechos Fundamentales.- .....	653



a) Tabla de resultados específicos que prueban la tendencia penal (por la libertad o la prisión) en las sentencias del Tribunal Constitucional, respecto a los Delitos contra la Administración Pública.- .....	654
- Tabla Nro. 11: Resultados específicos de sentencias del TC que muestran la tendencia penal sobre Delitos contra la Administración Pública .....	654
- Gráfico Nro. 06: Tendencia penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la libertad o prisión.....	655
b) Tabla detallada de Sentencias del TC sobre Delitos contra la Administración Pública que revelan la tendencia penal (libertad o prisión).- .....	655
- Tabla Nro. 12: ESTADISTICAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE PEDIDOS DE LIBERTAD EN PROCESOS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	655
c) Tabla general de estadísticas extraídas de la operacionalización de las sentencias del Tribunal Constitucional, respecto a los pedidos de libertad, en procesos sobre delitos contra la Administración Pública.- .....	667
- Tabla Nro. 13: Decisiones sobre la libertad en las sentencias del TC respecto a Delitos contra la Administración Pública .....	668
(Años 2002 al 2013).....	668
d) Nro. de sentencias del Tribunal Constitucional por modalidad sobre los Delitos contra la Administración Pública.- .....	668
- Tabla Nro. 14: Nro. de sentencias del Tribunal Constitucional por modalidad sobre los Delitos contra la Administración Pública .....	669
e) Estadísticas sobre población penitenciaria por delitos contra la administración pública, según la Defensoría del Pueblo.- .....	670
3.- Estadísticas sobre afectación a la salud-vida de las prisiones, según el INEI.- .....	671
a) Población penitenciaria en el Perú, al 2016, según el INEI.- .....	671
b) Población penitenciaria, según tipo de enfermedad que padece, 2016, INEI.- .....	672
4) Cuadros de equivalencias entre el bien jurídico vulnerado por el delito y el bien jurídico afectado por la sanción penal.- .....	673
a) Cuadro general de “equivalencias” entre tipos delictivos, bien jurídico vulnerado y medidas o sanciones penales (prisión preventiva ó pena privativa de la libertad), y los derechos fundamentales transgredidos.- .....	673
- Tabla Nro. 15: Cuadro general de “equivalencias” entre tipos delictivos, bien jurídico vulnerado y medidas o sanciones penales (prisión preventiva ó pena privativa de la libertad), y los derechos fundamentales transgredidos.- .....	674
b) Cuadro específico de “equivalencias” entre el Derecho protegido y el derecho transgredido.- 676	
- Tabla 16: Cuadro específico de “equivalencias” entre el Derecho protegido y el derecho transgredido.- .....	676
c) cuadro de equivalencias entre penas mínimas y penas máximas de los delitos.- .....	686
- Tabla Nro. 17: CUADRO DE EQUIVALENCIAS ENTRE PENAS MÍNIMAS Y PENAS MÁXIMAS DE LOS DELITOS .....	686
5) Otros datos estadísticos relevantes de la condición penal en nuestra sociedad.- .....	696
1.- Cuadro estadístico de condición jurídica de la población penitenciaria 2005 al 2018, según el INPE.- .....	696
- Tabla Nro. 18: Población penitenciaria según condición jurídica (procesados y sentenciados) 2005 al 2013, según INPE.....	696
2.- Población de habitantes y población penitenciaria en el Perú.- .....	697
- Tabla Nro. 19: Comparativo de población de habitantes población penitenciaria .....	697
3.- Capacidad de albergue, sobrepoblación y hacinamiento según el INPE, el 2017.- .....	698
4.- Línea de agravación de las sanciones penales.- .....	698
a) La dureza de la prisión preventiva según el Woodrow Wilson International Center for Scholars, al 2012.- .....	699
b) Cuadro que delinea la agravación de las sanciones penales.- .....	702
- Tabla Nro. 20: Cuadro que delinea la agravación de las sanciones penales .....	702
- Tabla Nro. 21: Total de número de delitos analizados.....	704

- Gráfico Nro. 07: Agravación de las sanciones penales.....	704
5) Legitimidad directa de la voluntad popular a través de internet y telefonía móvil.- .....	704
a) Informe Técnico No. 2 – Junio 2017.- .....	705
<b>4.5 COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS (DISCUSIÓN).- .....</b>	<b>707</b>
Comprobación de nuestra hipótesis general y específicas.- .....	707
<b>I.- PRUEBA DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 01: .....</b>	<b>708</b>
1.- Indicadores de la variable “prisión preventiva.-.....	708
2.- Prueba del incumplimiento de la regla de “excepcionalidad”, de la aplicación de la prisión preventiva por las sentencias del Tribunal Constitucional.- .....	709
- Tabla Nro. 22: Cuadro respecto de decisiones o fallos del Tribunal Constitucional sobre peticiones de libertad de procesados con prisión preventiva (2004 al 2013) .....	709
- Gráfico Nro. 08: Fallos del TC sobre petición de libertad por procesados con prisión preventiva: .....	710
3.- Prueba del rompimiento del requisito de la “excepcionalidad” de la prisión preventiva, considerando los “requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público, a nivel nacional, a junio del 2016.- .....	711
- Tabla Nro. 23: Requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – junio 2016.....	711
- Gráfico Nro. 09: Porcentaje de requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – 2016:.....	712
4.- Rompimiento del requisito “excepcional” de la prisión preventiva, probado por el número de población penitenciaria a fecha 2005 al 2018, según el INPE.- .....	712
- Tabla Nro. 24: Población penitenciaria según condición jurídica (procesados y sentenciados) 2005 al 2013, según INPE.....	713
5.- Tendencia promedio superior de la condición jurídica de “procesados” en las Américas, que demuestra que la prisión preventiva no es una “excepción”.- .....	714
- Tabla Nro. 25: Condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013 .....	714
6.- Prueba que demuestra que la prisión preventiva afecta a los derechos fundamentales de la salud y vida, por el número de internos “enfermos”, según el INEI - 2016.- .....	715
- Tabla Nro. 26: Población penitenciaria enferma – 2016.....	715
7.- Prueba de la transgresión al derecho fundamental de la salud y vida, por la condición de hacinamiento crítico de los centros penitenciarios, al 2017, según el INPE.- .....	716
- Tabla Nro. 27: Cuadro de hacinamiento en establecimientos penitenciarios en el Perú - 2017..	717
8.- Ilegitimidad de la prisión preventiva por su ilegitimidad de la voluntad social en tiempos de internet y telefonía móvil.- .....	717
<b>I.- PRUEBA DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 02: .....</b>	<b>719</b>
1.- Indicadores de la variable “delitos contra la administración pública.-.....	719
2.- Estadísticas que muestran la tendencia a la prisionización en los procesos por delitos contra la administración pública.- .....	719
- Tabla Nro. 28: Estadísticas que muestran la tendencia a la prisionización en procesos contra los delitos contra la administración pública .....	720
3.- Estadística respecto a las modalidades del sentencias del Tribunal Constitucional analizadas sobre los delitos contra la administración pública – 2002 al 2013.-.....	720
- Tabla Nro. 29: Estadísticas de modalidades delictivas en las STC analizadas sobre delitos contra la administración pública .....	720
4.- Cuadro que demuestra que no se aplica el principio de equivalencia, por el cual se tiene que observar que el bien jurídico vulnerado por el delito sea “equivalente” con el bien jurídico afectado por la aplicación de la prisión preventiva o la pena privativa de la libertad.- .....	722
- Tabla Nro. 30: Cuadro de equivalencias entre delito y sanción penal .....	723
5.- Tendencia de agravación de las sanciones penales, de acuerdo con Fuente: Woodrow Wilson International Center for Scholars. 2012.- .....	724
<b>4.5.3.- DISCUSIÓN SOBRE SI LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ES UNA TRASGRESIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....</b>	<b>725</b>
<b>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....</b>	<b>727</b>

5.1 CONCLUSIONES .....	727
SUGERENCIAS.....	728
5.3.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	746
ANEXO: PROYECTO DE LEY .....	753
ANEXO: Formatos utilizados para búsqueda y operacionalización de nuestra investigación .....	759
1.- Formato N° 1.- Búsqueda y selección de sentencias.- .....	759
ANEXO: Matriz de consistencia del Informe Final de Tesis .....	761

### INDICE DE TABLAS

- Tabla Nro. 01: Sentencias del TC sobre el levantamiento de la prisión preventiva (2004 al 2013) pág. 634.
- Tabla Nro. 02: Resultados generales de sentencias del TC sobre Delitos contra la Administración Pública, respecto a la libertad o prisión de los internos; Error! Marcador no definido. **Pág. 636.**
- Tabla Nro. 03: Resultados generales de sentencias del TC sobre Delitos contra la Administración Pública respecto a la libertad de los internos. **Pág. 636.**
- Tabla Nro. 04: Resultados de sentencias del TC sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva. **Pág. 638.**
- Tabla Nro. 05: Sentencias del TC sobre prisión preventiva que muestran el incumplimiento del requisito “excepcional” **Pág. 638**
- Tabla Nro. 06: Requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – junio 2016. **Pág. 645.**
- Tabla Nro. 07: Personas privadas de libertad al 31 de julio de 2012. **Pág. 647.**
- Tabla Nro. 08: Población de internos según situación jurídica, junio 2012. Pág. 649.
- Tabla Nro. 09: Condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013. **Pag. 650.**
- Tabla Nro. 10: Ranking de mayor cantidad de procesados que sentenciados, en las Américas, año 2012,2013. Pág. 652.
- Tabla Nro. 11: Resultados específicos de sentencias del TC que muestran la tendencia penal sobre Delitos contra la Administración Pública. **Pág. 654.**
- Tabla Nro. 12: Estadísticas sentencias del Tribunal Constitucional sobre pedidos de libertad en procesos por delitos contra la administración pública. **Pág. 655.**
- Tabla Nro. 13: Decisiones sobre la libertad en las sentencias del TC respecto a Delitos contra la Administración Pública. **Pág. 668.**
- Tabla Nro. 14: Nro. de sentencias del Tribunal Constitucional por modalidad sobre los Delitos contra la Administración Pública. **Pág. 669.**
- Tabla Nro. 15: Cuadro general de “equivalencias” entre tipos delictivos, bien jurídico vulnerado y medidas o sanciones penales (prisión preventiva ó pena privativa de la libertad), y los derechos fundamentales transgredidos. **Pág. 674.**

- Tabla 16: Cuadro específico de “equivalencias” entre el Derecho protegido y el derecho transgredido. Pág. **676**.
- Tabla Nro. 17: Cuadro de equivalencias entre penas mínimas y penas máximas de los delitos. **Pág. 686**.
- Tabla Nro. 18: Población penitenciaria según condición jurídica (procesados y sentenciados) 2005 al 2013, según INPE. **Pág. 696**.
- Tabla Nro. 19: Comparativo de población de habitantes población penitenciaria. **Pág. 697**.
- Tabla Nro. 20: Cuadro que delinea la agravación de las sanciones penales. Pág. 702.
- Tabla Nro. 21: Total de número de delitos analizados. **Pág. 704**.
- Tabla Nro. 22: Cuadro respecto de decisiones o fallos del Tribunal Constitucional sobre peticiones de libertad de procesados con prisión preventiva (2004 al 2013). **Pág. 709**.
- Tabla Nro. 23: Requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – junio 2016. **Pág. 711**.
- Tabla Nro. 24: Población penitenciaria según condición jurídica (procesados y sentenciados) 2005 al 2013, según INPE. **Pág. 713**.
- Tabla Nro. 25: Condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013. **Pág. 714**.
- Tabla Nro. 26: Población penitenciaria enferma – 2016. Pág. 715.
- Tabla Nro. 27: Cuadro de hacinamiento en establecimientos penitenciarios en el Perú – 2017. **Pág. 717**.
- Tabla Nro. 28: Estadísticas que muestran la tendencia a la prisionización en procesos contra los delitos contra la administración pública. **Pág. 720**.
- Tabla Nro. 29: Estadísticas de modalidades delictivas en las STC analizadas sobre delitos contra la administración pública. **Pág. 720**.
- Tabla Nro. 30: Cuadro de equivalencias entre delito y sanción penal. Pág. **723**.

## INDICE DE GRÁFICOS

- Gráfico Nro. 01: Sentencias que declaran sobre la confirmación o revocación de la prisión preventiva. Pág. 634.
- Gráfico Nro. 02: Resultados generales de sentencias del Tribunal Constitucional sobre la libertad por delitos contra la administración pública.- **Pág. 637.**
- Gráfico Nro. 03: Porcentaje de Requerimientos de prisión preventiva según el Ministerio Público. Pág. 646.
- Gráfico Nro. 04: Condición de personas privadas de libertad - 2012. Pág. 648.
- Gráfico Nro. 05: Internos según situación jurídica. Pág. 649.
- Gráfico Nro. 06: Tendencia penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la libertad o prisión; **Error! Marcador no definido.** Pág. 655.
- Gráfico Nro. 07: Agravación de las sanciones penales. Pág. 704.
- Gráfico Nro. 08: Fallos del TC sobre petición de libertad por procesados con prisión preventiva. Pág. 710.
- Gráfico Nro. 09: Porcentaje de requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – 2016. Pág. 712.

## RESUMEN ABSTRACT

### **“La aplicación de la Prisión Preventiva y los Delitos contra la Administración Pública como transgresión de los Derechos Fundamentales de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016”**

Nuestra investigación tiene su origen en la certeza de que el Derecho Penal y Procesal Penal están parcialmente *deslegitimados*, vale decir, no *reconocidos* como *válidos* y *efectivos* en la realidad para *resolver* sus propios fines: la justicia penal, el bien común, la defensa de los derechos fundamentales; de tal forma que se ha convertido en una aporía: un problema irresoluble. Para probar aquello hemos elegido un tema y problema específico más pequeño: “La aplicación de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública como transgresión de los derechos fundamentales de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016”, tomando como unidad de estudio a los procesados.

**1.-** Nuestros *objetivos* han sido demostrar que existe una transgresión a los derechos fundamentales de los procesados por la aplicación ilegítima de la prisión preventiva (afectación individual) y de los delitos contra la administración pública (afectación colectiva), puesto que la prisión preventiva se aplica mayoritariamente transgrediendo su carácter de “excepción”, vulnerando el principio de presunción de inocencia; así mismo demostrar que en la aplicación de los delitos contra la administración pública no existe “*equivalencia*” entre el bien jurídico vulnerado por el delito (*bienes o servicios públicos, patrimonio público, poder público*) y el bien jurídico vulnerado (libertad, salud, vida) por la sanción penal (prisión). **2.-** El *alcance de nuestra investigación* es descriptiva, exploratoria y explicativa. **3.-** La *metodología utilizada* ha sido primero, la *recopilación y selección de datos (doctrina, normas, sentencias y estadísticas)*, determinar el problema, la pregunta significativa, los objetivos, determinar las variables, su operacionalización, realizar el análisis de datos de 281 sentencias del Tribunal Constitucional, como instrumentos. **4.-** Nuestros resultados arrojan que un 95.06 % de las sentencias del

Tribunal Constitucional confirman la prisión preventiva impugnada; asimismo un 82 % de las sentencias declaran infundadas e improcedentes la libertad en delitos contra la administración pública. 5.- Nuestras conclusiones arrojan que se ha deslegitimado la aplicación de la prisión preventiva y de los delitos contra la administración pública, puesto que se transgreden los derechos fundamentales a la libertad, salud y vida.



## **ABSTRACT**

### **(Summary translated into foreign language)**

"The application of the Preventive Prison and Crimes against the Public Administration as a transgression of the Fundamental Rights of those prosecuted in Peru, period 2002 to 2016"

Our investigation has its origin in the certainty that Criminal Law and Criminal Procedure are partially delegitimized, that is, not recognized as valid and effective in reality to solve their own purposes: criminal justice, the common good, the defense of Fundamental rights; in such a way that it has become an aporia: an unsolvable problem. To prove that we have chosen a specific theme and smaller problem: "The application of preventive detention and crimes against public administration as a transgression of the fundamental rights of those prosecuted in Peru, period 2002 to 2016", taking as unit of I study the defendants.

1.- Our objectives have been to demonstrate that there is a transgression of the fundamental rights of those prosecuted for the illegitimate application of preventive detention (individual involvement) and of crimes against public administration (collective involvement), since pretrial detention is it applies mostly by transgressing its character of "exception", violating the principle of presumption of innocence; likewise demonstrate that in the application of crimes against public administration there is no "equivalence" between the legal right violated by the crime (public goods or services, public assets, public power) and the violated legal right (freedom, health, life) ) for the penal sanction (prison). 2.- The scope of our research is descriptive, exploratory and explanatory. 3.- The methodology used has been first, the collection and selection of data (doctrine, standards, judgments and statistics), determine the problem, the significant question, the objectives, determine the variables, their operationalization, perform the data analysis of 281 judgments of the Constitutional Court, as instruments. 4.- Our results show that 95.06% of the sentences of the Constitutional Court confirm

the impugned preventive detention; likewise, 82% of the sentences declare the freedom in crimes against public administration unfounded and inadmissible. 5.- Our conclusions show that the application of preventive detention and crimes against public administration has been delegitimized, since fundamental rights to freedom, health and life are violated.

## INTRODUCCIÓN

### **La problemática de nuestra investigación.-**

Nuestra investigación parte del problema definido en la denominación de nuestra tesis: “Aplicación de la Prisión Preventiva y los Delitos contra la Administración Pública como transgresión a los Derechos Fundamentales – Perú, periodo del año 2002 al 2016”, porque si bien se centra en una investigación que entrelaza diversas instituciones jurídicas, como la “prisión preventiva”, los “delitos contra la administración pública”, y los “derechos fundamentales”, tiene una preocupación mucho más grande y radial, como es la “ilegitimidad” de las sanciones penales, del derecho penal y procesal penal, porque creemos que la prisión en sus diversas modalidades (pena privativa de la libertad, prisión preventiva, detención preliminar, etc.) será considerada algún día futuro como una monstruosidad, y causarán similar sensación y repudio como actualmente nos causan las penas de antaño (ahorcamiento, agarrotamiento, muerte a pedradas, descuartización, crucifixión, empalamiento, rueda de Catalina, desollamiento, muerte por hoguera, aserramiento, etc.). Llegará un día en que las sanciones dejen de ser tan lesivas a la vida y la salud, y se aplicarán otros mecanismos de control de la delincuencia. Mientras tanto, ante la ola doctrinaria y legal para aplicar más y más sanciones penales, aumentar las penas, generar sistemas más graves, creemos que aquella no es la dirección correcta para evitar, anular o controlar la delincuencia y tampoco logra rehabilitar, resocializar al procesado o condenado. De esta forma nuestra tesis pretende plantear que el Derecho Penal actualmente se define erróneamente como “castigo del culpable”, debiendo ser más bien, “derecho de protección de la víctima”, “resarcimiento de los derechos de la víctima”. El Derecho Penal no debería definirse como pena, sino como “Derecho

de las víctimas” u otro similar concepto; porque se olvida que lo más importante en aquella relación no es la que existe entre el Estado punitivo y el imputado delictivo (la relación sería el castigo), sino entre aquel que está en el medio, en el centro del problema jurídico penal, el “agraviado penal”. Así, hay necesidad de una reconceptualización del Derecho Penal, Procesal Penal, para centrar su objeto en el agraviado y su relación con las otras entidades, el Estado punitivo y el imputado delictivo.

Nuestra preocupación se incrementa cuando observamos que el Derecho Penal en su doctrina y ejercicio tiende a encontrar y buscar mayores áreas de penalización (se quiere transformar cada acto o descuido de la conducta humana en delito), no más cuando buscar solucionar los problemas; se pretende utilizar al derecho penal para castigar al imputado, más no para proteger o devolverle el derecho vulnerado al agraviado. Por eso pensamos que el Derecho Penal en la actualidad no puede quedarse en el viejo concepto de ser sólo un método para “sancionar” al imputado delictivo; tiene que superar dicha noción; porque la sanción no es un final último, no resuelve el problema en sí, sólo lo sanciona. Por aquello el Derecho Penal debe superarse a sí mismo y convertirse en legítimo instrumento para resolver las causas penales, y “resolver” es un concepto que supera, desborda, el concepto de “sanción”.

Puntualizando el fenómeno es preciso señalar que instituciones penales como la prisión preventiva actualmente viene siendo aplicada dentro de un contexto que desborda su concepción principal, que es la de ser una medida cautelar “excepcional”; pareciera ser más bien la “regla general”; siendo además que se la considera como una “no sanción”, a pesar de causar los mismos efectos que la pena privativa de la libertad, porque básicamente y realmente en los “hechos” supone la misma cosa: “encarcelamiento”, por lo que la prisión preventiva y la pena privativa de la libertad sólo se diferencian por “cómo son consideradas teóricamente”, pero en la realidad suponen el mismo “hecho” y las mismas condiciones de quien las sufre. Por lo que se puede desprender una primera

“ilegitimidad” en la aplicación de la prisión preventiva, puesto que no responderían a su carácter “excepcional”, y tampoco son en la realidad sólo “medidas cautelares”, sino “encarcelamiento real y efectivo”, con las consecuencias dañosas físicas y psíquicas a la persona que esto provee.

Por otro lado, los delitos contra la administración pública son diversos y extremos, desde su clasificación, divididos en las siguientes secciones; 1) Delitos cometidos por particulares: a) Delitos de usurpación de autoridad, títulos y honores; b) Delitos de violencia y resistencia a la autoridad; c) Delito de desacato. 2) Delitos cometidos por funcionarios públicos: a) Abuso de autoridad; b) Concusión; c) Peculado; d) Corrupción de funcionarios. 3) Delitos contra la Administración de Justicia. Que tienen dentro de sí a los delitos: a) Delitos contra la función jurisdiccional; b) Prevaricato; c) Denegación y retardo de justicia. Delitos que a su vez tienen a su vez sus diversas modalidades. Delitos que en nuestra investigación tienen ciertas particularidades a resolver:

1) Han sido interpretados desde una noción positivista (primacía de la ley) y se han ido desdibujando como “instituciones” con **funciones preventivas**, que según el mismo derecho penal, y en nuestro ordenamiento jurídico, es el principio primero del Código Penal: “**Finalidad Preventiva:** Artículo I.- Este Código tiene por objeto **la prevención** de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”. 2) No existe una completa jerarquía y nivel en el tipo de delito y sanción a imponer; 3) Existe falta de correspondencia entre los tipos delictivos y las sanciones a imponerse; así el tipo delictivo es material, económico, etc., y la sanción siempre es la misma: pena privativa de la libertad; siendo que ésta sanción adhiere también a su ejecución la vulneración de otros derechos que no corresponden con el delito, por lo que vulneran siempre los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica como consecuencia del internamiento en cárceles; por lo que nuestra tesis plantea reorganizar conceptualmente, teóricamente, doctrinariamente, jurisprudencialmente y legalmente dichos discordancias e incompatibilidades.

Asimismo, se revela que existe en la aplicación de la prisión preventiva en los casos de delitos contra la administración pública (y también en los demás tipos delictivos, pero que no se enuncian porque la investigación se restringe a éste tipo delictivo), no sólo ilegitimidad, sino transgresión a los derechos fundamentales, específicamente al derecho a la vida, por cuanto el internamiento siempre supone una afectación a la integridad física y psíquica; hecho que puede comprobarse incluso sólo utilizando como instrumento de medida o prueba de ello, a la razón.

Por último, el análisis de la jurisprudencia nos revela el porcentaje, calidad, dirección e interpretación de la aplicación de la prisión preventiva, de los delitos contra la administración pública y de los derechos fundamentales.

#### **El propósito de la investigación.-**

La presente tesis “La aplicación de la Prisión Preventiva y de los Delitos contra la Administración Pública como transgresión a los Derechos Fundamentales - Perú, periodo del año 2002 al 2013”, inicia primero una revisión a la teoría del Derecho Penal y Procesal Penal para, utilizando como instrumento de investigación central a la prisión preventiva y a los delitos contra la administración pública, como un sistema de encarcelación, hacer un replanteamiento de cómo se asume legal, jurisprudencial y teóricamente la aplicación y eficacia del Derecho a Penar (*ius puniendi*), con un objetivo claro y preciso: demostrar que el Derecho Penal está equivocado en sus concepciones y aplicaciones, que el Derecho Procesal no es efectivo ni eficaz en sus procedimientos y resultados, que incluso la base de toda la noción jurídica del Derecho Penal es errada o al menos insuficiente, porque el Derecho Penal no debe tratar de la sanción al imputado, de la relación entre el imputado y el Estado, sino de la defensa y garantía de los derechos fundamentales del agraviado. El Derecho Penal debe ser el Derecho de la Víctima, entendiendo dentro de dicha concepción del Derecho Penal que sólo debe conocer y resolver “causas cuyos daños al agraviado sean irreparables”, porque –a nuestro parecer– las causas o agravios a los derechos que son reparables deben ser tratados o

conocidos por el Derecho Civil, Derecho Administrativo o por los medios alternativos de solución, notariás, etc.

Nuestro propósito es demostrar que se está usando ilegítimamente las instituciones de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública, lo que transgreden los derechos fundamentales.

### **Estructura de la investigación.-**

Nuestra investigación estudia la institución jurídica de la Prisión Preventiva, con sus elementos clásicos como: a) Graves y fundados elementos de convicción que vinculan al imputado con el delito; b) Pronóstico de la pena superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad; c) Riesgo procesal, que se subdivide en c.1) Obstaculización del proceso; c.2) Arraigo domiciliario y procesal; c.3) Peligro de fuga; se han encontrado “mitos” o “dogmas” irracionales, errados como que: a) La prisión preventiva no es una pena, sino simplemente una medida cautelar y por lo tanto no vulnera los derechos fundamentales de la persona; b) La prisión preventiva no contraviene el principio de “presunción de inocencia”. Conceptos que anulan incluso la discusión y la defensa del Derecho de las personas como la vida y la libertad anteriores a las presunciones de culpabilidad.

Asimismo se estudian los Delitos contra la Administración Pública, que han sido clasificadas de la siguiente manera: **CAPÍTULO I: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: SECCION I: USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES:** 1) Usurpación de función pública; 2) Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce; 3) Ejercicio ilegal de profesión; 4) Participación en ejercicio ilegal de la profesión; **SECCION II: VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:** 1) Violencia contra la autoridad para obligarle a algo; 2) Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; 3) Resistencia o desobediencia a la autoridad; 4) Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión; 5) Ingreso indebido de materiales o

componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión; 6) Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios; 7) Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 8) Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 9) Violencia contra autoridades elegidas; 10) atentado contra la conservación e identidad de objeto; 11) Negativa a colaborar con la administración de justicia; 12) Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso; 13) Sustracción de objetos requisados por autoridad. **SECCION III DESACATO:** 1) Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función.

**CAPITULO II: DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS: SECCION I: ABUSO DE AUTORIDAD:** 1) Abuso de autoridad; 2) Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios; 3) Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles; 4) Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; 5) Denegación o deficiente apoyo policial; 6) Requerimiento indebido de la fuerza pública; 7) Abandono de cargo; 8) Nombramiento o aceptación ilegal. **SECCION II: CONCUSION:** 1) Concusión; 2) Cobro indebido; 3) Colusión simple y agravada; 4) Patrocinio ilegal; 5) Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares. **SECCION III: PECULADO:** 1) Peculado doloso; 2) Peculado culposo; 3) Peculado de uso; 4) Malversación; 5) Retardo injustificado de pago; 6) Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia; 7) Extensión del tipo. **SECCION IV: CORRUPCION DE FUNCIONARIOS:** 1) Cohecho pasivo propio; 2) Soborno internacional pasivo; 3) Cohecho pasivo impropio; 4) Cohecho pasivo específico; 5) Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial; 6) Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial; 7) Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 8) Cohecho activo genérico; 9) Cohecho activo transnacional; 10) Cohecho activo específico;



11) Cohecho activo en el ámbito de la función policial; 12) Tráfico de influencias; 13) Enriquecimiento ilícito.

**CAPITULO III: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA: SECCION I: DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL:** 1) *Denuncia calumniosa*; 2) Ocultamiento de menor a las investigaciones; 3) Encubrimiento personal; 4) Encubrimiento real) 5) Excusa absoluta; 6) Omisión de denuncia; 7) Fuga del lugar del accidente de tránsito; 8) Falsedad en juicio; 9) Obstrucción de la justicia; 10) Revelación indebida de identidad; 11) Avocamiento ilegal de proceso en trámite; 12) Falsa declaración en procedimiento administrativo; 13) Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial; 14) Evasión mediante violencia o amenaza; 15) Favorecimiento a la fuga; 16) Amotinamiento de detenido o interno; 17) Fraude procesal; 18) Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano; 18) Insolvencia provocada. **SECCION II: PREVARICATO:** 1) Prevaricato; 2) Detención ilegal; 3) Prohibición de conocer un proceso que patrocinó; 4) Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial. **SECCION III: DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA:** 1) Negativa a administrar justicia; 2) Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales; 3) Omisión de ejercicio de la acción penal.

Así también se estudian los Derecho Fundamentales en su noción y concepción como inherentes a la persona humana y a su defensa irrestricta, irrefutable e inviolable.

Toda la investigación nos ha dado un panorama general sobre la relación del Estado con el propio Estado a través de sus representantes, autoridades, funcionarios, servidores públicos, etc., que son esencialmente delitos cometidos contra diversas instituciones políticas (de gobierno) y patrimoniales (riqueza del tesoro público). Dichas instituciones tienen diversos problemas de concepto y finalidad, como por ejemplo, las causas de desobediencia y resistencia a la

autoridad que ha demostrado en la realidad graves atentados contra la vida a través de la privación de la libertad, siendo que a través de aquellos la potestad de los jueces de administrar justicia se ha visto deslegitimada por la falta de utilización del principio de proporcionalidad; la ineficiencia del Legislativo respecto a una revisión del Código Penal, y la insistencia en soluciones de “ampliar” las penas como “la única respuesta” de los legisladores, doctrinarios, gobernantes y ciudadanía, evidencia que se está ante un problema que ni siquiera se aborda: la eficacia de la prisión, sea ejecutada como pena privativa de la libertad o como prisión preventiva.

Nuestras conclusiones y resultados demuestran que el problema existe sin ser percibido y menos afrontado por razonamientos intermedios, que no llegan al final del asunto, que es la finalidad del Derecho Penal, ya no la sanción del imputado, sino la defensa, garantía y restitución de los derechos de la víctima, en casos en donde se producen “daños irreparables”.

Nuestras sugerencias es redefinir al Derecho Penal y reoperacionalizar teórica y prácticamente al Derecho Procesal Penal, organizando en principio la finalidad del Derecho Penal, reorganizar y reforzar el principio de que la vida es superior a cualquier otro derecho, siendo que la privación de la libertad afecta directamente a la vida.

**CAPÍTULO I:**  
**EL PROBLEMA**

## **CAPÍTULO I: El problema**

Nuestro problema es “La aplicación de la prisión preventiva y de los delitos contra la administración pública como transgresión de los derechos fundamentales de los procesados en el Perú en el periodo 2002 al 2016”.

### **1.1 Planteamiento del problema**

La prisión preventiva es una medida cautelar de naturaleza excepcional y no una regla general, sin embargo el “excesivo” y mayoritario porcentaje de su aplicación parece definirlo como “la regla” y no como una excepción; su consideración jurisprudencial como no sanción frente a la realidad que muestra que tiene los mismos efectos y características en la persona con sentencia firme de pena privativa de libertad son muestras de su “incoherencia”; la argumentación débil respecto al cumplimiento de los requisitos para su aplicación efectiva evidencian una “insuficiente “motivación”; además en la aplicación de la prisión preventiva no se toma en cuenta la magnitud y correspondencia entre los tipos delictivos y las sanciones impuestas, lo que revelaría la violación al principio de “proporcionalidad”; no se observan tampoco la aplicación de test de ponderación en las resoluciones de prisión preventiva; los elementos de convicción que vinculen al imputado con el tipo delictivo no ofrecen un grado de certeza suficiente; la prognosis de la pena, como pronóstico del margen de la pena no permite refutaciones atendiendo a la naturaleza de los hechos; el peligro procesal tiene en consideración superior al “proceso”, y no al sujeto; en el arraigo domiciliario es imposible determinar la posibilidad de fuga; la obstaculización de la actividad procesal, como la amenaza a agraviados, testigos, magistrados o cualquier fenómeno de perturbación del proceso, son también imposibles de controlar, por lo que consideramos que efectivamente dichos fenómenos hacen

ilegítimo la aplicación de la prisión preventiva en los delitos contra la administración pública, delitos que utilizaremos como marco de estudio por contener varias modalidades. Asimismo, todos los factores reseñados demostrarían la “transgresión” a los derechos fundamentales de la persona, como la libertad, la salud y la vida, fenómeno que debe resolverse. Tomamos a la prisión preventiva como estudio en su consideración individual.

A su vez, los Delitos contra la Administración Pública enmarcan un tipo delictivo general (consideración colectiva), es un delito contra toda la sociedad y no sólo contra un individuo; así, cuando se cometen se está transgrediendo los bienes y servicios sociales, que son factores que involucran y afectan a toda la sociedad y no sólo a un individuo en particular, de allí la elección de dichos delitos como subtema de nuestra investigación, porque mientras que la prisión preventiva es una medida que puede ser aplicada a cualquier persona, por cualquier delito, siendo por tal un tratamiento por el individuo, los Delitos contra la Administración Pública son atentados contra la sociedad toda, la representación institucional de la sociedad a través del Estado, y subrotulada como administración pública, que a su vez se puede agregar como el atentado a los “bienes y servicios públicos”. Así, la transgresión en este tipo delictivo, la ilegitimidad de este tipo delictivo recae en las características y factores que lo constituyen, clasifican, jerarquizan y conceptualizan, porque existe por un lado factores que demuestran el bloqueo, o al menos hacen menos accesible su conocimiento y menos comprensión, como los títulos mismos de los delitos que en el lenguaje común, social, no se entienden sino con un intérprete, no llegan directamente al individuo o ciudadano sino a través de un proceso previo de aprendizaje o de un intérprete, como por ejemplo, pocos entienden de qué trata exactamente el delito de “cohecho”, “cohecho pasivo propio”, “cohecho pasivo impropio”, “peculado”, “concusión”, “colusión”. Tampoco pueden distinguir entre delitos de “usurpación de funciones”, de “usurpación de poder”. También se encuentra el problema que no hay una debida proporcionalidad entre el delito cometido y las sanciones aplicadas, entre otras; además no existe “equivalencia”

entre los derechos vulnerados por el delito (bienes y servicios públicos, patrimonio público, poder público) y los derechos vulnerados por la sanción penal (libertad, salud, vida); por lo que la aplicación de estos tipos delictivos se convierten en ilegítimas, transgrediendo en consecuencia los derechos fundamentales del derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a acceso a la justicia.

En síntesis, nuestra problemática se encuentra en la “aplicación ilegítima” de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública, los cuales podemos verificarlos en las sentencias dictadas al respecto por el Tribunal Constitucional, así como en las estadísticas de INEI, Ministerio Público y otras instituciones públicas o privadas.

Las causas de nuestra problemática se encuentran en la transgresión del principio general de la medida cautelar como “excepción”, de la prisión preventiva, la desestimación y relegación del principio de presunción de inocencia, etc.; así como la falta de aplicación del principio de proporcionalidad y el principio de “equivalencia” en los delitos contra la administración pública, que traen como consecuencia la transgresión de los derechos fundamentales, como son la libertad, la salud y la vida.

## **1.2 Formulación del problema**

Nuestra formulación del problema parte de la interrogante principal de si existe una relación entre nuestras variables, dentro de un determinada unidad de estudio, tiempo y lugar. Así podemos decir que la aplicación de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales como la libertad, salud, vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.

### **1.2.1 Interrogante principal.-**

Nuestra interrogante principal es la formulación, conversión a pregunta de nuestro problema, a fin de determinar nuestros objetivos e respuestas provisionales como nuestras hipótesis. De esta forma nuestra interrogante principal es la siguiente:

¿En qué medida la aplicación de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016?

### **1.2.2 Interrogantes secundarias.-**

Nuestras interrogantes secundarias consisten en preguntarnos qué causas o elementos pueden probar la existencia de nuestro problema, cómo podríamos identificar si nuestro problema existe o no. Las interrogantes servirán luego para ponernos objetivos. Pero cabe aclarar que se pueden hacer muchas interrogantes secundarias, sin embargo sólo se necesitan probar aquellas que demuestren suficientemente nuestra hipótesis. Nuestras preguntas o interrogantes secundarias son:

1.- ¿Se ha aplicado ilegítimamente la prisión preventiva, al vulnerar el requisito de “excepcionalidad”, y el principio de inocencia, transgrediendo los derechos fundamentales, como la libertad, salud, vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016?

2.- ¿Se han aplicado ilegítimamente, al vulnerar el principio de equivalencia, los delitos contra la administración pública, transgrediendo los derechos fundamentales, como la libertad, salud, vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016?

3.- ¿Se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia y el principio de equivalencia en la aplicación de la prisión preventiva y en los procesos de delitos

contra la administración pública respectivamente, y por tal se han transgredido los Derechos Fundamentales?

### **1.3 Justificación de la investigación.-**

El Derecho es un sistema de principios y normas de protección y defensa de los derechos del ser humano, siendo que la prisión preventiva es sólo considerada una medida cautelar, como no sanción por no haberse dado en el último estadio de un proceso jurídico (sentencia firme), por lo que tampoco se considera que vulnera ningún derecho fundamental del ser humano, sin embargo en la realidad la persona que sufre prisión preventiva, aunque tiene consideración de imputado y no de sentenciado culpable, sufre en cuerpo y mente los efectos de una prisión, que distan totalmente de lo que las consideraciones teóricas, jurídicas y jurisprudenciales afirman como una no sanción. La realidad contradiciendo a la teoría, muestra que la prisión preventiva transgrede, afecta el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y mental, a la libertad, en suma, a los derechos fundamentales de la vida, que como tal son conceptualmente definidos como “irrefutables”. Por otro lado, los delitos contra la administración pública tienen problemas de concepción, proporcionalidad entre unos y otros tipos delictivos, problemas para acceder al derecho por dificultad o desconocimiento directo de los tipos delictivos. Por todo lo referenciado es necesario replantear el control de la potestad punitiva del Estado, a fin que no vulnere los derechos fundamentales, bajo concepciones doctrinarias o dogmáticas erróneas e ilegítimas.

La investigación presente se ha llevado a cabo en mérito a que si se aplican ilegítimamente la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública, entonces se transgreden los derechos fundamentales, siendo estos últimos (la vida, la salud, etc.) derechos irrefutables. Por lo que la utilidad de la presente investigación conlleva a evitar se desconozca o ignoren en la práctica (aplicación ilegítima) los derechos fundamentales, por una mala concepción de lo que significa la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública. Por lo tanto es importante la investigación para proteger y preservar el orden



constitucional que prioriza la protección del ser humano y sus derechos fundamentales.

#### **1.4. Objetivos de la investigación**

Nuestros objetivos son los siguientes:

##### **1.4.1 Objetivo general**

Describir y explicar que la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales, como la libertad, salud y vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.

##### **1.4.2 Objetivos específicos**

Nuestros objetivos específicos son:

- 1.- Describir que la prisión preventiva ha sido aplicada ilegítimamente, no cumple el requisito de excepcionalidad, vulnera el principio de inocencia, en los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016;
- 2.- Describir que los delitos contra la administración pública han sido aplicados ilegítimamente, vulnera el principio de equivalencia, en los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016;
- 3.- Explicar cómo los derechos fundamentales (libertad, salud, vida) de los procesados en el Perú son transgredidos por la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública, periodo 2002 al 2016.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

Nuestro marco teórico han sido los conceptos doctrinarios sobre el tema, problema, variables, indicadores de nuestra investigación.

### **2.1 Antecedentes de la investigación**

La idea central de nuestra investigación, la no vulneración de los derechos fundamentales de la persona, la podemos situar en diversa doctrina penal, específicamente en el libro “Tratado de los delitos y las penas”, escrito por Cesar Beccaria, quien consideraba que el derecho penal se debía humanizar. Sobre el tema de la prisión preventiva existe abundante investigación, pero no enfocada desde nuestra investigación, sino desde la dogmática e interpretación de la ley. Sobre los delitos contra la administración pública y los derechos fundamentales también tenemos abundante doctrina, pero igualmente se basan en interpretaciones de la ley, no en la relación que hacemos entre la prisión preventiva y su naturaleza transgresora de los derechos fundamentales.

### **2.2 Bases teóricas**

Nuestra base teórico científica que utilizaremos serán los conceptos que estructuren y den solidez a la investigación, como la doctrina y dogmática constitucional y penal; la misma la desarrollaremos en las definiciones de conceptos.

### **2.3 Definición de conceptos**

Hemos definido los siguientes conceptos jurídicos a fin de establecer claramente su construcción, alcance y finalidad. Desarrollaremos la definición de conceptos ampliamente en los siguientes acápite.

## **EL MARCO CONCEPTUAL**

Nuestro marco conceptual lo clasificaremos de la siguiente manera:

- I.- Subcapítulo Primero: Los Derechos Fundamentales y la aplicación del Derecho
- II.- Subcapítulo Segundo: El Derecho Penal
- III.- Subcapítulo Tercero: El Derecho Procesal Penal
- IV.- Subcapítulo Cuarto: La Prisión Preventiva
- V.- Subcapítulo Quinto: Los Delitos contra la Administración Pública
- VI.- Subcapítulo Séptimo: Los Jueces

### **Subcapítulo Primero:**

## **SUBCAPÍTULO I: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO**

### **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **1.- Concepto de Derechos Fundamentales.-**

Los Derechos Fundamentales son aquellos valores, principios y normas jurídicas que defienden el fundamento del ser humano, los derechos irrefutables de la persona humana, y que por tal están aceptados internacionalmente. Estos derechos fundamentales son: la vida, la libertad, la igualdad, la salud, el debido proceso, etc., que por su condición de conformar la integridad natural del ser humano no pueden vulnerarse o transgredirse sin dañar su propia esencia de derecho fundamental.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, “En el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los “derechos fundamentales” es desde mi punto de vista la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son

por tanto indisponibles e inalienables.” (Luigi Ferrajoli, Sobre los Derechos Fundamentales, Cuestiones Constitucionales, núm. 15, julio-diciembre, 2006. Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México. pág. 116).

Ferrajoli explica que aquel concepto no es completo, no define cuáles, sino sólo dice “qué son”, por lo que explora una segunda respuesta a ¿cuáles son los derechos fundamentales?, y expone: “La segunda respuesta es la que ofrece el derecho positivo, es decir la dogmática constitucional o internacional. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos.” (Luigi Ferrajoli, “Sobre los Derechos Fundamentales, Cuestiones Constitucionales, núm. 15, julio-diciembre, 2006. Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México. pág. 117).

Concluye Luigi Ferrajoli explicando que existe una tercera opción que precisa a los derechos fundamentales a través de tres criterios: “El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia. / El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales -de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de

condiciones personales y sociales, como dice el artículo 3 párrafo primero de la Constitución italiana— que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y es en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales. 3.- El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.”(Luigi Ferrajoli, “Sobre los Derechos Fundamentales, Cuestiones Constitucionales, núm. 15, julio-diciembre, 2006. Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México. pág. 117).

Gerardo Durango Álvarez, en un artículo denominado “El principio discursivo y los Derechos Fundamentales en la Teoría Habermasiana”, escribe: “Así, los derechos fundamentales presentan en la teoría habermasiana una doble dimensión: son, de una parte, condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos y, de otra, construcciones o elaboraciones intersubjetivas de sujetos autónomos que se reconocen mutuamente libres e iguales en tanto autores de las normas —esto es, autolegisladores— y miembros de una comunidad jurídica. Esto posibilita el ejercicio de la autonomía privada y la autonomía pública de los individuos, como miembros activos de una comunidad jurídica, pues como afirma Habermas, sin democracia es muy difícil que exista Estado de derecho. En esta medida los derechos fundamentales, en cuanto condiciones de posibilidad, legitiman un orden jurídico y político y, a su vez, en cuanto construcciones, se fundamentan en la dinámica participativa y discursiva de los ciudadanos bajo condiciones de racionalidad e imparcialidad” (Durango, 2006, pág. 15).

Según Ángel Luis Sánchez Marín, en su artículo “Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales”, explica que: Los derechos

fundamentales son, en sí mismos, derechos subjetivos y, por tanto, les son de aplicación las notas que la doctrina científica suele asignar a éstos. Pero es obvio que, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de caracteres, ya no compartidos por los otros derechos, sino exclusivos de ellos. Mencionaremos a continuación dichas condiciones: 1. Los derechos fundamentales son imprescriptibles, es decir, no les afecta el instituto de la prescripción, sin que, por tanto, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo. 2. Son también inalienables, esto es, no transferibles a otro titular, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos, en los que la regla general es la alienabilidad, aunque se den ciertas excepciones a la misma. 3. Son asimismo irrenunciables, o lo que es lo mismo, el sujeto no puede renunciar a la titularidad de los derechos fundamentales, a diferencia, como en los casos anteriores, de lo que ocurre con los derechos en general, que son renunciables en las condiciones que las leyes establecen. 4. Los derechos fundamentales son, por último, universales, entendiendo el término en el sentido de que todos ellos son poseídos por todos los hombres, lo cual quiere decir, que entre las personas se da una estricta igualdad jurídica básica, referida a los derechos fundamentales. No podía ser de otro modo, dado que todos los hombres participan de igual modo de la misma naturaleza: un ser es lo que es de manera total; no caben gradaciones a la hora de poseer una naturaleza” (Sánchez Marín).

## **2.- Las Teorías de los Derechos Fundamentales.-**

Existen diversas Teorías sobre los Derechos Fundamentales, así tenemos: “Teoría historicista, Teoría individualista y Teoría estatalista 1.4 Teoría constitucional de los derechos: Teoría liberal 1.5 Teoría de los valores, Teoría institucional 1.6 Teoría democrático-funcional, Teoría jurídico-social 1.7 Teoría de la garantía procesal (Derechos Fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. Guía de Estudio. Julio César Pérez Santa Cruz).

## LA APLICACIÓN DEL DERECHO

### 1.- La aplicación del Derecho.-

La “aplicación del derecho” significa la forma como transformamos un hecho social cualquiera en un hecho jurídico, encajar el derecho en un caso determinado, encajar el derecho en general y abstracto en un caso concreto y singular. Luis Diez Picazo escribiría al respecto de la vigencia, validez y aplicación del derecho en temas como: aplicación del derecho como subsunción, dificultades de la operación jurídica, silogismo de determinación de la consecuencia jurídica, fijación de los hechos por la cual se observa el caso como historia; descubrimiento de la sustancia jurídica del caso, transcendencia e intrascendencia de los hechos, conocimiento de los hechos y las pruebas, prueba judicial y prueba demostrativa, actividad probatoria como actividad regida por reglas jurídicas, tarea de selección de la norma aplicable al caso. La validez del Derecho no se da automáticamente, sino que sufre un proceso de legitimación.

### 2.- Norma jurídica y aplicación del Derecho

Si creemos que la aplicación del derecho se da a través de la norma jurídica, estaríamos proponiendo que esta, la norma jurídica, debe ser cumplida, ya sea que la norma jurídica sea concebida como: un “mandato”, un “imperativo”, una “regla de conducta”, o como “un criterio de decisión de conflictos”(Diez-Picazo, 1975, pág. 208). Pero sabemos que la norma jurídica es, en el concepto de Luis Diez Picazo, nada más que “un mandato con eficacia social de organización”. Pues bien, la realización de esta norma jurídica expondría la aplicación del Derecho. Sin embargo, la existencia y validez de una norma está contenida, por así decirlo, en un principio: “la pretensión de que la vida social y la realidad social se ajusten a ella: que el mandato o el imperativo sea obedecido; que el deber-ser contenido en la regla sea cumplido; que los litigios que se susciten sean resueltos o decididos de acuerdo con ella.”(Diez-Picazo. 1975. Pág. 208).

Es la vida social, o esta realidad social que tiene que encajar, encuadrarse en lo que sea norma jurídica, independientemente de lo que por ella se entienda. Cuando esto se da recién hay “aplicación del derecho”, presuponen algunos autores. Este encuadramiento de la vida social, la realidad social en la norma jurídica es llamado técnica “la subsunción”. Y esta se produce por la necesidad del Derecho de “hacerse real”.

Luis Diez Picazo define lo que por Aplicación del Derecho en sentido tradicional se entiende, y escribe: “Desde el punto de vista tradicional, el conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas se configura y se define como ‘aplicación del derecho’”(Diez-Picazo. 1975. pág. 208). ¿Esta imposición, de llenar con la realidad el balde de la norma jurídica puede abarcar y acaparar todo lo que se entiende por aplicación del derecho? Si fuera así quien determinaría el derecho no es la realidad sino las normas jurídicas. La realidad sólo sería un referente, pero no el plus del Derecho. En esta operación la subsunción es determinante de lo que sería la aplicación del derecho. “Se sume o se subsume el caso concreto que ha sido planteado en el supuesto de hecho de una norma jurídica. Rigurosamente, la función será una función de constatación o de homologación: se trata de determinar si la hipótesis de la ley se realiza en el supuesto de hecho. El juez o el que aplica una ley deben ser, como decía Montesquieu, la simple ‘bouche de la loi’, de tal manera que no tienen que hacer otra cosa que establecer los hechos, para que la consecuencia jurídica prevista en la norma se produzca de una manera automática.” (Diez-Picazo. 1975. Pág. 209).

Lo importante aquí está en determinar si el hecho social, o realidad social está encajado dentro de lo que se denomina el supuesto de hecho, que es un elemento de la norma jurídica. Si este hecho social puede contenerse en el supuesto de hecho entonces, por un criterio automático, más matemático que racional o valorativo, se produce una consecuencia jurídica. Esto es lo que se denominaría silogismo jurídico. Para que haya posibilidad de aplicación del Derecho no se



tendría que hacer nada más que “constatar” que un hecho social o realidad social encaje dentro de un supuesto de hecho determinado. Es decir, si el objeto – realidad social- encaja en el molde –supuesto de hecho-. El fundamento de este planteamiento parece residir sólo en el supuesto de hecho, aquí y sólo aquí hay valoración de los hechos, y fijación de los caracteres trascendentales de los hechos; por el contrario la consecuencia jurídica no tiene mayor valoración, porque es una imposición automática, previamente establecida y no sujeta a crítica o valoración.

El silogismo es la fórmula que se utiliza para explicar este tipo de operaciones, de tal forma que la subsunción se da a través de una fórmula: “dado una premisa menor (los hechos fijados por el juez o intérprete) y una premisa mayor (formada por la norma jurídica) se tiene que llegar a una conclusión. Así: “si es A, debe ser B”. Esta operación sería puramente lógica, pero como sabemos la vida, y el derecho no es lógico simplemente, sino que va más allá.

### **3.- La selección:**

No basta con intentar encuadrar un hecho dentro de una norma jurídica, porque la realidad, los hechos sociales no son tan encuadrables, o mejor, no pueden encuadrarse dentro de una sola norma jurídica, sino que esta encuadración responderá siempre a ciertos criterios, como pueden ser, las pretensiones. Luis Díez Picazo pone un ejemplo: Si Ticio ha matado a Cayo, entonces Ticio debe ser castigado”. Pero esto no es suficiente, porque el hecho no es tan simple, hay otros factores que determinar primero. Hay la necesidad de pulir el hecho, dejando de lado todos los fenómenos que no importen al derecho y sólo estableciendo aquellos que tengan necesariamente trascendencia jurídica, y para hacer esto hay que encuadrar el hecho dentro de determinadas perspectivas, por eso “La dificultad estriba ante todo en una selección de la norma jurídica de la cual queremos hacer aplicación” (Díez-Picazo. 1975. pág. 210). Por ejemplo si hay un hecho: “Ticio ha Matado a Cayo”, tendríamos que ver “los motivos del

homicida”, podría haber sido con alevosía, o con premeditación, o por imprudencia, o al contrario, en legítima defensa.

Ahora bien, el hecho de la constatación de los hechos, “presupone la utilización de unos criterios que son ya de algún modo valoraciones o que constituyen lo que se ha podido llamar deducciones volitivas”, dice Luis Diez Picazo. Determinar un hecho es determinarlo según una valoración, una valoración es hacer un juicio, es decir establecer los hechos no es sólo contar los hechos, sino, fijarlos, determinarlos, proponerlos, darle una estructura y forma a estos hechos. Así que el mismo hecho de contar implica también una valoración, una valoración de lo que han percibido nuestros sentidos. La función es “ligar” un hecho social con una norma jurídica.

#### **4.- Etapas de selección.-**

Luis Diez Picazo habla de cuatro etapas que entran en juego para poder decidir y resolver un determinado conflicto de intereses:

**4.1.- Seleccionar la norma.-** Se trata de la búsqueda y captura de la norma, que debe ser encontrada en todo el material normativo. Determinación del orden dentro del cual se puede clasificar el hecho social dentro de una norma determinada, y luego la “exclusión” de las otras normas. Es un proceso por medio del cual se “selecciona dentro del todo normativo”, la norma más idónea, o adecuada al hecho social, que por ello tiene que convertirse en jurídica.

**4.2.- Fijación de los hechos concretos.-** En este punto lo que se hace es establecer las características relevantes del caso, constatarlos y describirlos, puliéndolo de todos los otros elementos que no sean relevantes. . Es decir se tiene que fijar, limitar, encuadrar, determinar un hecho, y establecer que es ese hecho y no otro hecho.

**4.3.- Contrastación entre el caso y el supuesto de hecho.-** Esta operación mental consiste en establecer si el caso, el hecho social, encaja, puede encuadrar en un supuesto de hecho. Para ello debemos recordar que el supuesto de hecho no es más que un elemento de la norma jurídica.

Explicando diremos que la Norma jurídica tiene los siguientes elementos: 1) Supuesto de hecho, 2) nexo, 3) Consecuencia jurídica. El supuesto de hecho es el hecho social pero determinado por una ley. El gráfico es el siguiente:

$$SH + CJ = \text{Norma Jurídica}$$

$$\text{Supuesto de hecho} + \text{Consecuencia jurídica} = \text{Norma Jurídica.}$$

**4.4.- Fijación del sentido y alcance de la consecuencia establecida por la norma.-** Hay una oposición a esta formulación intelectual de establecer las soluciones de los conflictos de intereses, es decir a la aplicación del Derecho.

Si usamos esta fórmula estaríamos creyendo que el Derecho es como un ideal cristalizado, inamovible, previamente dado, determinado a priori por las normas, es decir que el derecho sería ante que el hecho. Esto no es así porque las normas jurídicas si bien son determinaciones a priori de los hechos sociales, los hechos sociales se configuran independientemente de las normas jurídicas; es más es luego que se intenta encajonar los hechos en las normas jurídicas. Las normas jurídicas pueden preexistir antes que los hechos sociales, pero no son los hechos sociales determinados por las normas jurídicas, es decir no disponen su cumplimiento. Lo que sucede es más bien que la hipótesis contenida en las normas jurídicas se cumple cuando un hecho social encaja dentro de una norma jurídica. El Derecho, y más propiamente, la norma jurídica es una “formulación abstracta y general”, pero los hechos no son generales sino casos concretos, claro que esto no signifique que para aplicar el derecho lo que se pretenda es “un ajuste o un encaje del caso en una norma”. Pero esto es sólo para poder operar, no

porque la norma mande se cumpla su hipótesis. Esto es más un instrumento de organización de la solución de los conflictos de intereses.

Lo que Diez Picazo intenta poner en claro es la fórmula del silogismo de subsunción, como le llama a todo este proceso de hacer encajar un hecho social, una realidad social dentro de una norma jurídica, no es tan simple, y no determina la aplicación del derecho, porque el derecho no es encaje de un caso dentro de un supuesto de hecho, sino mucho más; y puesto que el derecho es más bien “una serie de experiencias vividas o experiencias existenciales, que son rigurosamente hablando decisiones de casos concretos”, por lo que el Derecho si no es preestablecido, si no está ya determinado a priori, no es, por lo tanto, un dato, no es un ‘datum’, sino una invención, una creación constante, una reformulación constante, que tiene, eso sí, ciertos elementos de construcción, Así, dice Luis Diez Picazo, “Los textos legales, las costumbres y los principios manifestados a través de las creencias, las convicciones o las estimativas generales del grupo humano proporcionan pautas o guías para encontrar, en cada caso, precisamente en cada caso, ‘lo que es derecho’, es decir, un ‘iustum’ concreto.” (Diez-Picazo. 1975, pág. 212). En esta situación, el planteamiento de lo que es la aplicación del derecho cambia. Si el Derecho, o la aplicación del derecho no es encajonamiento del caso, hecho social, realidad social, dentro de una norma jurídica, tomada esta como un mandato imperativo con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, entonces, tenemos que ensayar otra forma de entender la aplicación del derecho, y esta es la que el derecho se crea a cada rato, con la reconstrucción y transformación de un hecho social en un hecho jurídico, pero no a través del silogismo de subsunción, sino a través de otros elementos más, a través de la consideración, primero de que el derecho tiene que encontrarse dentro de una determinación abstracta y general, para encuadrarlo dentro de un caso concreto y singular, este procedimiento permite que exista la convicción de la existencia de un principio de “igualdad”, es decir que a casos iguales las soluciones, o las respuestas jurídicas (el derecho es una respuesta a un fenómeno social) tienen que ser semejantes; además esta forma de solucionar los problemas, los casos, debe

realizarse contando con la existencia y conocimiento de ciertos criterios de decisión, que por lo tal se puedan prever, por este conocimiento, y que además deben coincidir con un “común y general ‘consensus’”. La aplicación del derecho ya no será el tradicional, es decir: “el conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas” (Diez-Picazo. 1975. pág. 208).

Lo que queda claro es que el caso no puede ser sometido a un simple silogismo, y que más bien, puede ser determinado, de acuerdo a la perspectiva de operación de donde se origine, así el caso, un hecho determinado, un hecho social, puede ser visto –Dice Diez Picazo- para consejo u opinión, que podrá ser resuelto por un jurista; o puede ser visto para determinar unas pretensiones, en este caso es la función de un abogado quien responderá exactamente con establecer el plus del caso, y el derecho de este caso; o puede ser sometido el caso para ser decidido, en cuyo radio entra la actuación de un juez. Como se verá, explica Diez Picazo, todas las variantes son válidas, y en cada caso se ha determinado y establecido una forma de hacer derecho, o de aplicar derecho. Lo que no hay duda es que es el caso el punto de partida. Además, “... existe entre las tres un evidente paralelismo, pues en todas ellas se trata de extraer del caso o de encontrar partiendo del caso aquello que para el caso ‘es derecho’”( Diez-Picazo. 1975. pág. 208).

### **5.- Fases de la aplicación del Derecho.-**

Las fases de la aplicación del Derecho son:

1.- Fijación de los hechos que constituyen el caso concreto. Estos hechos son fijados a través de la historia, porque los hechos en la aplicación del derecho no son vistos, necesariamente, sino conocidos a través de una narración, o de documentos, pero no a través del mismo hecho, o caso. Así, lo primero que se constituye es la historia del caso, y la historia –para Diez Picazo- es: “una transmisión de sucesos pretéritos, peor una transmisión en la que se han

introducido ya los criterios valorativos propios de quien realiza la transmisión,...” (Diez-Picazo. 1975. pág. 214).

Hecho que no había advertido es esto de la transmisión en la historia. Si la historia tiene su carácter en la transmisión, lo que significa es que importa, no por el registro de hechos pasados más relevantes, sino porque estos hechos aún suceden en nuestro tiempo, porque son transmisión, es decir, algo así como darle la posta a otro tiempo para que la carrera siga en pie. Y cuando un caso o hecho social es relatado a través de la historia eso supone que no es conocido como una experiencia personal, sino por medio de un tipo de comunicación.

Ahora bien, lo que se trata es de confirmar si esos hechos, narrados por la historia son ciertos o no, por eso hay que separar las afirmaciones valorativas (“esta pobre señora” “este sinvergüenza”). Así, el proceso es de decantación, porque las formulaciones de los hechos, que llevan en si una carga valorativa (esta pobre señora, este sinvergüenza) no pueden entrar en el margen de la historia jurídica, o del caso como problema jurídico. Queda solo la sustancia jurídica, “El caso va siendo despojado de todos aquellos elementos o de todas aquellas características que resultan intrascendentes a efectos del problema jurídico que se plantea y el caso queda reducido a lo que podríamos llamar su sustancia jurídica”, pero para esto se tiene que tener a la vista el contexto y el texto normativo donde podrían encajar los hechos o el caso, por eso el juez y el jurisconsulto tienen que trabajar con el caso como orfebres, es decir ir “moldeándola para que pueda caber en algunas de las hipótesis normativas” (Diez-Picazo. 1975. pág. 216). Lo que en suma se está haciendo es interpretar.

Pero cuando el juez, por ejemplo, hace derecho, no se dedica sólo a demostrar la proposición histórica de un hecho, no sólo fabrica una historia, sino que , a diferencia del historiador, “no puede elegir los asuntos que tiene que juzgar” (Diez-Picazo. 1975. pág. 218). Además al intentar aplicar el derecho, no se puede tener un conocimiento exacto, o riguroso en sus afirmaciones, por eso hay que

probar los hechos, pero la prueba, en los asuntos judiciales, no son tan simples, porque se trata de hechos sociales, de casos, y la prueba no demuestra la valoración de un hecho, sino intenta fijar como han ocurrido estos hechos, para tenerlos como puntos de partida del análisis y evaluación jurídica. El hecho de que la prueba judicial sea insuficiente está en que el derecho antes que demostrativo, es valorativo, es decir, se determina y fija por las valoraciones y juicios que de un determinado hecho social, o caso, se concluyen. Díez Picazo explica perfectamente este fenómeno o carácter no demostrativo del Derecho, al hablar de la prueba judicial: “La prueba judicial no es en rigor una ‘prueba demostrativa’, aunque algunas veces pueda intentar serlo, sino que es más bien un arte dialéctico que busca la persuasión del destinatario. Hay aquí rigurosamente una lucha y, como en un martch, un éxito parcial puede conducir a la victoria si el contrario no reacciona a tiempo. Se trata de convencer más que demostrar, y el convencimiento no se forja sólo respecto de los hechos en sí mismos, sino de su mayor o menor probabilidad, atendidas las circunstancias, entre las cuales no está exenta de importancia la valoración moral del tipo de individuos (¡esta pobre señora!, ¡este sinvergüenza!).” (Díez-Picazo. 1975. pág. 220).

Esta es una gran revelación, que por supuesto los positivistas no aceptarán, y menos porque el positivismo piensa que el derecho se aplica cuando un caso, un hecho social, una realidad social se encuadra dentro de una norma jurídica y nada más; que el derecho existe siempre y cuando exista demostración, a la manera de la ciencia, pero, otra vez, se olvida que el derecho antes que demostrativo es valorativo, y el valor de algo no se demuestra, como se puede demostrar la existencia de la ley de la gravedad, sino que se construye, a través de la coordinación de muchos elementos, o criterios de decisión, diferentes a lo meramente racional.

## LEGITIMIDAD Y VALIDEZ DEL DERECHO

### 1.- Legitimidad y validez del Derecho

Hay una complicación enorme cuando de legitimidad del derecho hablamos, porque no sabemos cómo asir este concepto; por ejemplo formulamos la legitimidad en el uso, las costumbres, en la aceptación social, etc., pero no sabemos que es lo que le da el fundamento a ese derecho exactamente. El problema de la legitimidad del Derecho es muy complejo, porque requiere de la determinación de los elementos mínimos para que sea configurado como tal. En el Derecho moderno, la legitimización ha buscado su respaldo en la objetivización de una norma jurídica, y ésta última tiene su origen en “la actividad de una fuerza social o de un grupo social, que de alguna manera la produce y trata de implantarla” (Diez-Picazo. 1975. pág. 282). Sin embargo esto no es aún suficiente; una norma jurídica no puede responder sólo a un “deseo, voluntad, interés, mandato de un grupo social –Afirma Diez Picazo.

Un deseo colectivo, la manifestación de la voluntad colectiva, el interés colectivo, y por último el mandato no son suficientes. Eso indica que debe haber algo más, una instancia superior que le da validez y vigencia a una norma, porque de lo contrario estaríamos entrando en el positivismo, es decir en el simple hecho impositivo por la cual una norma es tal si es dada por la autoridad; y como veremos que una norma provenga de una autoridad no determina el sentido y contenido de la norma o del derecho.

La voluntad, por ejemplo, de un Führer, “Las proposiciones emanadas de los jefes o de los grupos que ejercen o que disfrutan el poder político pueden ser mandatos o proposiciones imperativas, pero pueden no ser, y no siempre son normas jurídicas”. Lo que pasa es que una norma jurídica no tiene su fundamento en ella misma, sino en una instancia superior a ella, ¿cuál es esta instancia?



## **2.- El valor normativo**

¿Cuál es el valor normativo, cuando valen las normas? Puede pensarse que estas valen por su simple incorporación en el texto, o por otro lado, en las costumbres, es decir en la reiteración. Pero no es exactamente así. Porque la validez y legitimidad de las normas pasa por una instancia superior, que cumple las veces de instancia de legitimización.

## **3.- Qué legítima**

Hay dos formas de abordar el asunto, por un lado tenemos la cuestión formal, y por otro lado la cuestión informal.

## **4.- Legitimidad mediante criterios formales**

Este medio de pensar la legitimidad o validez de la norma tiene como referencia la idea de jerarquía y subordinación. La norma para ser tal, legítima, tiene que cumplir las formas requeridas. ¿Cuáles son estas formas? Una norma para ser tal, debe ser creada por otra norma, y es así como resulta luego válida. Si no hay forma, no hay legitimidad.

Quién crea al derecho, entonces, es ella misma, “según Kelsen, el derecho regula su propia creación”; así una norma jurídica es creada por otra norma jurídica, es decir “Es la norma jurídica la que determina la forma o el procedimiento en que otra es creada o producida” (Diez-Picazo. 1975. pág. 184). Al parecer esto resolvería el problema, porque no había necesidad de recurrir a ningún otro criterio sino a la comprobación de los requisitos preestablecidos, por tal, si no se han cumplido estos requisitos, estas formas no habría norma jurídica. El ente superior para la creación de la norma jurídica es la norma jurídica; pero observemos que no estamos hablando más que de una operación de constatación, de subordinación de una norma a otra, y no del contenido de esa misma norma. Se supone, entonces, que las formas que pide la norma ya contienen los elementos esenciales que justifiquen la existencia de otra norma. “Por consiguiente, una norma jurídica es válida o legítima cuando ha sido creada en la forma establecida

por la norma superior” (Diez-Picazo. 1975. pág. 184). La norma engendra otras normas, y la realidad queda de lado, no es la realidad sino la norma quien crea otra norma jurídica. Si esto es así ¿dónde dejaríamos la relación que tiene que existir entre una norma jurídica y la sociedad? La norma jurídica se da para la sociedad, y por tal no puede dejarse de lado a esta sociedad. Ahora bien cuál es esa norma superior que establece la creación de otras normas? Si partimos de Kelsen tendríamos que decir que se trata de la Constitución, una norma puede ser creada, luego, si se dispone de acuerdo a lo que la Constitución establece.

Así, la norma jurídica sólo puede ser creada por una norma superior, y ¿cómo establecemos la superioridad de la norma?, por su existencia temporal, por su generalidad o singularidad –según sea el caso- de que está revestida? Diez Picazo explora el fenómeno y explica que la existencia de “una razón de validez” está en la superioridad de la norma, y por tal en su capacidad para crear –por ser superior- otra norma. Y el asunto se reduce a la constitucionalidad, es decir a la norma superior de todas las otras normas. El problema podría estar en que habría el problema de caer en una simple legalidad, y que esta sea considerada una razón suficiente para crear una norma.

##### **5.- La creación de las normas.-**

¿Quién crea a las normas?, pues si es a través de la Constitución no es más que el Poder Legislativo. Por lo cual el problema queda reducido a una simple legalidad. A una forma, quien crea es la constitución, y esta manda o indica que es el Poder Legislativo, y este responde a la voluntad de la sociedad. El círculo parece ir más allá de la simple forma, pero lo que tiene en si la forma es un mecanismo para agrupar, clasificar y expresar la voluntad general. La forma es un mecanismo de organización, porque de otra forma no podrían organizarse las manifestaciones de voluntad. En problema con el uso de la forma es que esta es insuficiente, o no llena todos los vacíos, porque las formas, que se presentan como baldes en los cuales se tiene que llenar de contenido, es decir, la forma no es el contenido, pero

intenta llevar en si un contenido, que es el medio por el que logra posibilitar que ese contenido que está en la sociedad se exprese.

Así, si usamos como razón de validez la formalidad quedan aún muchas cosas incompletas. Si usamos el criterio de que una norma se crea por otra norma superior esto nos llevaría a pensar que esa norma superior es la Constitución, pero, aunque en un sentido Constitución explica su razón de ser, como método o marco de organización, queda sin explicar la razón última de la validez o de la legitimidad de la ‘constitución’.” (Diez-Picazo. 1975. pág. 284). Hay que definir, entonces qué es constitución, pero en el sentido que aquí nos interesa, y para eso diremos que “Constitución en el sentido kelseniano, es la norma superior que determina el procedimiento de creación de las demás normas.” (Diez-Picazo. 1975. pág. 184). Diez Picazo agrega que esta definición kelseniana de la Constitución no aclara las cosas, porque no existe en ella, en la definición, ningún alcance sobre el contenido de las normas. Una norma adecuada a las formas que establece la Constitución, pero puede carecer de validez “por razón de su contenido interno”.

## **6.- Legitimidad mediante criterios extralegales**

Para resolver el problema de la legitimidad de las normas jurídicas, y por ende del Derecho se tiene que ir más allá del texto legal, más allá de una concepción legalista o normativismo, tenemos que plantearnos el asunto desde una perspectiva metafísica, metajurídica, extrajurídica, “Ocurre, así, que el problema sólo puede ser resuelto acudiendo a criterios extralegales. La legitimidad y la validez de las normas necesariamente está fuera de las normas mismas.” (Diez-Picazo. 1975. pág. 185). Pero ¿a dónde ir? ¿cuáles son esos criterios extralegales? El problema ha querido ser resuelto en el derecho natural, pero este se muestra multívoco, porque al hablar de Naturaleza podemos referirnos a:

Naturaleza como cosmos. Que presupondría la existencia de una ley cósmica universal y a la que el hombre tendría que ubicar sus conductas. Esta ley cósmica

supondría una “exigencia existencial”. Podría ser que se considere esta naturaleza cósmica como un “orden originario de la creación”, y por tal razón este orden es justo, absolutamente justo, por ser determinado por la ley cósmica; o por otro lado podría ser que se crea en la naturaleza como orden cósmico, y que tendría en su esencia una “ley del devenir, o una ley del desarrollo o de la evolución”.

La Naturaleza como naturaleza del hombre, naturaleza humana. Cuál es el significado que a esta naturaleza humana se le atribuye. Descubrir este significado que representa el hombre, es decir el hombre es en su naturaleza su representación última, y ¿cuál es esta naturaleza?

Naturaleza como un “estado de naturaleza”. Este estado de naturaleza como contrapuesto al estado de civilización. La civilización sería, por tanto lo artificial.

Pero no queda aún nada perfectamente claro. La naturaleza del hombre, la naturaleza como el cosmos, etc. Además el ser humano viene por naturaleza pero su vida no es sólo producto de la naturaleza, porque su constitución física y mental responde a fenómenos artificiales, por eso Diez Picazo dice “La ‘naturaleza del hombre’ es fundamentalmente historia y cultura y como tal es un punto móvil en una constante evolución”. Lo que quiere decir al historializar al hombre es que este no es producto necesariamente de la naturaleza, sino de un proceso de culturización, que se da en la historia, es decir el exterior lo forma, el mundo lo construye y reconstruye, porque el ser humano nunca se queda en el estado natural, sino que va mutando, cambiando, adecuándose. Su vida, su existencia, su configuración física y mental van transformándose e implementándose. Eso no quiere decir que cambie físicamente, sino que su cuerpo y su mente toman matices diversos.

Luis Diez Picazo concluye que el problema es más bien un problema que se perpetúa como problema, es decir, una aporía, y expone, plantea, formula ciertas ideas:

1) No hay derecho natural permanente e inalterable. Y esto está demostrado por la historia, porque la vida no es inalterable, ni permanente, sino alterable, cambiante. Lo constante es precisamente el cambio. Por lo mismo el derecho no es natural sino histórico, es decir, un invento, una creación constante.

2) En el Orden jurídico hay siempre una constante móvil de evolución. Eso significa que no podemos determinar el derecho para siempre, porque este no responde a criterios estáticos, sino a valoraciones, que se hallan motivadas por ciertas circunstancias históricas y por la composición mental de una determinada sociedad. Diez Picazo pone un ejemplo, con la tria juris precepta (*honestum vivere, aleterum non laedere, suum cuique tribuere*). Estos conceptos o principios no son entendidos o interpretados de la misma forma en cada tiempo y por cada pueblo, sino que cada pueblo tiene su derecho y cada tiempo genera su interpretación jurídica. Y Diez Picazo escribe: “¿cabe alguna duda sobre la relatividad histórica de lo que se considera como honesto, de lo que constituye una lesión o respecto de lo que es este ‘suum’ que hay que dar a cada uno? (Diez-Picazo. 1975. pág. 188).

3) Inconveniencia de determinar reglas superiores fundadas en principios ininteligibles o inasibles. La idea de que existen reglas superiores y más perfectas a las escritas y vigentes, crea, en la realidad, un conflicto, y una pérdida de credibilidad y por lo tanto de legitimidad o autoridad, porque al ser estas normas incognoscibles, o al no resolver los problemas sociales, aunque tengan un origen precedido por aura de la divinidad, la sociedad, se opondrá en aras de otras mejores, que vayan de acuerdo a la necesidades requeridas.

El problema de creer en un Derecho Natural se puede observar con mayor claridad en el siguiente texto: “Respecto de un derecho formado naturalmente, al hombre no le toca otro papel que el de reconocerlo o descubrirlo.” (Diez-Picazo. 1975. pág. 189).

Pero, si tomamos esto así, incluso quedan otros problemas: ¿cómo reconocer el derecho que el compete por naturaleza al ser humano?, y luego ¿cómo descubrirlo? Si está en nosotros, como pretende esta teoría, ¿cómo descubrirlo? Que algo este ya dado no resuelve el problema de su entendimiento, reconocimiento y descubrimiento.

Puede usarse como fuente de reconocimiento –dice Diez-Picazo, a la razón. Pero no toda la vida es razón, no se actúa necesariamente racionalmente. “Hay que encontrar un fundamento social o una razón colectiva al llamado derecho natural., La base y la raíz de un ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse en la conciencia colectiva o, si se quiere decir de otro modo, en las convicciones generales o generalizadas de un grupo social.” (Diez-Picazo. 1975. pág. 189). Así, “La decisión de un problema jurídico se ha realizado probablemente siempre –y todavía hoy se realiza- dentro de y con arreglo a un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios, en los que el material normativo se inscribe.” (Diez-Picazo. 1975. pág. 190).

## **SUBCAPÍTULO II: EL DERECHO PENAL**

### **SECCIÓN I: EL DERECHO PENAL**

#### **1.- Concepto de Derecho Penal**

Diversos y variados conceptos se han dado sobre el Derecho Penal, enunciándolo como un derecho punitivo, como una sanción, como el tratamiento del crimen, como una potestad punitiva del Estado, y hasta existe un acercamiento a una noción sobre el Derecho Penal de la víctima; nociones que en cada tiempo van delimitando ciertos campos o áreas de operación del derecho y de su propia construcción. La historia va marcando cuál es la dirección que el derecho penal traza en su ejercicio, ondulando entre diversos fines, hasta llegar a la de la “prevención del delito”, con función resocializadora, rehabilitadora, etc.; sin embargo, la dirección del derecho penal sigue creciendo en función a descubrir y definir más las conductas que deben ser penadas, sancionadas penalmente; algunas que nacen del propio desarrollo de la modernidad, la ciencia y la tecnología (como el desarrollo de los delitos informáticos o los propiamente delitos de lavado de activos, etc.); siendo sin embargo la tendencia actual –a nuestro parecer- encontrar, describir y sancionar cada vez más las conductas, obviando que la sanción no es por sí misma una “solución” al problema delictivo, sino sólo su efecto o respuesta social más severo. El concepto del Derecho Penal es abordado desde este marco, a fin de encontrar o construir uno que pueda ser el que sirva para “solucionar” o intentar solucionar el fenómeno delictivo, pero además debería específicamente ocuparse prioritariamente de la defensa, garantía y restitución de los derechos de la víctima.

Por su parte Guillermo Cabanellas escribiría en su Diccionario Jurídico: “También -el Derecho Penal- suele ser denominado *Derecho Criminal*. Sutilizando, la designación primera es preferible, pues se refiere más exactamente a la potestad de penar, mientras que derecho al crimen no es reconocible, aunque el adjetivo expresa en verdad ‘Derecho sobre el crimen’, como infracción o conducta punible.

La potestad de pensar no es acaso la definición del derecho penal, porque éste no trata del “poder punitivo del Estado”, sino del poder reconstitutivo, o de seguridad del agraviado. La potestad punitiva proviene de la historia de la soberanía del Estado, que tiene que transformarse en soberanía del individuo.

Por su parte Raúl Peña Cabrera escribiría que “El Derecho Penal es la parte del Derecho Público que trata del conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que se aplican, a los titulares de los hechos punibles, con la finalidad de prevenir y reprimir dichos hechos.” Noción por el cual el Derecho Penal estaría como subordinado al Derecho Público.

El Derecho Penal es un derecho público, por su labor, o deber respecto a la organización social; así, si la labor fuera del orden privado –que interesa solo a la persona individual- no sería de derecho público. La categoría de derecho público integra además la necesaria participación o intervención del Estado, la monopolización estatal del proceso de tutela de derechos, denuncia y acusación penal (el Ministerio Público –ose el Estado- es el titular y dueño de la acción penal), la decisión respecto a si un hecho es o no delictivo, la potestad punitiva, etc. Esto implica que el Estado siempre intervendrá en los casos en el que un hecho sea tipificado como delito. Derecho público, entonces, porque su tratamiento y resolución –de hechos- representan al todo social, a la necesaria organización del todo social, o sociedad.



Ahora bien, si sabemos que el término *derecho* proviene del latín *directus*, directo, y de *dirigere*, enderezar o alinear, el derecho sería en consecuencia: “proceder con orden y detalle”, según cierto orden y detalle. Este orden lo impone el Estado, en base a todo un mecanismo de control y organización social legitimado por la propia voluntad de los miembros de esa sociedad, o por su simple inobservancia o indiferencia de las disposiciones del Estado; El derecho así surge como un medio, instrumento o mecanismo de control social. De esta forma el Derecho Penal es también un sistema de control social; término que indica que la persona no puede ya depender de sí mismo, sino de los demás, de la observancia de su vida y conducta respecto de los demás. El control social forma un mecanismo de “normalización” y previsión de la conducta humana.”; y puesto que “Se entiende por control social las formas organizadas en que la sociedad responde a los comportamientos de las personas en sus procesos de relación social. En palabras de Hurtado Pozo: “El Derecho Penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados” (Balotario desarrollado para aspirantes a magistrados (jueces y fiscales).

De esta forma el Derecho Penal es un sistema de control social enmarcado dentro del Derecho Público, como fenómeno que responde y se subordina a una finalidad pública, social, siendo que estas provienen o son determinadas por el Estado, en virtud a que funciona en representación de la sociedad; lo que terminaría explicando por qué el Estado es quien decide qué es o no delito.

Aquel Estado, o parte de él (Congreso de la República) al que las personas son “adheridas” desde su nacimiento, y al que se debe “resignación” primaria por la condición de superposición del poder del Estado al poder del individuo. Explicamos. Una persona desde que nace (actualmente) está ya reglada a ciertas condiciones de vida y conducta, a tal extremo que no puede decidir vivir en otro Estado al que nació sino solo por expresa autorización

(nacionalización, pasaporte, visa de trabajo, turismo, etc.) del Estado territorial en el que el sujeto no nació. Eso refleja un nivel de subordinación (constitucional, civil, penal, etc.) y también protección – del ordenamiento jurídico del Estado donde se nació. De esta forma el delito se convierte en un concepto espacial (lugar del Estado), temporal. El delito deja de ser universal para convertirse en específico, y el Derecho Penal deja de ser general para convertirse en jurisdiccional y competencial. Esta adhesión forzada del Estado con el individuo, que transforma en persona –con derecho y exclusivamente deberes- nace como una estructura anterior al nacimiento de la persona, y se impone con una posibilidad mínima de adaptarla a los gustos de cada persona (si se convierte en congresista, por ejemplo). El mundo ha dividido, lotizado, organizado, como instrumento de subordinación, con el justificante de protección social.

El Derecho Penal es un asombroso esfuerzo por la sociedad de dotar de ciertos mecanismos de seguridad a los individuos y a la vez de poner en relieve la fuerza y efectividad del Estado, su carácter imperativo; es una notificación al individuo para que éste se ciña a los principios del ordenamiento jurídico, para que sienta que no puede arbitrariamente cometer actos delictivos, para imprimir en la persona la conciencia de su pertenencia a un Estado, a una determinada sociedad, en el que es responsable de sus actos, en el que –como explicara Kant- cada individuo es responsable y creador de su propio destino. El Derecho Penal tiene un concepto central: el delito, que es, en términos simples, la “configuración cultural de lo que no se debe hacer, de lo prohibido, de lo sancionado”.

El Derecho Penal es una prohibición, siendo que lo asombroso de dicha prohibición es cómo -a través de esta disciplina-, se ha logrado la extraordinaria transformación de los hechos sociales en hechos penales. Esto responde a un imperativo cultural, a un sistema de valores y condiciones culturales, es decir, a lo que la historia decide qué es o no delito.

El Derecho Penal, en su concepto moderno, no puede haber existido en épocas antiguas, porque en aquellos tiempos sólo habían mandatos, imperativos, sanciones, castigos, puesto que las facultades para penar, sancionar, castigar no necesitaban de justificación en la sociedad, en los individuos. El emperador, el monarca, el rey, simplemente las imponía por imperio de su poderío, de su fuerza. Así, el Derecho Penal, en el sentido moderno, comienza recién cuando el ser humano es tomado en cuenta como persona, como “una fracción de poder” necesaria para la organización política del Estado; de esta forma el Derecho Penal moderno involucra indispensablemente la voluntad de los particulares, en donde ya no es la fuerza lo que da la facultad de castigar, sino, la necesidad de organización y control social. El ser humano ya no se mide por su fuerza, por sus conquistas, sino por su condición de ser humano, por el carácter especial y específico de tener voluntad que puede ser expresada, representada.

El Derecho Penal, se hace público, es decir, objetivo, imparcial, porque no representa ya más la voluntad del soberano, sino de la sociedad entera, así la voluntad general se hace Estado. El Derecho Penal, por esta figura, se convierte en un mecanismo que también transforma la voluntad social, colectiva, en el verdadero soberano; por tal ya no un individuo, una persona es quien determina la pena, sino la sociedad, el conjunto de personas que viven dentro de un determinado radio geográfico, político y jurídico. Una vez determinado ya el Derecho Penal, lo que queda es su identificación con la experiencia, su parte procesal, aquel método que logra delimitar si algún hecho ha encajado en un tipo delictivo. Este mecanismo es el Derecho Procesal Penal, que se vuelve indispensable para lograr la efectividad del Estado; la gran tarea: que cada quien asuma un puesto en la sociedad y que responda por sus conductas incluso penalmente. El Derecho Penal de esta forma es un acto que vincula al ser humano con toda la sociedad, llamada Estado. Vínculo jurídico porque es imperativo. La relación es luego entre el individuo y la sociedad, y antes la relación entre el individuo y su conciencia. Recordemos que conciencia es relación de la voluntad del individuo con la voluntad de la sociedad.

El Derecho Penal liberal al comenzar su lucha por ser de orden público, de orden social, trata de adecuarse a un carácter imparcial, objetivo –explica Jiménez de Asúa-. Y en esa historia, la historia de la afirmación de un Derecho Penal Liberal, se afianza una idea propia de la validez del Derecho Penal; nacen algunas preguntas: ¿por qué el Estado tiene el derecho a castigar, a penar?, ¿con qué derecho el Estado puede y sanciona? Este carácter reflexivo no es propio del Derecho Penal, sino de la Filosofía del Derecho; sin embargo, cabe siempre preguntarse sobre los fundamentos del Estado para castigar, y sobre cómo puede una disciplina identificarse al concepto de derecho, si parte sólo de una entidad artificial, ficticia, como es el Estado. Otra vez cabe la pregunta: ¿por qué el Estado puede castigar? La explicación puede ser teleológica si se explican las razones o motivos últimos y finales de la pena (rehabilitar, evitar el crimen, etc.); o por otro lado, si no existe justificativo necesario para la existencia del Derecho Penal, sino simplemente implementación de un sistema de represión que coincida con la soberanía del Estado de imponer sus normas; con un principio de dominación antes que de reformulación o resocialización del individuo penado. Escribe Jiménez de Asúa: “Ya Manzini nos dijo (...) que la facultad de penar era un atributo de la soberanía” (Jiménez, 1997, pág. 21).

Es con Thomsen, con el calificativo que le da al Derecho Penal, que podemos entender en primera instancia el fundamento del Estado de castigar. Thomsen –según reseña el gran jurista penalista Luis Jiménez de Asúa- denomina al Derecho Penal como “Verbrechenbekämpfungsrrech”, “Derecho de lucha contra el crimen” (Jiménez, 1997, pág. 17). Este podría ser el fundamento: la lucha contra el crimen. ¿Y por qué debe el Estado luchar contra el crimen? Porque las fuerzas del individuo, como individuo, no se abastecen para tal esfuerzo; porque no existe proporcionalidad entre el delito, el delincuente y el agraviado; porque no existe equilibrio entre estas dos fuerzas: el delincuente y el agraviado. Por eso es un tercero, el Estado, quien tiene que equilibrar estas fuerzas y reponer las cosas a un orden no natural, sino artificial, a un orden preestablecido, que es el de la tutela y

defensa de los intereses privados, que en el Derecho Penal se traduciría a que estos intereses privados se transforman en bienes jurídicos, públicos. Al respecto Jiménez de Asúa, señala que el bien jurídico no es más que este interés privado elevado a categoría de derecho tutelado, interés tutelado.

Según Jiménez de Asúa, Berner y Brusa, el Derecho Penal es “La ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado” (Jiménez, 1997, pág. 18), este dentro de las concepciones subjetivas. Mientras que Renazzi, Tancredo Canónico, Holzendorff, la definen como “Conjunto de normas que regulan el Derecho punitivo” (Jiménez, 1997, pág. 18); Franz von Liszt, Garraud, la describen como “Conjunto de normas que asocian, al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia” (Jiménez, 1997, pág. 18). De todas estas definiciones nos queda claro que el Derecho Penal es el ejercicio de la capacidad punitiva, de la potestad para castigar, lo que determina el efecto de la existencia del Derecho Penal. Este hecho legitimaría el derecho a penar, a castigar; y lo legitima fundado en diversos motivos; motivos que no responden al propio Derecho Penal sino al Derecho Público, es decir, al Derecho del Estado, del bienestar social, del bien común.

Así, el Derecho Penal “funda y determina” la capacidad punitiva del Estado, el “ejercicio del poder punitivo del Estado”; transforma este acto (uso de la fuerza o la violencia, para efectuar un castigo, una pena, al individuo infractor de la ley) en legítimo, aceptado y reconocido por toda la sociedad al imprimirle el fundamento de constituir una “necesidad social”, un “factor y fenómeno indispensable para el control” de la sociedad y de la delincuencia. Sin embargo, no hay que olvidar que esta “potestad punitiva del Estado” se ha formado desde antes de la existencia de la conformación del Estado moderno, desde antes de la conformación de sociedades modernamente organizadas; y que la “capacidad punitiva”, como potestad exclusiva del Estado, como poder, no se ha extinguido desde ese entonces; ha estado presente desde el mismo momento en que existieron instituciones de control o subordinación social. La potestad punitiva con el tiempo

se ha transformado en sus fundamentos; ha ido renovándose con nuevos fundamentos, acordes con el tiempo y el nuevo tipo de cultura de represión social. En la antigüedad la potestad punitiva estaba fundamentada en la teología, en la representación divina de quienes gobernaban, en un principio teológico para justificar el hecho de gobernar. En la sociedad moderna el fenómeno se ha trasmutado al reconocimiento de la sociedad, a la razón social. De esta forma el combate para convertir en públicos los castigos, es un combate por la imparcialidad, así Luis Jiménez de Asúa explicaría que “Con el talión, que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el periodo de la pena tasada. Así se transforma en Derecho Penal Público el poder penal ilimitado del Estado” (Jiménez, 1997, pág. 32).

Por otro lado, el Derecho Penal determina dos fenómenos: el crimen, como hecho; y la pena, como legítima consecuencia. Sin embargo, puede apreciarse este fenómeno a la inversa, no puede haber técnicamente (tipicidad) crimen si no hay pena para ello. Por eso el Derecho Penal primero determina la pena y luego el crimen; así, sólo lo penado será considerado crimen. Esta es la virtud del Derecho Penal, y también su limitación; es la parte predictiva del sistema jurídico y del carácter sancionador del Estado. El Derecho Penal se vuelve público, imparcial y objetivo, porque deja de ser arbitrario al limitarse en la ley escrita, en su positivización. Reseñado estaría aquí el fundamento por el cual el positivismo resultó un instrumento jurídico indispensable y necesario para la determinación y defensa de los derechos del ser humano; porque cuando el Derecho Penal se vuelve público autolimita su facultad punitiva, autolimita la facultad de sancionar del Estado, se vuelve normativo, valorativo y finalista. Es Derecho Penal Público porque “sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones” (Jiménez, 1997, pág. 19), explicaría Luis Jiménez de Asúa. Esto no era así en la antigüedad, donde la potestad punitiva era de carácter privado, por ser potestad y atribución del jerarca, monarca, rey, chamán, padre de familia; una atribución del soberano de castigar a su libre decisión y albedrío.

Diría Jiménez de Asúa: “El Derecho Penal garantiza, pero no crea normas”, sólo “lo administra” (Jiménez, 1997, pág. 21). El derecho punitivo del Estado, tiene por tal que responder a un sistema normativo, predecible y predictivo. El Derecho Penal se vuelve público por la observancia de este acto: la publicidad, y se hace válido bajo otro principio: el debido proceso. Por eso se tuvo que determinar qué era lo que se podía o no castigar, qué conductas podían ser pasibles de sanción, identificarse qué intereses eran pasibles de tutela jurídica; así “cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos”. Se da la tarea de determinar las sanciones penales a los jueces, a través de las sentencias, sin embargo frente a dicho fenómeno Luis Jiménez Asúa advierte “que los magistrados que condenaron no se desentiendan del reo sentenciado”.

Por otra parte el Derecho Penal se ha usado para hacer coincidir el delito con el delincuente, y esto parece haber desarrollado mejor el área de la Criminalística, como arte de la pesquisa, como el arte de descubrir el delito y el delincuente.

La adhesión subsunción, de un hecho delictivo (tipificado como delito por ley) crea una nueva categoría del ser humano, la de “delincuente”, categoría subyacente, reductora, negativa, que confiere al titular de aquella denominación características humanas individuales y sociales especiales, como infractor penal, peligro social, riesgo potencial, deudor penal socialmente; el delincuente representa una subcategoría social, de riesgo permanente para la organización normalizada de los seres humanos en sociedad.

Antiguamente el Derecho Penal tenía su fundamento en otro factor, la utilización del delincuente en provecho del Estado, en las minas, galeras, etc. Actualmente la penalidad tiene que justificarse en nuevos motivos, en nuevas razones, perfectamente concordantes con el fin del propio estilo de vida actual, con el bien común. Además, el Derecho Penal no puede ser explicado sólo por juristas, es decir por personas versadas en el derecho, sino por filósofos del derecho, porque se trata no de afirmar la existencia de un hecho y ubicarlo dentro de un tipo penal específico para descubrir y describir al delito y al delincuente, “el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido. Necesitamos abocarnos al tema

filosófico de por qué se pena. El jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan.” (Jiménez, 1997, pág. 40). Pero, es necesario además que cualquier persona pueda entender el derecho, el abogado servirá para desentrañar aquello que no se logra comprender, el filósofo para repreguntarse sobre el porqué y utilidad de las normas penales, y la persona es la que debe darle legitimidad con su voluntad al derecho penal.

Es necesario además resaltar las razones del castigo. Esto ha sido desarrollado por diversas escuelas penales que han explicado, entre otras cosas, que el Estado sólo habría canalizado los instintos ancestrales del ser humano –según escribe Jiménez de Asúa-, “Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo” (Jiménez, 1997, pág. 41). Según esta concepción “el castigo sirve de refuerzo a nuestro súper yo”. Además, según dicho autor, “Reprimimos el delito porque la impunidad incita a nuestro ello a rebelarse contra el control del súper yo. Esta instancia anímica no se ha formado sino a expensas de grandes dolores: los instintos trataban de brotar del ello y vencer a la conciencia. Así, por introyección del padre se ha ido formando el súper yo del hombre. De todos es sabido que padre y autoridad se identifican para los psicoanalistas. Si un crimen quedara impune, la autoridad podía ser burlada, y al ver nuestro ello que alguien lo ha podido hacer impunemente, desde nuestra inconsciencia trataría de imitar el mal ejemplo. El castigo sirve de refuerzo a nuestro súper yo, y por eso la pena es difícil que desaparezca mientras no tome otro rumbo la vida” (Jiménez, 1997, pág. 41) . Jiménez de Asúa concluye escribiendo que “la pena es la compensación de la renuncia al sadismo.” (Jiménez, 1997, pág. 41), a ese instinto natural por ser cruel, puesto que sadismo, para una ecléctica filósofa Simone de Beauvoir, es nada más que crueldad. Este instinto de crueldad ha sido, desde toda nuestra vida, lo natural en el ser humano, y se ha mostrado de diferentes formas, desde las más espeluznantes, revestidas en el castigo del delincuente, “El hombre de antaño satisfacía su instinto de crueldad con mil espectáculos cotidianos. Al de hoy apenas si le quedan algunas diversiones, como las corridas de toros, el boxeo, las peleas de gallos y el castigo



de los delincuentes. Todos estos instintos ancestrales han canalizado el derecho de penar.” (Jiménez, 1997, pág. 41).

Por otro lado, la crueldad de los castigos ha sido retratada por Michel Foucault en su obra *Vigilar y Castigar*, en donde escribe: “Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a ‘pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París’, adonde debía ser ‘llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano’; después ‘en dicha carreta, a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento” (Foucault, 1976, pág. 11). No olvidemos que este tipo de tortura, de pena, era legítima y natural. Este hecho se dio en Europa. También podemos recordar la historia de Túpac Amaru, en Latinoamérica, que fue descuartizado por cuatro caballos.

Todos estos sucesos eran sanciones comunes para la época, y nadie se escandalizaba por el hecho, sino por el temor a qué pasaría con ellos. Así, los suplicios eran normales. Ha tenido que pasar mucho tiempo para la “desaparición de los suplicios, pasándose de un castigo público. “Ha desaparecido el cuerpo supliciado, descuartizado, amputado, marcado simbólicamente en el rostro o en el hombro, expuesto vivo o muerto, ofrecido en espectáculo. Ha desaparecido el cuerpo como blanco mayor de la represión penal” (Foucault, 1976, pág. 16). Se llegó a unos castigos discretos, más sutiles, más silenciosos: “La retractación pública en Francia había sido abolida por primera vez en 1791, y después nuevamente en 1830 tras un breve restablecimiento; la picota se suprime en 1789, y en Inglaterra en 1837. Los trabajos públicos, que Austria, Suiza y algunos de los

Estados Unidos, como Pensilvania, hacían practicar en plena calle o en el camino real –forzados con la argolla de hierro al cuello, vestidos de ropas multicolores y arrastrando al pie la bala de cañón, cambiando con la multitud retos, injurias, burlas, golpes, señas de rencor o de complicidad-, se suprimen casi en todas partes a fines del siglo XVIII, o en la primera mitad del XIX. La exposición se había mantenido en Francia en 1831, en contra de violentas críticas –‘escena repugnante’, decía Réal-, y se suprime finalmente en abril de 1848. (...) El castigo ha cesado poco a poco de ser teatro (...) el rito que ‘cerraba el delito se hace sospechoso de mantener con él turbios parentescos: de igualarlo, si no de sobrepasarlo en salvajismo, de habituar a los espectadores a una ferocidad de la que se les quería apartar, de mostrarles la frecuencia de los delitos, de emparejar al verdugo con un criminal y a los jueces con unos asesinos’ (Foucault, 1976, pág. 16).

Llega con las ideas de la modernidad el ocultamiento de la pena, pues se comenzaba a asociar al verdugo con el propio criminal, al hacerse el análisis del delito y del tipo de castigo, donde se estaría equiparando uno al otro. Por eso “El castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad vivible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen...” (Foucault, 1976, pág. 17), escribe Foucault. Debe haber otro tipo de repartición de la sanción, y la publicidad de la tortura; el castigo tiene que ser más discreto, menos público, lo público es el proceso, por eso, reseña Foucault: “A partir de este momento, el escándalo y la luz se repartirán de modo distinto; es la propia condena la que se supone que marca al delincuente con el signo negativo y unívoco; publicidad, por lo tanto, de los debates y de la sentencia; pero la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénesse, pues, a distancia, tendiendo

siempre a confiarla a otros, y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar...” (Foucault, 1976, pág. 17).

Y luego el sistema de administración de justicia cambia. Ya no el castigo, la pena, el ejemplo, el escenario de la pena es lo importante, el juez ya no quiere ser el verdugo, sino el reeducador. Su función cambia, así, “(...) lo esencial de la pena que nosotros, los jueces, infligimos, no crean ustedes que consiste en castigar; trata de corregir, reformar, ‘curar’; una técnica del mejoramiento rechaza, en la pena, la estricta expiación del mal, y liberta a los magistrados de la fea misión de castigar.” (Foucault, 1976, pág. 17), insiste en explicar Michel Foucault en su libro *Vigilar y Castigar*.

La historia de la aplicación de la sanción penal pasa por sus aplicadores, el Estado a través del juez; así, el juez penal sanciona según el criterio temporal, pasando por diversos periodos como, castigar para: 1) Expiar el pecado; 2) Castigar o someter a subordinación; 3) Ejemplificar; 4) Reformar al delincuente; 5) Curar; 6) Rehabilitar; 7) Resocializar, etc.; sin embargo en todas ellas mantiene ciertas características: el castigo, la sumisión o subordinación del individuo al Estado.

## **2.- Teorías penales, autores y escuelas penales.-**

Existen diversas Escuelas o Teorías Penales, así autores que las han desarrollado, como: Santo Tomás Moro, Juan Mabillon, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, César Beccaria, Jeremy Bentham, Filangieri, Juan Pablo Marat, Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, Voltaire, Feurbach, Karl Hommel, John Howard, Gotthold Lessing, Johann Schiller, Romagnosi, Immanuel Kant, Hans Gross, Franz Klein, Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani, Antonio Rosini, Francisco Carrara, Manuel De Lardizábil y Uribe, Luis Luchini, Joaquín Francisco Pacheco, Mario Francisco Pagano, Franck Enrique Pessina, Carlos David Augusto Roeder, Francisco Giner De los Ríos, Pedro Dorado Montero, Franz Joseph Gall, Juan Bautista De la Porta, Juan Caspar Lavater, Quetelet,

Lambert Adolpe Jacques, Adre Michael Guerry, César Ezequiel Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo, Augusto Comte, Alejandro Lacassagne, Gabriel Tarde, Bernardino Alimena, Manuel Carnevale, Fran Von Liszt, Adolfo Merkel, Ricardo Von Hammel, Edmundo Mezger, Adolfo Prins, Puglia, Florián, Harry Godland, Charles R. Von Birkmayer, Ernst Von Beling, Hugo Conti, Silvio Lhongi, Vittorio Vicente Lanza, Montalbeno, Falchi, Trajieno, Carlos Binding, Vicente Manzini, Arturo Rocco, Max Ernst Mayer.

El Derecho Penal está clásicamente explicado por César Bonesana Marqués de Beccaria en su libro “Tratado de los Delitos y de Penas”; por Michel Foucault en su libro “Vigilar y Castigar”; por Luis Jiménez de Asúa, en su libro: “Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito”; por Francesco Carrara en su texto “Derecho Penal”; por Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal”, por Claus Roxin “Derecho Penal, parte general”, o incluso en la obra de Thomas De Quincey, en su obra “Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes”.

### **Teorías Penales.-**

Entre las teorías penales encontramos: las siguientes: Teorías Relativas o Utilitarias: a) Teoría de la prevención; b) Teoría de la enmienda; c) Teoría de la defensa social.

### **Escuelas Penales.-**

Escuelas: Escuela Clásica Penal; Escuela Correccionista; Escuela Positiva. La Fisiognomía, la Frenología; Escuela Cartográfica, Estadística Moral o Física Social; Escuela Positiva de la Ciencia Criminal o Positivismo Criminológico; Escuelas Intermedias. Positivismo Crítico; Escuela Sociológica alemana; Escuela político-criminal (Escuela De Marburgo, Escuela Ecléctica, Joven Escuela; El Neopositivismo; Escuela Humanista; Escuela Técnico Jurídica o neoclásica; Escuela Ecológica.

### **El Derecho a castigar del Estado o de la potestad punitiva del Estado.-**

El Derecho a castigar del Estado debe tener un límite o un eje central del cual parte, dicho en términos de Nietzsche, "La cuestión está en saber hasta qué punto ese juicio favorece la vida, conserva la vida, conserva la especie, quizá incluso selecciona la especie;...". En otros términos, al momento de ejercer el derecho a castigar, el Estado debe preguntarse primero si aquello favorece o conserva la vida, e incluso si se está haciendo una necesaria selección de la especie humana.

Una de las formas de control de la potestad de imponer sanciones penales, que son a través de leyes emitidas por el Poder Legislativo, es a través del control constitucional del Tribunal Constitucional, ante quien se puede interponer demandas de inconstitucionalidad. Así tenemos como antecedente la Sentencia recaída en el Exp. N.º 00017-2011-PI/TC – Colusión – Tráfico de influencias, se prescribe:

“Este Tribunal ha reiterado que la existencia de una constitución normativa limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso penal. Y es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. (Exp. N.º 0012-2006-PI). Conforme a lo expuesto, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar

derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.

5. Así, en la medida que la intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales (vgr. libertad personal), ello autoriza la intervención de la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos. De este modo, existen una serie de principios limitadores de la potestad punitiva estatal. De otro lado, cabe señalar que no sólo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal." (El subrayado es nuestro).

### **3.- Principio de Culpabilidad**

Claux Roxin escribiría sobre este, con el subtítulo de "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", explicando: "La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad." (Roxin, 1981, pág. 43). Es curioso observar que puede haber un principio de culpabilidad, por cuanto nadie puede ser considerado per se, presuntamente culpable, porque la regla general y absoluta debiera ser la presunción de inocencia. Esto por varias razones. En primer lugar una cuestión de orden valorativo. Un delito es un consenso, una determinación social, un invento congresal, pero no una determinación absoluta; aquello queda demostrado en la historia y la transformación o mutación de lo que se consideraba delito, y con la actual tipología del delito según cada Estado. Así, si el delito es consensual, no puede imponerse la culpabilidad en forma absoluta del individuo,

por lo cual la presunción de la culpabilidad siempre será consensual, determinada por el tiempo y espacio; por eso Binder la enuncia como límite al poder punitivo del Estado. En la realidad y actualidad, la presunción de culpabilidad está insertada en instituciones jurídicas procesales penales como la prisión preventiva.

#### **4.- El delito**

##### **4.1.- El Concepto de Delito - Bentham**

Una clarificadora concepción del delito parece haberla dado Bentham, quien, según se indicaría, en su obra "Tratado de la legislación civil y penal" distingue dos sentidos del delito: a) El delito formal como "todo lo que el legislador prohíbe", y, b) El delito sustancial, como "todo acto que debe prohibirse por razón de algún mal que produce o que pueda producir"; nociones descritas en la obra "Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes", de autoría de Ermo Quisbert (Quisber, 2008, pág. 36). La primera noción de delito como producto del legislador no pareciera revestir mayor problema más que el de encontrar el sentido correcto de la norma, al margen de estar de acuerdo o no con la tipificación delictiva; mientras que el segundo sentido de delito tiene sus evidentes problemas de constitución porque se enfrenta a principios propios de la limitación del poder legítimo de penar del Estado, a través del principio de legalidad, y del elemento necesario y constitutivo del delito como es la tipificación, mientras que por otro lado este sentido de delito es pertinente como un instrumento contra la impunidad, basándose para implementarse sólo en la argumentación, que actúa como maquinaria para construir derecho, sobrepasando cualquier vacío, olvido, negligencia o impertinencia normativa. Este instrumento es el utilizado, válido y legítimo ante causas, por ejemplo, que sancionan -en caso extremo- delitos de lesa humanidad, incluso cuando aquella noción no existía en el Derecho positivo.

Comete delito aquella persona (ciudadano o funcionario) que realiza una conducta (hacer algo o dejar de hacer algo obligatorio), típica (descrita en la ley penal)

antijurídica (contra el derecho), y culpable (pasible de ser castigada) y que es sancionada con diferentes penas: como pena privativa de la libertad (cárcel), prestación de servicios a la comunidad, pena de limitación de derecho, pena de restricción de derecho, inhabilitación, multa, etc.

#### **4.2.- El concepto clásico del delito.-**

El delito es conceptualizado como aquella “acción humana típica, antijurídica, culpable y punible”; siendo la relación entre estos elementos y sus límites lo primero a explorar. En una primera observación se encontraran evidentes vacíos casi imposibles de resolver en la dogmática jurídica, como por ejemplo, en la concepción de la tipicidad, es decir, necesidad de una ley que relate o describa un hecho para ser considerado un delito. Tipicidad que se sintetiza en el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, no existe crimen sino existe ley, no hay delito sino hay ley que lo prescriba, que deja el vacío de todos aquellos hechos dañinos que al no estar tipificados quedan impunes. Por otro lado, la antijuridicidad responde a la idea que el hecho está violentando el derecho; mientras que la culpabilidad responde al concepto de vinculación del hecho delictivo con el delincuente, y de su capacidad para ser sancionado penalmente; siendo además que la punibilidad es el medio por el cual el Estado tiene el *ius puniendi*, el derecho a penar.

Ahora bien, una grave interrogante: ¿por qué pensar que lo que llamamos delito es realmente digno de castigarse? ¿No será que le han quitado al ser humano su estado natural, que se constituye en hacer lo que le venga en gana, a pesar de la opinión, voluntad, o interés de los demás? ¿No será que en realidad la constitución del delito es nada más que el sometimiento a través del lenguaje, de cierto discurso de poder o dominación a una transformación del hombre natural en hombre civilizado? El delito sería así un producto de la civilización, una construcción lingüística, social, que intenta preservar a la sociedad, al individuo de los excesos y abusos del poder de los demás.



### **4.3.- Los elementos constitutivos del delito.-**

Los elementos técnicos tradicionales que constituirían al delito, dogmáticamente y descompuestos de su concepto formativo son: a) La acción u omisión humana – conducta humana-; b) Tipicidad; c) Antijuridicidad; d) Culpabilidad; y, e) Punibilidad.

El elemento “acción u omisión humana”, se refiere a la conducta humana, entendiendo que para que exista conducta (acción u omisión) punible la persona haya tenido la posibilidad de decidir sobre la misma (voluntad). No debemos olvidar que una acción u omisión humana es tal cuando implica “responsabilidad”, que puede ser exigida por la sociedad cuando no existan eximentes de aquella.

El elemento “antijuridicidad” requiere un previo concepto de juridicidad, que es todo aquello que se vincula con el derecho, que está conforme al derecho. Así, el criterio para que una conducta humana sea calificada como jurídica no está en la existencia de una ley escrita, sino en la relación entre el hecho, la conducta humana y el bien común; entonces, “jurídico es cierta relación de causalidad con el bien común político, con la posición de gobierno. Lo que hace que una conducta sea ‘jurídica’... es su carácter de condición necesaria -aunque no suficiente- para la realización o la afectividad del mencionado bien común de la sociedad política” (Massini, 1978, pág. 33).

El otro elemento constitutivo del concepto de delito es la “tipicidad”, que es encajonar las conductas en los tipos penales; así “La tipicidad expresa, por consiguiente, la idea que el campo de aplicación del derecho penal no es indefinido, ni continuo, sino que está formado por pequeñas zonas circunscritas e independientes entre sí, constituidas únicamente, por los tipos creados expresa y precisamente por el legislador” -escribe parafraseando a Eduardo Novoa Monreal, Raúl Peña Cabrera-, quien a su vez describe a la “tipicidad como adecuación de una conducta a una figura legal”.

Habría que anotar que pueden surgir problemas ante la inexistencia de ley para un hecho dañoso. Poniendo un ejemplo cualquiera -visto desde el positivismo-, un hecho no determinado por conceptos fijos, ciertos y reconocibles en una norma no existiría para el derecho. De esta forma el hecho dañino no habría forma de componerlo; por falta de esto la determinación normativista de conceptos fijos, ciertos y reconocibles; sin embargo esto no elimina el hecho, y lo gravitante, no elimina el daño ni la posibilidad de perpetuarse o llevarse a cabo en otros sujetos de derecho. ¿Puede suceder, entonces, con la concepción normativista, que exista una grave violación a la persona, pero la no existencia de norma deja esa violación sin solución? Por ello, el asunto debe centrarse en determinar que el hecho se convierta en jurídico y no solamente en legal. Un hecho es jurídico si su naturaleza y consecuencia responden a factores del “deber ser”, pero este deber ser puede confundirse con las otras normas, como las normas morales, éticas, de trato social, etc. Para diferenciarse el Derecho se ha constituido con ciertos elementos que no tienen las “otras normas”. Estos elementos son la coacción, la exigencia social de solución, la monopolización del poder, poder de vigilar y castigar. Cabría agregar que cuando existe un daño a la persona y no está tipificada es realmente peligroso para la sociedad entera, pues la naturaleza del hecho y sus consecuencias acarrea no sólo un daño individual, sino social, porque la sanción o reparación, la infracción, es a los principios, a las normas (normas como preceptos que regulan la conducta humana individual siempre en relación a la conducta humana en sociedad). Así un hecho para ser delictivo no tiene que ser sólo típico, sino antijurídico, es decir que contradiga la relación de la conducta humana con el fin común, y que por lo tanto haya necesidad de una “exigencia social de solución” (Diez-Picazo, 1975); algo es jurídico sólo si responde a una exigencia social de solución, explicaría Luis Diez-Picazo.

En el elemento de tipificación podríamos agregar que aquellos hechos calificados como delitos son producto de la determinación del Estado o de la sociedad, para solucionar dichos delitos a través del castigo. Por ejemplo, en los delitos de

lavado de activos, primigenia Ley N° 27765: Ley penal contra el lavado de activos. Esta ley emanada del Poder Legislativo pone en evidencia un primer fenómeno: que el Legislativo precede al Judicial en la regulación normativa. El Legislativo da las normas para que el Poder Judicial las utilice como instrumentos de solución de conflictos. Eso indica que sólo habrá -en este caso- delito de lavado de activos si es que está debidamente tipificada, y esta tipificación es dada por el Legislativo. Aquí la tipificación es precedente, es a priori, pero no todos los fenómenos que causan daño a la sociedad pueden determinarse a priori. Las leyes contienen hipótesis, afirmaciones a priori, pero los hechos se presentan siempre a posteriori. Para seguir con el ejemplo podemos decir que el delito de lavado de activos se refiere a los actos de conversión y transferencia de dinero, bienes, efectos o ganancias, que tengan un origen ilícito conocido o presumido, supuesto. La finalidad es evitar la identificación de su origen. Lo primero que se observa es que se trata de una ley penal codificada. Eso significa que está dentro de un texto o cuerpo legal, siendo que la codificación no es introducirlo en un texto llamado código, sino transformar una determinada información a lenguaje convencional. Un código no es sólo un cuerpo material que contiene la normatividad jurídica, sino es un “sistema convencional de signos y símbolos que permiten la transmisión de un mensaje o información”. Pues bien, en la determinación de este delito, no hay sólo tipicidad, sino antijuricidad, que se traduce en el mensaje: no se debe lavar activos, algo se lava porque está sucio, en este caso porque es delictivo.

El derecho penal es netamente prohibitivo. Las normas jurídicas penales tienen carácter de tal si prohíben. Se trata de normas jurídicas que se definen como mandatos con eficacia social de organización; preceptos, proposiciones o afirmaciones que indican cómo debe uno conducirse. Esta indicación, respaldada por una amenaza o sanción, pasa a ser un mandato. Ahora bien, para que algo sea precepto es necesario que sea un indicativo de la conducta a seguir; para constituir un mandato se necesita de una amenaza o sanción posterior, a posteriori. La norma jurídica necesita de estos dos elementos, pero además, si la

descomponemos, en una norma jurídica siempre existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; esta consecuencia, según el principio de Imputación de Kelsen, es una respuesta arbitraria, o que se impone. Una consecuencia jurídica es siempre una valoración jurídica, una respuesta a la realidad social; esta respuesta jurídica se transforma en una sanción. Ahora bien, la consecuencia jurídica pasa por dos fases: 1) Comprobación del supuesto de hecho, 2) La valoración del supuesto de hecho. Esto significa calificación. Dar la medida del valor. En nuestra realidad penal nuestra respuesta jurídica sigue siendo condenatoria, carcelaria; pero dicha respuesta se subordina a la tipificación y no a la antijuricidad. Se sigue luego un criterio de seguir los mandatos de la norma jurídica, como imposición de conductas. Se puede decir que en el Derecho Penal no existen deberes, sino simplemente sanciones; por eso estas normas no imponen deberes sino imponen sanciones. Así, siguiendo las perspectivas doctrinarias de Luis Díez-Picazo, podemos parafrasearlo y decir con él, que los particulares no están obligados por las normas, sino simplemente expuestos a sufrir una sanción, si se presenta la hipótesis expuesta por la norma.

### **5.- Tipos de delitos**

Según nuestro Código Penal tenemos los siguientes tipos delictivos: 1) Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; 2) Delitos contra el honor; 3) Delitos contra la familia; 4) Delitos contra la libertad; 5) Delitos contra el patrimonio; 6) Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los negocios; 7) Delitos contra los derechos intelectuales; 8) Delitos contra el patrimonio cultural; 9) Delitos contra el orden económico; 10) Delitos contra el orden financiero y monetario; 11) Delitos contra la seguridad pública; 12) Delitos contra la seguridad pública; 13) Delitos contra la ecología; 14) Delitos contra la tranquilidad pública; 15) Delitos contra la humanidad; 16) Delitos contra el Estado y la Defensa; 17) Delitos contra los poderes del Estado y el Orden Constitucional, 18) Delitos contra la voluntad popular; 19) Delitos contra la Administración Pública; 20) Delitos contra la Fe Pública.

## **6.- Los Principios del Derecho Penal**

Los principios son “conceptos o proposiciones que informan u orientan la creación, modificación o extinción de las normas jurídicas”, proponiendo y posibilitando y promoviendo la coherencia, consistencia, congruencia, eficacia, validez y legitimidad del derecho dentro de un determinado sistema jurídico”.

Los principios en el Derecho Penal son aquellos marcos que impiden se creen, modifiquen o extingan normas jurídicas penales que vulneren los derechos fundamentales y bienes jurídicos en un Estado de derecho.

Los principios jurídicos penales deben considerarse como “fundamentales”, esto es, como irrefutables, sin embargo, con la ejecución, e incluso en la misma normatividad jurídica existen preceptos e instituciones (como la prisión preventiva), que trasgreden, violan, lo preceptuado por los principios generales, como el “principio de presunción de inocencia”.

Los principios del derecho penal son aquel margen que delimita tanto los poderes de los individuos (ius uso de la fuerza) como los del Estado (ius puniendi).

Los principios del Derecho Penal son los siguientes: 1.- Principio de finalidad preventiva; 2.- Principio de Legalidad; 3.- Principio de prohibición de la analogía; 4.- Principio de lesividad; 5.- Principio de Garantía Jurisdiccional; 6.- Principio de Garantía de Ejecución; 7.- Principio de responsabilidad penal; 8.- Principio de proporcionalidad de la pena; 9.- Principio de la finalidad preventiva, protectora y resocializadora; 10.- Principio de que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación; 11.- Principio de aplicación supletoria de la Ley Penal.

En la exposición de motivos del Código Penal (Decreto Legislativo N° 635) se enuncian los siguientes principios penales: 1.- Principio de protección de bienes jurídicos; 2.- El Derecho Penal como última ratio; 3.- Principio de Intervención Mínima; 4.- Principio de carácter fragmentario del derecho penal; 5.- Principio de Legalidad; 6.- Principio de Tipicidad; 7.- Principio de culpabilidad; 8.- Principio de dignidad de las personas; 9.- Principio de humanidad de las penas.

### **7.- Los Principios del Derecho Penal desde el Código Penal.-**

Los principios del derecho penal son marcos, pautas conceptuales generales sobre el derecho penal que sirven como fundamentos para crear, modificar o extinguir los conceptos penales, tanto normativos, doctrinarios o jurisprudenciales. Los principios del derecho penal son fundamentos o síntesis conceptuales del derecho de las personas cuando enfrentan un tema penal; teniendo una doble aplicación, mientras que por un lado otorgan derechos y deberes a las personas para defenderse del Estado sancionador, en el ejercicio monopolizador del Estado punitivo; por otro lado establecen las potestades y límites del Estado para aplicar sanciones a las personas.

#### **7.1. Principio de Finalidad Preventiva.-**

El principio de finalidad preventiva consiste en que cuando se aplican las normas penales se debe considerar en primer lugar que estas no son sancionadoras per se, sino que tienen una finalidad que es superior a su establecimiento y operatividad, la prevención, es decir, que su razón de ser no es la sanción o el castigo, sino la prevención del delito; se perfecciona entonces como “medio protector de la persona humana y la sociedad”, protección contra los delitos y faltas, que son transgresiones a la integridad física psíquica del ser humano determinado expresamente en ley cierta y verificable. Esta condición, la de prevención, tiene sin embargo algunos aspectos incongruentes, puesto que si de las normas penales su finalidad (causa efecto) es la de la prevención, la sanción no es precisamente preventiva, porque la prevención es una causa y no un efecto, y la sanción siempre será un efecto, una imputación (variable de acuerdo al tiempo y espacio). La

correlación lógica es en este sentido imperfecta; porque incluso si es que se intenta el diagrama que al sancionar al culpable se evita que se cometan nuevos delitos, esta conclusión es siempre imprecisa e inmanejable, porque no se puede saber si la sanción ha causado el efecto deseado (prevención).

La finalidad puede ser la meta a la que se anhela llegar, pero esa finalidad debe corresponderse con los medios para alcanzarla. Si la finalidad es prevenir, y para ello se aplican “castigos penales”, el tratamiento es directo al cuerpo, mientras que la mente es un área que sólo indirectamente se ve tratada. El cuerpo reducido a un medio privativo de la libertad de la comisión, no comprende la carcelería o prisión del pensamiento, porque este se puede desarrollar y exponer sus efectos fuera de un área geográfica. El cuerpo se reduce pero la mente, el intelecto, que es lo que mueve al cuerpo puede traspasar cualquier muralla física. ¿Cómo prevenir el delito sólo a través de sanciones físicas? O cortar la libertad física y olvidar la volatilidad o inhabilidad de la libertad psíquica, intelectual? La prevención del delito está en la mente, en el tratamiento a la mente, y la prisión solo trata aleatoriamente, complementariamente. El origen del delito no está en el cuerpo, sino en la psiquis, en la mente, el hecho delictivo es solo una exteriorización del psiquis, el cuerpo es solo instrumento.

El tratamiento del intelecto se ha intentado en otra área, en la ciencia médica, y que fue Sigmund Freud quien ensaya la curación a través de tratar al intelecto por medio de la palabra, lo que concluye en el psicoanálisis. En el derecho sólo se conoce al respecto una visión en el cine, “La naranja mecánica”, pero desde una visión bastante debatible y hasta cruel.

El Código Penal de 1991, promulgado (03.04.91) y publicado (08.04.94) mediante Decreto Legislativo 635 (es decir por delegación del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para legislar en materia penal), dentro del título “Finalidad preventiva, prescribe: “**Artículo I.-** Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.”, integra

dentro del concepto finalidad (que persigue una meta) al concepto “objeto”, es decir, la razón de ser, el factor que es ya una función; así la normativa penal establece que la función de razón de ser de su finalidad (meta) y objeto (acción) es la prevención.

Ahora bien, al ser el Código Penal una manifestación o creación de un Decreto Legislativo, significa que ha sido creada, confeccionada por un poder distinto al señalado por ley prioritariamente, que es que sea la voluntad total de la sociedad quien determine qué es delito, y esto teóricamente se hace a través de la representación popular de la voluntad social, que es el Congreso; siendo que se delega al Poder Ejecutivo, ya no es la representación teórica de toda la sociedad, sino de una parte de la representación de la sociedad; esto trae un grave problema: ¿cómo controlar la arbitrariedad de la norma penal? No parece ser suficiente que el Decreto Legislativo sea posteriormente revisada por el Congreso, puesto que éste trabaja sobre un pliego normativo ya hecho, dejando muchas vertientes abiertas para la creación de normas penales, delitos y sanciones en una especie de riesgo, y peor, en peligro de ser ilegítimas (no validadas por la sociedad en los hechos).

La finalidad y el objeto de la dogmática penal significan además la necesidad de arreglar todas las conductas no a la sanción, sino a garantizar (prevenir) anteriormente a cualquier hecho, los derechos de las personas.

**En el Código Penal (D.Leg. N° 635):**

Este principio del Derecho Penal, se encuentra en el Título Preliminar del Código Penal (D.Leg. N° 635). Principio mediante el cual se prescribe que el Derecho Penal tiene como objeto la “prevención de los delitos y faltas”, como medios de protección de la persona humana y la sociedad”. Siendo que este principio también dejaría claro que no es la sanción necesariamente el objeto del derecho penal, o de la dogmática jurídica penal, sino la prevención de los delitos y faltas, para la “protección de la persona”. La finalidad, según este principio, de la



dogmática penal no es la sanción del infractor, de quien comete delito o falta (este es la variable o factor para aplicar la dogmática penal) sino la protección de la persona, a través de medios anteriores a la infracción, “la prevención”.

### **En el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal.-**

De acuerdo con el proyecto de la Nueva Ley del Código Penal, en su Título Preliminar se prescribe: “Artículo I. Fines de la ley penal.- La ley penal tiene por finalidad la prevención de delitos y faltas como fundamento del respeto a la dignidad humana. La pena tiene función preventiva y protectora. Las medidas de seguridad se imponen con fines preventivos, terapéuticos, de deshabitación y de custodia o vigilancia”.

De acuerdo con el Artículo I del Proyecto del Nuevo Código Penal, se establecen los fines y funciones de la ley penal, en:

**Fines de la ley penal:** a) La prevención de los delitos y faltas; b) Respeto a la dignidad del ser humano. **Funciones de la ley penal:** a) Función preventiva; b) Función protectora. **Fines de las medidas de seguridad:** a) Fines preventivos; b) Fines terapéuticos; c) Fines de deshabitación; d) Fines de custodia o de vigilancia. Estando a esta clasificación los fines de la ley penal son la prevención de los delitos, siendo que la ley penal no se aplica para prevenir los delitos esencialmente, sino para “castigar la comisión de delitos”, esto en uso del poder para castigar y monopolización del uso de la fuerza que tiene un Estado Moderno. Así, la prevención es un acto anterior al hecho, siendo que el Código Penal no se aplica a conducta u hecho anteriormente realizada y tipificada como delito, sino después de la comisión del delito o falta. Además, la persuasión que pudiera ejercerse sobre cualquier posible delincuente es imposible de probar, por lo que no se puede dar para aquellos supuestos; así que la pena tenga un efecto posterior es una variable independiente a la ley penal, porque esta última se da como respuesta.

El texto penal debe –a nuestro entender- tener fines claros y precisos, por ser una sociedad moderna, como: “sancionar” o “castigar la comisión de delitos y faltas, y también la de prevención de los mismos y protección de la persona humana.

El Derecho Penal se impone como un acto de subordinación del individuo al Estado, puesto que el delito es siempre un concepto social, es decir, un hecho que la sociedad, a través de sus mecanismos de representación (como el Poder Legislativo) acuerda que es delito (acto u omisión de una conducta humana típica, antijurídica y culpable). Por ejemplo, el fin de la policía es prevenir el delito, así como reaccionar contra el delito, pero el fin de la ley penal es sancionar a quien trasgrediera las normas jurídicas del Estado, de la sociedad. La sanción se hace necesaria ponerla como fin, porque si se pone que se quiere prevenir, se pervierte el sentido de la ley penal: el orden, la subordinación ante la sociedad, el respeto a la dignidad humana, el respeto de los bienes jurídicos tutelados por el Estado.

La finalidad última de la ley penal no es prevenir el delito, sino mantener el orden constitucional, la prevención es un medio, así como la sanción. El Derecho penal es un medio o instrumento intermedio para lograr el fin último del Estado, que es mantener y perpetuar su organización, su ordenamiento jurídico, su existencia.

### **Una interpretación auténtica de los fines de la ley penal.-**

Una ley no puede tener fines, sino que los fines son de categoría de los seres humanos; la ley es sólo un instrumento de representación de la voluntad legitimada; la ley no puede pues tener fines, sino cumple objetivos de aquellos que representa (voluntad social). La norma debiera expresar –en este sentido- que ha sido creada para cumplir la finalidad por la que han sido creadas por la voluntad social, que son la prevención, protección y sanción del ser humano.

Es por este tipo de representaciones gráficas, tipos o estilos de escritura (poner como fin de la ley penal) que se pierde el sentido primero y último de toda normatividad jurídica: el ser humano.

Poner como premisa o principio del derecho penal a la “finalidad preventiva” plantea una “condición superior del ordenamiento jurídico penal; establece o prescribe el criterio de razonamiento superior (finalidad) directiva del resto de normas penales que conforman el árbol del derecho penal.

Una premisa que el desarrollo de las prescripciones legales penales del Código Penal se pueden olvidar o acaso obvian inconscientemente. Si la ecuación es: derecho penal = a prevención que el derecho penal es igual (fin) a la prevención del delito, entonces, toda construcción normativa que sobrepase u obvie dicha superior premisa (porque se ha constituido como fin o finalidad) es inválida e ilegítima. Esta finalidad preventiva es de doble condicionamiento o bidireccional, porque de un lado impide (o trata) de impedir el abuso del ius puniende, potestad de castigar del Estado, y a la misma vez evitar la “impunidad” del agente delictivo. Este principio “finalidad del derecho penal” es un importante rasgo del derecho moderno, porque se basa en la “racionalidad” que debe tener la norma penal.

Sin embargo este principio de finalidad preventiva (que todas las normas se hagan para prevenir el delito) no es completa. La definición de prevención abarca aspecto como: a) evitar que se cometan delitos anteriores al propio delito y posteriores al propio delito. La prevención presupone que una persona a) no cometa delitos; b) no vuelva a cometer delitos. Así el derecho penal puede actuar como “disuasivo”, al imponer castigos al delincuente o amenazar con aplicar sanciones a quien pretenda cometerlos. Los instrumentos para la prevención delictiva son: a) la norma penal; y, b) la sanción penal. Hay cierto vacío en esta proposición, puesto que el derecho penal no puede sancionar a una persona antes que cometa el delito, porque no existe una máquina del futuro que pruebe con certeza que tal persona cometerá el delito. Así esta área queda restringida a una presuposición o al menos una “intención”; no proviene el delito cuando lo castigue, porque la posible comisión del delito es también un supuesto; sus efectos

son por tal muy difusos; así en la realidad el derecho penal no encaja con su finalidad en forma completa sino subsidiaria.

### **7.2.- Principio de Legalidad.-**

El principio de legalidad es un precepto general que postula que toda norma jurídica penal debe crearse modificarse o extinguirse con las formalidades y contenido de la ley, esto es, dentro del contenido legal, contenido que evitará la arbitrariedad del individuo y del Estado o sociedad.

Por el principio de legalidad se limita el poder punitivo del Estado y de la propia sociedad, puesto que sólo puede ser sancionado aquello establecido por ley, tipificado (puesto o escrito en una norma legal penal), nacido de voluntad representativa (que haya sido dado por el procedimiento que permita representar la voluntad de consenso de la sociedad), por lo que no puede ser la sanción ni el proceso penal nacido de la arbitrariedad sino de un procedimiento de legitimación basado en la “necesidad extrema de sancionar” al delincuente (quien viola la ley, o realiza acto, hecho, conducta que al tiempo de realizarlo se encuentra en norma legal definido como delito).

El Código Penal (1991) al respecto prescribe: “**Artículo II.-** 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.”, norma que tiene sentido negativo o prohibitivo (nadie), general, por el que establece la necesidad indiscutible, irrefutable de relación entre un hecho y la definición del mismo como delito en el ordenamiento jurídico penal (Código Penal); asimismo también establece la prohibición de ser “sometido” a pena o medida que no esté en la ley (consenso o producto de la representación de la voluntad social general).

El principio de legalidad es, por un lado, límite al poder punitivo del Estado, en general, y límite al poder de los jueces, en específico, puesto que la imposición de

las penas o sanciones penales están monopolizadas en el Poder Judicial, que las emiten a través de su expresión humana, los jueces penales; así este principio es específico con los jueces, en su aplicación, pero también es prescripción que las normas penales sólo pueden crearse por representación social (Congreso) o delegación de dicha representación (Delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo) que son las únicas formas de creación de la ley.

La alusión a la necesidad de leyes “vigentes” parece obvia, pero no lo es en el extremo que una norma penal puede estar derogada, en *vacatio legis* (para entrar en vigencia después de un plazo posterior determinado), y por lo cual se tiene que establecer, antes de cualquier sanción, la “vigencia” de la norma penal.

Por virtud del principio de legalidad, ninguna persona será sancionada si al momento de la comisión de un hecho determinado (sea dañoso, agravante, lesivo o no) no esté debidamente tipificado y vigente como delito o falta; así, nadie puede ser sancionado a pena (pena privativa de la libertad, pena limitativa de derechos, pena restrictiva de derecho, etc.) o medida de seguridad (medidas de protección, etc.). Este principio se expresa también como “*nullum poena sine lege*”, no hay pena sin ley”. Los elementos son que el hecho este tipificado como delito o falta, y que dicha norma se encuentre vigente al momento de la comisión de la infracción.

De acuerdo con la doctrina, “las características elementales del Principio de legalidad en materia penal: 1.- Prohibición de retroactividad; 2.- Prohibición de analogía; 3.- Prohibición del derecho consuetudinario; 4.- Prohibición de indeterminación de la ley penal (el delito debe estar claramente en la ley penal.”

El Principio de Legalidad es aquella por medio de la cual se puede establecer el imperio de la ley, ésta última es la representación de la voluntad popular (a través del parlamento). Este principio aclara que: “a) Los delitos y las penas sólo se crean o agravan en virtud de una ley previa, anterior a la comisión del hecho”.

(José Luis Castillo Alva); b) Existe un “exclusivo y único monopolio de la ley en la creación de delitos y penas” (José Luis Castillo Alva); c) Se debe tratar de una ley formal expedida por el parlamento o de una norma que según la Constitución sea equivalente (principio de reserva de la ley); d) Por este principio de legalidad se establece que sólo una clase de normas deben ser tenidas como fuente en la creación de delitos y penas. No basta cualquier ley o disposición escrita, independientemente de su jerarquía, sino que se exige una disposición de un determinado rango dentro de la escala normativa fijada por la Constitución para que sea válida la creación de delitos y penas, en la que finalmente sólo pueden contarse a: 1) Las leyes formales expedidas por el parlamento; 2) Decretos Legislativos; 3) Decretos Leyes.

Las demás normas, como los decretos supremos, las resoluciones legislativas o las ordenanzas municipales, no pueden crear o agravar delitos o penas, pues de hacerlo incurrirían en inconstitucionalidad.

#### **Características elementales del Principio de Legalidad en materia penal.-**

Entre las características elementales del principio de legalidad en materia penal tenemos: 1.- Prohibición de retroactividad; 2.- Prohibición de analogía; 3.- Prohibición del derecho consuetudinario; 4.- Prohibición de indeterminación de la ley penal (el delito debe estar claramente en la ley penal).

#### **Ventajas del principio de legalidad.-**

Las ventajas del Principio de Legalidad serían: 1.- Seguridad jurídica (certeza del ciudadano de saber qué conductas están prohibidas y cuáles son lícitas); 2.- Fidelidad al derecho (el comportamiento futuro se hace calculable y predecible por: publicidad y difusión, para saber clase, tiempo de duración y forma de sanción); 3.- Tratamiento igualitario de las personas (uniformidad del Derecho).

#### **7.3.- Principio de prohibición de la analogía.-**

La analogía es la “relación de semejanza entre cosas distintas”, es decir, que cosas

distintas tienen parecido o son similares, sin embargo son distintos. Esto se ha hecho considerando el principio inobjetable que el ser humano es único, exclusivo y excluyente por propia constitución o naturaleza, por lo tal, el Derecho Penal, la sanción, como una expresión de última ratio, último recurso, no puede aplicarse a un individuo considerando causas similares anteriores, paralelas, puesto que el castigo es personal, la persona, la calificación de un hecho o conducta determinada de una persona no puede servir para consideraciones similares, ajenas, de otras personas. El derecho penal en este sentido es exclusivo y excluyente, no analógico.

El Código Penal (1991) prescribe al respecto del principio de prohibición de la analogía: “**Artículo III.-** No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.”. El texto normativo es específico, no se puede aplicar por similitud o por parecido un hecho como delito o falta, por lo tanto cada hecho debe tener una sola tipificación particular para ser considerada falta o delito, no se puede aplicar un hecho distinto o parecido para tipificar un delito distinto. Tampoco se puede determinar un “estado de peligrosidad” con una norma similar, menos se puede determinar la pena utilizando un hecho similar. Cada hecho corresponde a un tipo exclusivo y excluyente de falta o delito.

Este principio preceptúa que no podrá utilizarse la analogía (similitud de un caso, o sentencia parecida, etc.), para: a) Calificar un hecho como delito o falta; b) Definir un estado de peligrosidad; c) Determinar la pena o medida de seguridad que corresponda.

La analogía prohibida en materia penal, afianza el principio de legalidad, y fundamenta el carácter de exclusividad o trato personal, exclusivo del derecho penal, así como revela su matiz excluyente: excluye, por ejemplo, la utilización de la jurisprudencia penal y de todo tipo de precedente vinculante. De esta forma, nada es igual a una persona y sus propias características. El

individuo es él y su propio reino fuera de él no existe nada. Así, todos somos únicos, exclusivos y distintos, el derecho penal es personalísimo, de atención personalizada. El sistema impide que se trate a una persona en forma “igual”, que a otra. No hay análogo o analogando posible. El reconocimiento de la individualidad frente y hasta contra la colectividad. No importan los demás sino el único, irreplicable individuo.

La analogía es tratada por Luis Jiménez de Asúa en su libro “Principios del Derecho Penal – La Ley y el Delito”.

No puede por la prohibición de la analogía “calificarse un hecho como delito”, es decir, que si un hecho similar ha sido cometido.

Por la prohibición de la analogía no se puede calificar un hecho como delito en base a otro hecho delictivo similar. La calificación delictiva del hecho es en este extremo individual; el hecho se aísla así como la vinculación con el imputado también se aísla. La calificación, que es un concepto para evaluar la singularidad y particularidad de los hechos es individual porque protege una condición humana también individual, que es la libertad y la vida. No puede por tanto prescribirse un hecho delictivo sino solo por la calificación individual y excluyente de cualquier hecho. Esto enfoca a quien califica el hecho (fiscal o juez) para que a manera como usan los caballos de carrera visores que le direccionan a mirar solo la pista o carretera de carreras y no los costados, se pueda exponer objetivamente la condición del hecho y la vinculación del sujeto. Calificar es un acto que se desliga de “símbolos”, “semejanzas”, o “coincidencias”. Aquí la condición del ser humano como único se amplía y explica.

Así también prohibir la analogía impide que se pueda determinar un “estado de peligrosidad” por semejanza con un hecho o persona delictiva similar. El Estado de peligrosidad solo pertenece a la esfera individual y no cabe definirse al sujeto en coincidencia o semejanza con otro sujeto. ¿Qué o cómo se determina un estado



de peligrosidad? ¿Cuándo se dice de una persona que es peligrosa?, ¿Cómo se determina o condiciona este estado de peligrosidad? En derecho penal se considera que una persona es peligrosa cuando se puede deducir que puede violentar o usar la fuerza o violencia en contra de bienes jurídicos por ejemplo, que aquella persona sea un reincidente o habitual en cometer latrocinios, robos (de celulares, etc.), porque forma parte de su actividad diaria, de su “status social”, de su “trabajo” para sobrevivir; o cuando aquella persona tiene condicionamientos mentales para la violencia, irritabilidad, impaciencia, etc. Esta condición de peligrosidad solo puede imputarse por elementos objetivos, como el informe policial, o el informe médico, y aquellos son solo respecto a un individuo, porque aquel actúa individualmente.

#### **7.4.- Principio de Lesividad.-**

Por el principio de lesividad sólo se sancionará aquellas conductas que causen lesión, o puesta en peligro los derechos de las personas, eso simbolizaría dos aspectos un hecho concreto y una posibilidad de un hecho concreto de daño o agravio a los derechos de la persona, que en derecho penal se denomina bienes jurídicos. El concepto de bien jurídico alude más a una noción material, sin embargo se refiere a los derechos de la persona.

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo IV.-** La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.”; Así, la pena puede aplicarse sólo en dos casos: a) La lesión del derecho o bien jurídico; b) La puesta en peligro del bien jurídico. Esto quiere decir que se haya producido la lesión (tiempo real) y que existe la posibilidad de que se vaya a producir la lesión (tiempo futuro); la primera es una consecuencia directa de la acción, y la segunda es una consecuencia directa de la finalidad preventiva del Derecho Penal expresado en el principio de finalidad preventiva del Título Preliminar del Código Penal. La lesión sin embargo tiene que cumplir con ciertos requisitos para ser considerado “punible” por el Estado, como un hecho u omisión típica, antijurídica y culpable, y que no esté dentro de las “causas que

eximen o atenúan la responsabilidad penal”, como la “inimputabilidad”, “responsabilidad restringida por la edad”.

Por la inimputabilidad se establece que está exento de responsabilidad penal (que no puede ser sancionado penalmente) los siguientes sujetos (Art. 20° del Código Penal):

1. “El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”, que es una forma de señalar la inimputabilidad (no responsabilidad penal) por su capacidad mental para comprender la razón de su conducta, o si esta conducta es dañina o no; en este caso se estaría tratando, dentro de la ciencia médica, denominados idiotas, locos, retardados mentales.

La realidad de que se tenga conciencia del acto no es suficiente, es necesario que se haya actuado sin la posibilidad de poder evitar el daño porque no se puede tener conciencia de que tal acto es un daño. La conciencia es saber, poder diferenciar, sentido de balance o equilibrio. Un niño no podrá cometer delito porque no es “consciente de sus actos”.

### **Inimputabilidad.-**

La inimputabilidad es aquella por la cual la persona está exenta de responsabilidad penal, de que le caiga una sanción penal (pena privativa de la libertad, penas limitativas de derechos, penas restrictivas de derecho, penas de prestación de servicios comunitarios, etc.). De acuerdo al ordenamiento jurídico penal están exentos de responsabilidad las siguientes personas (Art. 20 CP):

1) Aquella persona que no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto por “anomalía psíquica”, “grave alteración de la conciencia” o por

sufrir “alteraciones en la percepción” que afecten gravemente su concepto de la realidad; 2) El menor de 18 años, menor de edad; 3) La persona que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros; 4) Aquella persona que actúa para conjurar un peligro actual e insuperable de otro modo que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico; 5) El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. / No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica; 6) El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza; 7) El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor; 8) El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; 9) El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; 10) El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición; 11) El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte.”.

Por el principio de lesividad para poder imponer una pena es necesario que exista “lesión” o “puesta en peligro” de los bienes jurídicos tutelados por la ley. Es decir, si no existe lesión no se podría sancionar penalmente. Pero esto deja un caso más, “poner en peligro un bien jurídico”, ¿esto entraría en la calificación de tentativa? Debe mencionarse que en Derecho Penal no se puede imponer sanciones por la presunción de un hecho, sino que tiene que haber lesión.

La lesividad aborda una concidición que en la realidad parece ser también obviada, o extraviada entre la diversidad normativa o conceptual: que el derecho penal solo se aplicará cuando exista o pueda existir una lesión o daño. Las características de la lesión pueden ser determinados por la prueba pericial,

médica, legisla, psicológica, etc., que se deriven de la observación del sujeto agraviado; mientras que las condiciones de “puesta en peligro de lesión” se evidencian considerando las circunstancias que rodean a la posible víctima. Sino existe lesión no puede haber elementos para la persecución, acusación y menos sentencia respecto a culpabilidad alguna. Esto trae algunos matices a observar, como que la persecución penal requiere un cierto grado o nivel de lesión o puesta a peligro. Aquí un agregado propio, la prescripción debería ser “principio de lesividad irreparable”, es decir que la lesión se haya producido no pudiendo repararse, si tal vez compensarse, así mismo con la puesta en peligro tampoco pueda repararse. Esta nuestra consideración es en mérito que el derecho penal solo debe aplicarse a actos irreparables dejando lo otro para regulaciones administrativas, civiles, disciplinaria, etc.

#### **7.5.- Principio de Garantía Jurisdiccional.-**

Principio mediante el cual se determina que sólo el juez puede imponer penas o medidas de seguridad, así como que dicha potestad sólo podrá hacerla dentro de la forma establecida por ley.

Según se prescribe en el Código Penal: “Artículo V.- Garantía Jurisdiccional.- Sólo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley”. Por medio de este principio, se establece la competencia monopólica del juez para aplicar penas o medidas de seguridad, y además, se precisa y establece que dicha facultad del Juez, sólo puede hacerla a través de la “forma establecida por la ley”.

Por tal consideración se determina que quien tiene la facultad para “procesar penalmente” a un individuo es un juez, persona investida del poder público para administrar justicia de forma exclusiva y monopólica. La determinación de juez competente nos lleva a varias aristas; por un lado, competente en cuanto estar facultado normativamente por criterios como: a) territorialidad; b) jerarquía; c)

grado o nivel; d) capacidad; y por otro lado competente por contener las características del juez natural, o juez que por derecho le corresponde conocer y resolver respecto de una determinada causa. Por otra vertiente la garantía jurisdiccional alude también a la división de poderes o potestades; así solo podrá juzgar penalmente un juez, no una comisión política (congreso), o de otra índole. Lo jurisdiccional atañe a que el proceso verse sobre reglas o normas jurídicas objetivas, y no sobre normas políticas. El juez es el detentador monopólico del poder de juzgar. Antaño la figura del juez se confundía con la del emperador, rey, monarca, papado, etc. La ilustración delimitó las funciones del juez al cumplimiento de la ley (voluntad popular general lograda por el contrato social), es decir de cumplimiento de normas creadas por el poder representativo o soberanía popular representativa, como es el Congreso.

#### **7.6.- Principio de Garantía de Ejecución.-**

Principio de Garantía de la ejecución por la cual la pena sólo puede ejecutarse en la forma que lo establece la ley y el reglamento que la desarrollen, por lo que se limita el poder de cualquier autoridad o persona, a fin de evitar su arbitrariedad y violación a los derechos fundamentales; asimismo frente a cualquier acto contrario la ejecución de la pena que no se arregle a las formalidades de la ley puede ser intervenida judicialmente.

De acuerdo con el Código Penal se establece: “Artículo VI.-Principio de Garantía de Ejecución.- No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”. Por medio de este principio, cualquier ejecución de la pena impuesta por el Juez sólo puede ejecutarse conforme lo prescriba la ley y reglamentos establecidos, porque de lo contrario la pena será intervenida judicialmente.

Garantía de la ejecución es un principio que concentra su finalidad en evitar el exceso o abuso en la aplicación de la pena, de tal forma que no se afecte los

derechos del imputado, encarcelado (procesado o condenado) sólo estrictamente lo permita la ley; así una aplicación distinta vulnera al derecho de la persona y habilita el derecho de repudiarla, contradecirla, intervenirla judicialmente ¿Cómo impedir que la ejecución o aplicación de la sanción penal no exceda su propia determinación, no sea arbitraria? La respuesta social la define en la ley; de esta manera la ley se convierte en el marco y límite de ejecución de la pena, la ley es la garantía o impone la garantía contra la arbitrariedad, lo necesariamente prescrito por la sentencia. Precepto que en la realidad parece violarse constantemente.

#### **7.7.- Principio de Responsabilidad Penal.-**

El Principio de Responsabilidad Penal prescribe que la pena requiere la responsabilidad penal del autor. Asimismo en nuestro ordenamiento jurídico se proscribire toda responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad objetiva es cuando una persona responde penalmente por un hecho en el que no haya tenido voluntad de realizarlo, dolo, intención, ni haya obrado con imprudencia o negligencia. Es decir que la responsabilidad penal no alcanza a quien haya actuado sin dolo, y tampoco a quien no haya actuado con imprudencia o negligencia.

Según se prescribe en el Código Penal: “Artículo VII.-Responsabilidad Penal.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”. Por medio de este principio se establece que para que se dé una pena, se requiere la “responsabilidad del autor”, es decir, que se haya probado la responsabilidad del imputado como autor del delito o falta, no pudiéndose optar por ninguna forma de “responsabilidad objetiva”.

La responsabilidad objetiva es “prescindir de los contenidos subjetivos (dolo o culpa)”. Eso enfatiza la condición de la aplicación del derecho penal: la responsabilidad penal, que se mide por el dolo y la culpa.

Este principio marca una noción fundamental, que la responsabilidad, aquella condición de la persona para hacerse cargo de su conducta, para ser penal, no puede deducirse de la calidad objetiva del hecho, que consiste que para la determinación de la responsabilidad penal debe aplicarse los criterios valorativos de si el hecho, la conducta, ha sido realizado con dolo, culpa, o negligencia. Esta es la valorización subjetiva del hecho (dolo o culpa) porque una persona – en este razonamiento-, solo puede ser castigado si su conducta ha sido producto del dolo o la culpa. El hecho delictivo no puede apreciarse para la ley penal objetivamente, sin que importe las causas o razones subjetivas de la conducta delictiva. La responsabilidad penal difiere entonces de la responsabilidad objetiva, que es esta última proscrita por la ley.

#### **7.8. Principio de Proporcionalidad de la Pena.-**

El principio de proporcionalidad de la pena define a la responsabilidad por el hecho delictivo como el límite para la imposición de la pena. De esta manera se prescribe la arbitrariedad o el exceso en la aplicación de la pena, sujetándola sólo hasta donde alcance la responsabilidad penal del acto delictivo.

De acuerdo con el Código Penal, tenemos: “Artículo VIII.- Proporcionalidad de la Pena.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”. Por este principio ninguna pena puede “sobrepasar la responsabilidad del hecho”, es decir que la sanción debe ser sólo en proporción de la infracción cometida y sólo por aquella. Existiendo sin embargo excepciones en el caso de reincidencia o habitualidad del imputado. Además, la dogmática penal indica que las medidas de seguridad sólo pueden ser ordenadas por intereses públicos predominantes, como son la protección de los bienes jurídicos.

La proporción atañe a qué medida es la adecuada de imponerse. La medida del cual se calcula la responsabilidad penal es el hecho delictivo. Así una medida es proporcional directamente equivalente al hecho delictivo.

Proporcional es el caso de la dimensión expansiva que produce o permite el hecho. Así el daño causado por el hecho es directamente proporcional para aplicar la responsabilidad penal. ¿Cómo se mide entonces la proporcionalidad de la pena? No parece existir un estándar de medición, así la proporcionalidad es dejada al criterio subjetivo del juez. Y el juez se mide en un rango entre el mínimo y el máximo legal de la pena prescrita en el Código Penal. Sin embargo existe el test de proporcionalidad, desarrollado en la jurisprudencia. La proporcionalidad de la pena debería definirse como la proporción entre el hecho delictivo y la responsabilidad penal. Así, mayor pena se aplica a quien mayor responsabilidad tuviera, y no al hecho delictivo.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el fundamento 35 del Exp. N° 0014-2006-PI/TC, se prescribe: (...)el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueron afectados”. (Exp. N° 0014-2006-PI/TC, fundamento 35).

### **7.9.- Principio de Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.-**

Mediante este principio penal, el de los “fines de la pena”, se establece cuál es la función, para qué se emite una sanción penal, que normativamente es que la pena tiene función “preventiva”, “protectora”, “resocializadora”. Siendo que las medidas de seguridad tienen fines de “curación”, “tutela” y “rehabilitación”.

De acuerdo con el Código Penal, se establece: “Artículo IX.- Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.



Según la dogmática penal, la pena tiene las siguientes funciones: a) Finalidad preventiva; b) Finalidad protectora; c) Finalidad resocializadora. Asimismo, la finalidad de las medidas de seguridad son: a) Finalidad de curación; b) Finalidad de tutela; c) Finalidad de rehabilitación.

De acuerdo con este principio la pena tiene una función tripartita: prevención, protección y resocialización. Preventiva porque teóricamente impediría la comisión de delitos puesto que es una amenaza de uso de la coerción estatal para aplicar su potestad punitiva; así como para esta función preventiva también tendría efectos disuasivos en quien comete delitos o quienes quieran cometer delitos. La función protectora representa el carácter coactivo o el poder del uso de la violencia pública para impedir el delito y proteger a las posibles víctimas. El dolor que imprime la pena también persuade de una nueva comisión del delito, y frente a este conocimiento (la precepción del dolor por efecto de la pena) se protege teóricamente de la comisión de delitos. La resocialización es más bien un efecto externo de normalización de las conductas humanas y de respeto por las conductas y derechos de los demás. Así, resocializar ser es reencontrarse con los otros, con las normas o conductas que no alteren el orden social. La conducta individual se integra o acomoda dentro de la conducta social o colectiva.

Las medidas de seguridad proclaman la curación, tutela y rehabilitación. Crear es un término usado más en medicina y que se aplica a pacientes o enfermos. La enfermedad es conceptualizada como aquel mal físico psíquico de procedencia externa o interna que altera negativamente el funcionamiento del cuerpo o la psiquis, que produce un daño inmanejable por quien la posee; de aquella forma usar las medidas de seguridad es como aplicar ampollitas, inyecciones, pastillas, medicinas que provoquen la regeneración del mal inoculado en el cuerpo o la mente, y la posterior expulsión del agente que causa el daño. En el derecho penal se aplica este

concepto para identificarlo con una medida inferior o de menor intensidad que la pena, arguyendo que el mal, el acto ilícito es también de una relevancia menor y manejable o controlable perfectamente con esta medida leve de seguridad.

La tutela es el reconocimiento que la infracción ha sido cometida en o por ausencia de un tutor, padre, responsable, etc., e identifica que quien cometió la infracción penal es un menor de edad.

La tutela es una condición de necesidad de dirección, descubre una potestad (poder) y una deficiencia (incapacidad para auto determinarse). En otras palabras insuficiencia que deficiencia que no es atribuible absolutamente a la persona por su especial condición; por ello la tutela es una especie de subsidio, equilibrio que el tutor representa para con su tutoriado. De esta forma el derecho penal al aplicar medidas de seguridad, como tutela está definiendo al imputado en su condición relativa de autodeterminación y a la vez, su responsabilidad –del Estado- o deber de actuar conforme a dicha circunstancia en pro del bien común. La rehabilitación es un instrumento que se enfoca antes en el individuo que en la sociedad. Siendo aún una persona en formación. Si ha actuado ilícitamente es necesario que se anule dicho fenómeno y se le rehabilite o reacondicione su estatus ético jurídico. La flexibilidad de la constitución psíquica del joven imputado permite usar un tratamiento diferente frente a un acto delictivo.

#### **7.10.- Principio de Aplicación Supletoria de la Ley Penal.-**

Mediante este principio, el de aplicación supletoria de la ley penal, se establece que el código (sus normas) puede aplicarse supletoriamente (cuando lo requiera la causa) en hecho punible en leyes especiales.

En el Código Penal se establece: “Artículo X.-Aplicación Supletoria de la Ley Penal.- Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”. Por medio de este principio se establece que se puede aplicar la dogmática penal (el código penal) de forma supletoria a los hechos punibles previstos en leyes especiales. Esto por supuesto en caso que la ley especial no regule un determinado caso.

La supletoriedad es entonces aplicada en defecto de la norma expresada en la ley especial. Así el código penal se convierte en el marco normativo general del que se tiene que hacer uso la determinación de la ley penal. La constitución de norma supletoria no es indicativo que el código penal sea secundaria, sino marco general.

Ser supletoria sin embargo, no significa sustituir anteriormente, sino solo si existe algún defecto o necesidad de resolver una vacía que no se encuentra descrita en la ley especial. Este es un principio que permite en forma análoga pero diferente a las lagunas o vacíos de la ley especial. Una necesidad de la prescripción de la supletoriedad es evitar la arbitrariedad de la ley penal, más si esta es una norma exclusiva, de última ratio, de condicionamiento especial y pre existente necesario para recomponer conductas. La supletoriedad en este entendido surte varios efectos: a) evita o subsana los vacíos o lagunas legales; b) evita el uso arbitrario de norma distinta; c) facilita y sana un procedimiento legal en una causa también determinada. Así es una herramienta que proviene de otro principio, de la falta de administración de justicia por falta de ley o norma que regule un determinado hecho. Pero aclarado debe quedar que usar la norma supletoria es válida si y sólo si no existe norma específica en la norma específica, supletorio es entonces: suplir un vacío, no sustituir otra norma.

## SECCIÓN IV.- LAS PENAS

### I.- LAS PENAS.-

Las penas tiene su origen en el latín dolor, por lo que han significado dicho concepto diferenciándose de todos los tipos de dolores por ser impuestos o producidos por otra persona y justificado en un incumplimiento o violación de la norma determinada. Así la historia muestra la inventiva cruel del ser humano para crea tipos, instrumentos, máquinas, utensilios para castigar, penar; así conocemos del latigazo, empalamiento, guillotina, potro, rueda, horca, cadalso, silla eléctrica, cárcel, picota, empalamiento, descuartizarían, crucifixión, garrote, inyección letal, etc., que han servido para aplicar las penas, todos ellas crueles, indistintamente de si el sancionado era culpable o no. Las penas han sido desde todos los tiempos estrategias y técnicas de subordinación, ejercicio al límite del poder soberano, del imperio de la ley o del poder punitivo del Estado; pero como medidas aplicadas han servido también para mostrar la monstruosidad de las mismas y su contradicción con la humanidad.

La variedad de penas hasta la variedad de justificantes o tipos delictivos por las cuales se los ha aplicado relatan las ideas imperantes de aquel tiempo en que fueron aplicadas; así la blasfemia considerada como delito en un tiempo demuestra el imperio del derecho canónico, o del imperio de la religión como orden social controlador; la aplicación de la guillotina importa una idea de la ilustración que presenta desterrar el pensamiento anterior de la burguesía y nobleza como el estigma a desmembrar; el látigo a los esclavos, es el imperio de superioridad y distinción de una clase de personas y otra clase de seres humanos, que no eran considerados como tal, sino como objetos; el empalamiento o apedreamiento de las mujeres infieles, adúlteros, que aún se practica en algunas sociedades musulmanas, demuestra que la actividad sexual se había monopolizado y distribuido socialmente, de tal forma que las

personas adquirían el prototipo de propiedad, propio de su poder de subordinación absoluta sobre el cuerpo de la pareja unida en matrimonio.

Las penas de ordalías o lanzamiento de los imputado atados al río dejando a la naturaleza que se consideraba sagrada, demuestran que la pena se justifica en la religión o la fe; la hoguera a las mujeres que acusaban de herejes, brujas, considera que mandaban a dichas personas al fuego del infierno que era también una consideración religiosa de las penas; la horca en el cadalso, el corte de la cabeza por un hacha, en público demuestran el sentido de exposición pública y ejemplificación de subordinación al poder monarca o soberano; la aplicación de la guillotina representó el uso de la ilustración y el avance mecánico de la sociedad para conjurar o imponerse como actos de subordinación al imperio de las ideas o saberes dominantes o reinantes como la abolición de la clase noble y burguesa, y las diferencias sociales heredadas; la aplicación de la silla eléctrica es el producto del refinamiento de la aplicación de la ciencia a la carga punitiva; así se modernizaban las sanciones penales, la aplicación de las inyecciones letales son un producto supuesto de humanización por que se pretendía que la sanción penal causar el menor dolor posible; a diferencia de las primeras sanciones, como el descuartizamiento, el potro, etc., que perseguían más bien producir el mayor dolor.

Las penas pueden enumerarse de la siguiente manera: ahorcamiento, descuartizamiento, potro, empalamiento, guillotina, la picota, silla eléctrica, cárcel, inyección letal, mutilación, desmembramiento, etc.

### **1.- Clases de penas**

Cuando alguien comete un delito se imponen las siguientes sanciones:

- 1.- Pena privativa de la libertad (cárcel)
- 2.- Penas restrictivas de libertad

- a) Expatriación, a nacionales
  - b) Expulsión del país, a extranjeros
- 3.- Penas limitativas de derechos
- a) Pena de servicios a la comunidad
  - b) Pena limitativas de días libres
  - c) pena de inhabilitación
- 4.- La pena de vigilancia electrónica personal
- 5.- Multa

### **1.- Pena privativa de la libertad.-**

La pena privativa de la libertad es aquella que tiene como consecuencia la internación en una prisión del sentenciado por un delito.

Pena privativa de la libertad. Según la doctrina la pena privativa de la libertad se inició y constituyó en el siglo XVI, siglo XVIII, pero no era considerado una pena (como actualmente tampoco se considera a la prisión preventiva) sino una medida de custodia del imputado para su comparecencia al proceso.

La pena privativa de la libertad es una sanción penal que solo la puede dictar o mandar un juez o tribunal penal, que consiste en prohibir la libertad ambulatoria de la persona. Por la pena privativa de la libertad el imputado responsable penalmente es constreñido a vivir en un centro reclusorio. La pena privativa de la libertad puede ser efectiva, suspendida, convertida, reservada, temporal, permanente, rehabilitadora, resocializadora. La pena privativa de la libertad puede ser aplicada o dictada por un juez penal (unipersonal o colegiado), confirmada o revocada por una sala penal de apelación (colegiado de tres jueces penales); en conocimiento por recurso de apelación de la sentencia de primera instancia (juez penal unipersonal o jueces colegiados).

La pena privativa de la libertad puede ser confirmada o revocada también en recurso de casación ante la sala suprema penal (conformada por cinco jueces

supremos); en caso de haber sido o quedado consentida o ejecutoriada (revisar) puede interponerse un recurso de revisión; en caso de ser confirmatoria la casación de pena privativa de la libertad puede acudir en hábeas corpus ante el Tribunal Constitucional.

La pena privativa de la libertad usada al principio como medida de custodia, perfeccionada para acoger a los deudores tributarios y redefinida como alternativa a la pena de muerte, es una expresión de la limitación, vulneración y contradicción justificada legalmente del derecho a la libertad; no supera sin embargo el principio de presunción de inocencia, pero su aplicación se extiende a los derechos conexos, ligados, al derecho a la libertad, como el derecho a la vida (la carcelería provoca un daño en la integridad y desarrollo de la vida), al derecho a la salud (la cárcel provoca también un daño irreparable a la salud).

La pena privativa de la libertad limita el derecho al amor, a la familia a la sexualidad, a la intimidad, a la libertad de comunicación directa, telefónica, digitales, también limita los derechos al trabajo (no los anula), a la participación personal en la política (no lo elimina); a la educación universitaria, a la libertad de reunión, sindicalización, (pueden reunirse en delegaciones pero no sindicalizarse; pueden trabajar pero no en cualquier oficio, sino en los oficios permitidos y accesibles dentro del centro penitenciario. También se restringen o se limitan sus derechos a constituir o hacer empresas. Respecto a sus derechos sexuales tiene un margen de tiempo y lugar donde ejercerlo no a su libre disposición sino según un procedimiento previo, en lugares dentro de la cárcel llamados venustierios. La defensa de sus derechos tampoco es total, sino limitada a su condición económica para contratar un abogado privado, o a la disponibilidad de defensores públicos que son abogados pagados por el Estado, que no tienen la misma efectividad que los abogados privados.

Los efectos de la prisión preventiva son diversas, internamiento en un centro o instituto penitenciario (cárcel) pérdida, limitación, restricción de los derechos conexos al derecho a la libertad, limitaciones o restricciones, o reducción en el ejercicio del derecho al trabajo, libertad sexual, libertad política, libertad empresarial, libertad educativa (universidad, etc.); deterioro de la integridad física, psíquica, deterioro del derecho a la vida, a la salud; estigmatización social por la reclusión; demarcación de una nueva condición social, delincuente, reo rehabilitado, resocializado, etc.

Sin embargo el mayor efecto de la pena privativa de la libertad lo constituye el quebrantamiento, la ruptura del concepto dogmático del derecho a la libertad como un derecho fundamental, es decir irrefutable, inquebrantable, inviolable; así relativiza aquel concepto dogmático de derecho fundamental y por tanto pierde el sentido priorizado, la defensa irrestricta de los derechos humanos.

El concepto de pena privativa de la libertad se afianza en su sentido y contenido actual cuando las cárceles dejaron de ser meros depositarios o custodios de imputados para cumplir sus penas (ahorcamiento, pena de muerte, etc.) y se convirtieron en cárceles específicas para albergar a imputados como cumplimiento de una sanción penal, como una pena en el sentido moderno, a partir del siglo XVIII, con la creación de las cárceles, acondicionadas para la vivencia, hospitalidad, de los sentenciados por delitos. Para la aplicación de la pena privativa de la libertad esta tiene que ser solicitada por el fiscal, exclusivo y quien tiene el monopolio de la acción penal, cuyos derechos y funciones exclusivas está en pedir la aplicación de la pena privativa de la libertad, siendo que (salvo las querellas) sino es pedida por el fiscal, el juez no puede aplicar la pena privativa de la libertad.

La pena privativa de la libertad da paso a un nuevo sistema de penas, puesto que anteriormente las cárceles no eran consideradas como penas, y por tanto



no eran acondicionadas para vivir; los costeos de manutención, alimentos, colchones, bebidas, etc., eran de cuenta del reo; es decir, todos los gastos eran sufragados por el reo; puesto que dichos lugares tenían naturaleza temporal. La pena privativa de la libertad es una pena pero no es la cárcel, son la pena impuesta de esta forma, la pena privativa de la libertad y la cárcel son entidades distintas, que se complementan. La pena privativa de la libertad es una sanción penal dictada por un juez penal contra una persona que haya cometido un delito y tenga responsabilidad penal, culpa; mientras que la prisión o la cárcel es el lugar donde el sentenciado, penado, cumple la sanción penal que se le ha impuesto.

La pena privativa de la libertad, según nuestro ordenamiento jurídico constitucional suspende los derechos de ciudadanía; así mismo no se puede aplicar sin previo juicio. No puede ser aplicada para las deudas (antao era aplicada para las deudas tributarias), a excepción de las deudas alimentarias porque esta constituye un atentado contra el derecho a la vida de los alimentistas.

La pena privativa de la libertad puede convertirse en pena de prestación de servicios comunitarios, etc., si cumple con ciertos requisitos, como que la sanción no sea mayor de cuatro años.

#### **Duración de la pena privativa de la libertad.-**

En nuestro ordenamiento jurídico penal han existido diversas modificaciones. Así en un primer periodo, de acuerdo con el Artículo 29 del Código Penal, la pena privativa de la libertad tenía una duración mínima de dos días y una duración máxima de veinticinco años.

Posteriormente mediante el artículo 21 del Decreto Ley N° 25475, de fecha 06 de mayo de 1992, se modificó el artículo 29 del Código Penal, y se estableció que la

pena privativa de la libertad tendría una duración mínima de dos días y una duración máxima de cadena perpetua.

Luego mediante el artículo 1 de la Ley N° 26360, de fecha de publicación 29 de septiembre de 1994, se modificó el artículo 29 del Código Penal, y se estableció la duración en dos estadios, “temporal” y “cadena perpetua”, señalando que la temporal tendría una duración mínima de dos días y una duración máxima de veinticinco (25) años.

El 23 de mayo de 1998, se volvió a modificar el artículo 29 del Código Penal, y por quinta disposición final del Decreto Legislativo N° 895, se estableció que la pena privativa de la libertad podía ser temporal o de cadena perpetua, siendo que la pena privativa de libertad temporal podía tener una duración mínima de dos días y una duración máxima de treinta y cinco (35) años.

El 17 de noviembre del 2001, mediante sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 005-2001-AI-TC, se declaró inconstitucional, por la forma, el Decreto Legislativo N° 895.

El 02 de diciembre del 2001, mediante el artículo 4 de la Ley 27569 se derogó el Decreto Legislativo N° 895.

En fecha 22 de junio del 2007, mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, se establece que la pena privativa de la libertad puede ser temporal o de cadena perpetua; siendo que la pena privativa de libertad “temporal” tendría una duración mínima de dos días y una duración máxima de treinta y cinco (35) años.

## **2.- Penas restrictivas de libertad.-**

Primigeniamente las penas restrictivas de la libertad eran clasificadas en dos tipos: a) La expatriación, tratándose de nacionales (de duración de diez años); b) La expulsión del país, tratándose de extranjeros. Y se aplicaban después de haberse

cumplido la pena privativa de libertad.

El 27 de noviembre del 2009, mediante Artículo 1 de la Ley N° 29460, se modifica el artículo 30 del Código Penal, y se define a la “pena restrictiva de libertad” como la de “expulsión del país” de los extranjeros, aplicándose después de cumplida la pena privativa de libertad.

En fecha 08 de julio del 2014, mediante segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30219, se modifica el Artículo 30 del Código Penal, y se establece que la pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso”.

Penas restrictivas de derecho, expatriación, expulsión. Las penas restrictivas de derechos, se refieren a la expatriación, que consiste en una pena a un nacional, y la de expulsión, que es la pena a un extranjero, mediante la cual se vota, aparta, expulsa, destierra, al sentenciado de la nación en la cual cometió el delito. Esta sanción es de orden territorial, pero no evitaba que el individuo delictivo sea un peligro para la nación donde se alojara después de su destierro, expatriación o expulsión. Esta noción de pertenencia a un determinado territorio surge como el nacimiento y afianzamiento de los Estados modernos, que se delimitaron a través de tres factores o elementos, soberanía, territorio y población, que en la modernidad dieron la posibilidad a crear aquellos tipos de sanciones penales como la expatriación o expulsión. Un Estado moderno así, cerraba o limitaba sus fronteras territoriales, de tal forma que el territorio y el nacimiento dentro de ese territorio determinaban la población que pertenecía a tal patria o nación, que a su vez estaban subordinados al Estado. Sin la noción de Estado no habría podido existir la noción de expatriación o expulsión como una sanción penal moderna. Lo más cercano a ello eran las ciudades feudales en las cuales el señor feudal decidía sobre los que en sus tierras vivían. Según nuestro actual ordenamiento

jurídico penal la sanción se restringió a la expulsión de los extranjeros, pero como complementaria a la sanción de la pena privativa de la libertad; de tal forma que los extranjeros cumplen la pena privativa de la libertad y luego de ellos son expulsados sin posibilidad de poder regresar.

Este tipo de sanción penal trae a relieve un fenómeno importante, la transversalidad o internacionalización del derecho penal, por un lado, y la problemática de procesar, condenar, custodiar en cárceles nacionales, y los costos que ello acarrea por los delincuentes de nacionalidad extranjera.

Los delitos cometidos por extranjeros son en su mayor proporción los delitos de tráfico ilícito de drogas, es decir, comercialización e la droga de un país a otro país, de tal forma el delito se convierte en delito internacional, porque afecta a dos o más países, a inter países o Estados. Entre los delitos de orden internacional tenemos el tráfico ilícito de drogas, la trata de personas, el contrabando, etc., lo que nos lleva también a otras instituciones, como la extradición, la doble imputación del delito que debe darse en los dos países, la adhesión a los pactos, convenios, bilaterales, multilaterales, y a las cortes internacionales, etc.

Nacen otras interrogantes con la aparición de la realidad global, el internet, las redes sociales que imponen que exista una convivencia o relación inter mundial, sin necesidad e condiciones territoriales, donde los extranjeros dejan de tener aquella noción territorial porque todos pueden relacionarse digitalmente, imponiendo un sistema normativo valorativo, y donde la normatividad internacional o nacional no alcanza.

Las penas restrictivas de la libertad enuncian una restricción territorial de la libertad ambulatoria, o una negación o prohibición de la libertad ambulatoria en un determinado país nación o Estado.

### **3.- Penas limitativas de derechos.-**

Las penas limitativas de derechos han sido divididas en nuestro ordenamiento jurídico penal en: 1) Prestación de servicios a la comunidad; 2) Limitación de días libres, y, 3) Inhabilitación. Esto está prescrito en el artículo 31 del Código Penal.

Penas limitativas de derechos están subdivididas en: a) Pena de prestación de servicios a la comunidad; b) pena de limitación de días libres; c) inhabilitación; que consisten básicamente en poner al servicio de la comunidad la fuerza laboral o productiva del sentenciado, así como afectar en dicha capacidad laboral (inhabilitación) por lo tanto, las penas limitativas de derechos tienen un eje central, al disponibilidad de la capacidad o fuerza laboral del sentenciado. No obstante la aplicación tendría su objetivo en rehabilitar o resocializar al sentenciado, en la realidad las primeras sanciones como la pena de prestación de servicios a la comunidad o penas limitativas de días libres, no son efectivas porque o bien no se implementan con regularidad, o porque estas prestaciones son insignificantes y de fácil cumplimiento, como por ejemplo, limpiar las avenidas o parques públicos, ventanas de las instituciones públicas, etc., siendo que se debe previamente seguir un procedimiento por el cual las instituciones se inscriben como unidades receptoras para acoger a dichos sentenciados, esto se torna complejo porque nadie o pocos desean contar con los servicios –aún gratuitos- de los sentenciado por diversas delitos. Esta estigmatización de ser factores riesgosos para la propia institución receptora desanima cualquier intento o ejecución de la aplicación de dichas sanciones penales

La inhabilitación tiene otro efecto distinto a las anteriores, porque se trata de la prohibición de un oficio o trabajo determinado; esto pareciera incidir o cortar un derecho específico, el derecho a la libre elección del trabajo, sin embargo, el delito sancionado permite o justifica dicha vulneración o lo legitima.

El derecho penal, en la inhabilitación ingresa en el área del derecho laboral, siendo que ese puede distinguir aquí otra variante o modalidad de sanción penal, porque ya no solo son de carácter de afectación de un derecho constitucional o penal, como el derecho a la libertad ambulatoria, sino que la inhabilitación es en esencia una afectación a un derecho laboral, el derecho de no trabajar en determinadas áreas o especialidades por efecto de las consecuencias del delito y de la sanción impuesta. La inhabilitación es mayormente concebida en los delitos contra la administración pública en las cuales el sentenciado no puede ejercer un oficio o cargo público, como consecuencia haber vulnerado con su delito el mismo sistema público. El justificativo es que si bien no puede optar por un trabajo en la administración pública si puede hacerlo en la actividad privada.

### **3.1.- Pena de prestación de servicios a la comunidad.-**

La pena de prestación de servicios comunitarios consiste en el mandato a través de la sentencia del juez al condenado o sentenciado para que ésta realice o preste su fuerza laboral en forma gratuita al servicio de la comunidad en una jornada laboral determinada (de diez horas semanalmente) que no afecten la jornada laboral regular.

La pena de prestación de servicios a la comunidad puede ser aplicada en forma: a) Autónoma, es decir, como sanción directa al delito cometido, o en forma; b) sustitutiva o alternativa en reemplazo de la pena privativa de la libertad.

La pena de prestación de servicios comunitarios solo puede ser como sustituta o alternativa si la pena privativa de la libertad no excede de los cuatro años de pena.

La pena de prestación de servicios a la comunidad solo pueden aplicarse en delitos con pena no mayor a cuatro años de pena privativa de la libertad.

### **Aplicación autónoma de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres.-**

De acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad y limitación de días libres, se aplican como autónomas, cuando están señaladas por cada delito.

### **Aplicación de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres como “sustitutivas” o “alternativas”.-**

De acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad y limitación de días libres se pueden aplicar como “sustitutivas” o “alternativas” a la pena privativa de la libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a cuatro años.

### **Características de las penas de prestación de servicios a la comunidad.-**

De acuerdo con el artículo 34 del Código Penal, las penas de servicios a la comunidad tienen las siguientes características: 1) La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos; 2) La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales; 3) Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, de modo que no perjudiquen la jornada normal de su trabajo habitual.

### **3.2.- Limitación de días libres.-**

La pena limitativa de días libres es aquel mandato del juez que en sentencia obliga al condenado a poner a disposición su fuerza laboral en programas educativos, sociales, culturales, etc., de las instituciones, en una jornada de diez horas semanales, en días sábados, domingos y feriados para que no afecten la jornada laboral normal.

La limitación de días libres, de acuerdo con el artículo 35 del Código Penal, 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”.

### **3.3.- Inhabilitación.-**

La inhabilitación consiste en declarar al sentenciado como no hábil, no autorizado para realizar cierta actividad, oficio o profesión, prohibición expresa por sentencia judicial.

La inhabilitación puede aplicarse como una pena principal o como una pena accesoria, puede ser temporal o permanente. La inhabilitación supone la limitación o privación de un determinado derecho a trabajar; pero solo aquel trabajo o conducta laboral que haya supuesto la comisión del delito; la pena intenta así suprimir la circunstancia que rodea al sentenciado a fin que esta circunstancia no atente o no esté afectada por el sentenciado.

Por la inhabilitación se castiga al culpable pero a la vez se previene directamente que el sentenciado vuelva a cometer delito en área específica donde se le ha inhabilitado Por lo tanto cumple doble función: a) castigar; y , b) prevenir. Afecta directamente el derecho al trabajo (el área u oficio donde o desde donde se cometió el delito).

La inhabilitación supone también actos previos, hechos y condiciones previas, que han sido habilitados a la persona, por ejemplo, una inhabilitación por ejercicio ilegal de la profesión requiere que aquel haya obtenido anteriormente habilitación para ejercer una profesión, a través de un procedimiento educativo, universidad, aprobado los exámenes requeridos e



inscrito en un colegio profesional respectivo que da la habilitación para el ejercicio de la profesión. Cuando un sentenciado es inhabilitado se curan los oficios para los colegios profesionales y registros respectivos.

De acuerdo con el artículo 36 del Código Penal la inhabilitación produce, según la sentencia: 1) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2) Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; 3) Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia; 4) Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; 5) Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 6) Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas. 7) Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; 8) Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito; 9) Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal; 10) Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; 11) Prohibición de

aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; 12) Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios; 13) Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

### **Tipos de inhabilitación.-**

La inhabilitación puede ser aplicada como principal o accesoria. La inhabilitación puede aplicarse en forma temporal o perpetua.

La inhabilitación ha sido clasificada según la naturaleza de su imposición como principal o accesoria, esto es, como una pena independiente producto de la sanción del delito, que actúa directamente como respuesta social. Por su parte la inhabilitación accesoria es dependiente de otro factor, sanción penal, por lo que no responde directamente ante el delito sino indirectamente.

La inhabilitación clasificada según el tiempo que dure, es decir, inhabilitación temporal o permanente responde al grado o nivel de temporalidad aplicado con fines penales preestablecidos; así, la inhabilitación temporal propone y afirma que un tiempo determinado y temporal será suficiente castigo para el sentenciado, y que este deje de constituir un peligro permanente, así como la gravedad del delito; mientras que la inhabilitación permanente es para delitos graves y en los cuales se determina que no podrá haber resarcimiento o rehabilitación suficiente.

De acuerdo con el Código Penal, la inhabilitación temporal se extiende de cinco (05) a veinte (20) años en los delitos de concusión, cobro indebido, colusión, peculado doloso y culposo, peculado de uso, malversación, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito. También la inhabilitación aplica para los delitos de terrorismo, delitos de lavado de activos,

minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, trata de personas. Será inhabilitación perpetua si el agente actúa como integrante de una organización criminal.

### **Inhabilitación accesoria**

De acuerdo con el artículo 39 del Código Penal, “La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal.”. La inhabilitación, de acuerdo con el artículo 40 del Código Penal, también podrá imponerse como accesoria en los delitos culposos de tránsito.

### **4.- Pena de vigilancia electrónica personal.-**

La pena de vigilancia electrónica personal es aquella sanción por la que se coloca un grillete electrónico al sentenciado a fin que cumpla su pena vigilada.

La vigilancia electrónica personal es un producto del avance de la ciencia y la tecnología informática y gps, por la cual una persona puede ser ubicada, monitoreada permanentemente, de tal forma que se pueda restar o restringir su posibilidad de cometer delitos. Consiste en colocar en el imputado en las muñecas de las manos o en los tobillos un grillete electrónico.

El problema de los grilletes electrónicos está en su costo, y en quien debe asumir dicho costo; sin embargo podría ser una excelente alternativa a la prisión preventiva, porque siendo que dicha institución tiene como objetivo cautelar que se lleve a cabo el proceso evitando el riesgo procesal de obstaculización o el de fuga, el grillete podría efectivamente indicar la ubicación del imputado. ¿El grillete es una pena?

### **5.- Pena de multa.-**

La multa es una sanción económica, pecuniaria, que afecta al derecho patrimonial de riqueza, del sentenciado condenado; por ello se obliga al pago de una cantidad económica, a favor del Estado; por tanto se diferencia de la reparación civil que es el pago a la víctima por los efectos del delito.

La multa es una consideración al estado civil del sentenciado condenado, por la cual por mandato del juez se obliga al sentenciado a pagar al Estado una cantidad de dinero determinado.

Al margen de esto consideramos que la pérdida de dominio debiera considerarse o implementarse como una pena, de tal forma que las rentas, inmuebles, muebles, patrimonio del sentenciado que no hayan sido acreditado con título legítimo y que corresponden al tipo delictivo o sean producto del delito debe aplicarse la institución de la pérdida de dominio. Actualmente sucede la incautación de los cuerpos del delito.

De acuerdo con el artículo 41 del Código Penal, “la pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.”.

## **II.- APLICACIÓN DE LA PENA**

La aplicación de la pena es una potestad del Estado, que por su ius imperium del ius puniendi tiene el monopolio de la sanción penal, a través de los órganos respectivos, que es a través del Poder Judicial, por medio de los jueces penales.

La aplicación de la pena ha tenido un circuito histórico que ha comenzado con el poder del reye, monarca, que implantaba el castigo por propia

voluntad; la misma que fue impregnada con otro poder, el de la religión, así, las penas y a no importaban la voluntad del monarca sino la voluntad de dios, por lo que el monarca imponía la sanción en nombre o representación de dios; así con la ilustración la pena la aplicaban los jueces, la misma que se restringió a la ley que será la voluntad de la sociedad. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal se ha dispuesto su control para la aplicación de las penas en dos áreas: los condenados y las víctimas; así el juez para aplicar la pena tiene que tener en consideración. A) las características del agente, esto es, las circunstancias sociales, el uso de cargo público, el abuso de condición económica, formación, poder, etc., es decir, las circunstancias o condiciones que rodean o que posee el agente delictivo; b) la cultura y costumbres del agente delictivo, que consiste en la comprensión cultural de acto del agente delictivo, a fin de determinar su condicionamiento mental por la condición de la cultura o de las costumbres en las que ha sido formado: c) los intereses de la víctima, que consiste en aquello que afecta al bienestar de la víctima, afectación a su familia, vulnerabilidad, que representan la extensión o reducción de los efectos del acto delictivo. Todos estos componen los presupuestos para fundamentar y determinar la pena. Esto significa que el poder punitivo del juez debe considerar aquellos fundamentos; cabría, sin embargo, preguntarse si el juez en su decisión o fallo textualiza dichos considerandos; si el juez expresa taxativamente esos fundamentos, o solo se tienen por considerados, o por último, si hace referencia en alguna parte de la sentencia del artículo 45-A del C.P correspondiente.

Por último la aplicación de la pena demuestra el monopolio del Estado para imponer sanciones, asimismo debe estar prescrito en la ley cierta y vigente, ser legítima, no haber prescrito la posibilidad de aplicación de la pena, y haberse dado un previo debido proceso.

### **1.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena.-**

De acuerdo con el artículo 45° del Código Penal, se establecen los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, prescribiendo que el juez, al momento de fundamentar y determinar la pena tiene en cuenta: 1) Características del agente: a) Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente; b) El abuso de su cargo; c) El abuso de posición económica; d) Formación, e) Poder; f) Oficio; g) Profesión; h) Función que ocupa el agente en la sociedad. 2) Su cultura y costumbres. 3) Intereses de la víctima: a) Los intereses de la víctima, b) afectación de su familia; c) Afectación de las personas que de ella dependen; d) Afectación de sus derechos; e) Situación de vulnerabilidad.

## **2.- Condiciones que debe tomar en cuenta el juez al aplicar la pena y la escala de medición de la pena a aplicar.-**

El ordenamiento jurídico penal prescribe una escala para imponer las penas, y las divide en tres secciones, tres tercios. 1) Tercio inferior; 2) Tercio intermedio; 3) Tercio superior; las mismas que son contenidas según las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho; esta es también una limitación al uso del poder punitivo del juez, sin embargo cabe también la pregunta si existe o se encuentran en las resoluciones una indicación expresa a la norma penal que prescribe dicha escala punitiva (art. 45-A C.P.).

Las atenuantes están prescritas en el art. 22 del C.P., y entre ellas tenemos: a) la responsabilidad restringida por la edad, el arrepentimiento activo, la confesión sincera (delación premiada). El término delación premiada usada en otros países como el Brasil es más adecuado porque premia que se delate a los otros integrantes de la criminalidad o actividad delictiva.

El cuadro de la escala de tercios par la aplicación de la pena (art. 45-A C.P.) es:

Nº	Tercio	Atenuante	Agravante
1	Por debajo del tercio	Circunstancias atenuantes privilegiadas	Circunstancias agravantes cualificados
2	Tercio inferior	Cuando exista solo atenuantes o no hay ni atenuante ni agravante	
3	Tercio intermedio		
4	Tercio superior		
5	Por encima del tercio superior		Agravante cualificado

#### **Individualización de la pena.-**

De acuerdo con el Artículo 45-A del Código Penal, se establece la individualización de la pena, así como que “toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. / Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.”

Asimismo, el juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas (Art. 45-A CP): 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes; 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior; b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio; c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior. 3. Cuando

concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y, c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

### **3.- Circunstancias de atenuación de la pena.-**

De acuerdo con la normatividad penal, art. 46 C.P. las atenuantes para la aplicación de las penas se refieren a la condición jurídica penal del sentenciado (no tener antecedentes penales), la condición o motivación noble o altruista del hecho delictivo, la condición emocional que estuviera fuera de su manejo o escapase al control de su voluntad; la actuación por apremiantes circunstancias personales o familiares, la disposición activa de disminución de los daños del delito, reparación voluntaria del daño, la entrega personal y voluntaria a la justicia, la edad del imputado, si aquella condición hubiere influido en la comisión del delito.

Las atenuantes son aquellas circunstancias que no eximen de la responsabilidad penal, pero si pueden servir para aplicar la pena por debajo o dentro del tercio inferior de la pena prescrita por ley.

Las atenuantes responden a tres estadios, etapas de la persona frente al acto delictivo, las: 1) condiciones previas al acto delictivo como la condición jurídica de no tener antecedentes penales, etc.); 2) condiciones propias en el acto de comisión del delito como el motivo social de la participación en el delito, la respuesta o sujeción a un estado emocional inmanejable como el miedo, los premios; 3) las condiciones posteriores al acto delictivo, o



circunstancias, por las que el imputado ha resarcido el daño, se ha entregado por propia voluntad a la justicia, etc.

El cuadro o escala para la aplicación de las circunstancias atenuantes sería:

Nº	Circunstancias temporales	Atenuantes
1	Circunstancias previas	- sin antecedentes penales - haber sufrido amenazas
2	Circunstancias en el acto delictivo	- Motivado por interés social - conducta por emoción incontrolable
3	Circunstancias posteriores al acto delictivo	- Arrepentimiento activo - Reparación del daño - Entrega voluntaria

Así también de acuerdo con el Artículo 46 del Código Penal se establecen las circunstancias de atenuación y agravación, por lo que: “1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

#### **4.- Circunstancias de agravación de la pena.-**

Las circunstancias agravantes para la aplicación de la pena responden a

consideraciones de diverso tipos, así tenemos: 1) consideraciones sociales o peligro social (es decir que el acto delictivo agrave, vulnere a la generalidad de la sociedad, o ponga en peligro a una generalidad poblacional, así tenemos los agravantes cuando se atenta contra el ecosistema, necesidades básicas de la sociedad, bienes o actividades de necesidad común, etc., atentados contra el peligro común, etc. ; 2) Consideraciones personales del imputado, como la actuación por motivos abyectos, discriminación, abuso de su condición jerárquica, cargo, posición económica, actuación de posición, actuación con pluralidad de agentes; 3) consideración de afectación a la víctima; utilización de inimputables, niños, niñas, situación de indefensión de la víctima.

El cuadro sería:

Nº	Consideraciones	Agravante
1	Consideración social o de peligro social	- vulneración de bienes de interés social - afectación al ecosistema
2	Consideraciones personales del imputado	- actuación en grupo - por discriminación - abuso del ejercicio del cargo, etc.
3	Consideración de afectación de la víctima	Utilización de inimputables, niños, etc.

De acuerdo con el Artículo 46 del Código Penal, las circunstancias agravantes son: 1. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto,

fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole; e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito; h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva. n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

##### **5.- Circunstancia agravante por la condición del sujeto activo.-**

De acuerdo con el artículo 45-A del Código Penal, constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de: a) miembro de las Fuerzas Armadas; b) Miembro de la Policía Nacional, c) Autoridad; d) Funcionario; e) Servidor Público, para cometer un

hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

También, de acuerdo al artículo 45-A del Código Penal, “Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

#### **6.- Reincidencia.-**

Es considerado reincidente la persona que después de haber cumplido en todo o parte una pena, incurre en nuevo delito doloso, en un lapso que no excede de cinco años (Art. 46-B CP).

Reincidencia es una palabra que en el contexto penal define una condición o circunstancia específica penal de una persona: tener en sus antecedentes penales el registro de haber cometido (dentro de los cinco años posteriores a una sentencia condenatoria penal) un nuevo delito doloso, con intención o dolo. La reincidencia constituye un agravante. El reincidente penal, sin embargo, tiene dos condiciones que lo constituyen como tal: 1) comisión de nuevo delito dentro de los cinco años posteriores a una sanción penal que significa que si el agente comete el delito después de los cinco años indicados, la reincidencia no se produciría por el tiempo de prescripción o haber sido habilitado y borrado todos sus antecedentes penales, por efecto de transcurrir el tiempo; 2) comisión de nuevo delito doloso; doloso significa con voluntad, conscientemente, conciencia para acometer el delito. Esto significa que si el agente delictivo comete el delito por negligencia, impericia, es decir por causas culposas, entonces no podría considerarse como reincidente.

#### **7.- Habitualidad.-**

Habitualidad es considerada una circunstancia cualificada agravante por la

cual la sanción puede superar o dictarse por encima del tercio superior de la pena, es decir, puede aplicarse por encima de la máxima pena prescrita en el Código Penal para un determinado delito.

La habitualidad tiene su antecedente conceptual en la palabra hábito, cuyo concepto lo define como aquella acción que se realiza con regularidad, como parte de una tradición, condición cultura, etc. Un hábito así es un acto que se realiza siempre o continuadamente pro su interiorización o aprendizaje para ello; en el contexto penal, un hábito se convierte en elemento para maximizar la aplicación de las sanciones penales cuando se cometen más de tres nuevos actos delictivos, contados dentro de los cinco años de una sanción penal al agente delictivo. El hábito o habitualidad supone la interiorización de un tipo de conducta (en el caso penal) delictiva, por la cual el agente delictivo se encuentra acostumbrado a cometer delitos, ea el que fuer las razones para aquello.

De acuerdo con el Artículo 46-C del Código Penal, “Si el agente comete un nuevo delito doloso es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años”.

Así también, “tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante.

#### **8.- Cómputo de la detención sufrida.-**

Cómputo de la detención sufrida es aquella determinación penal por la cual toda detención preliminar, prisión preventiva), que se haya realizado en el marco o contexto en el cual aún no se haya dictado sentencia condenatoria, debe ser computada, tenida en cuenta para el cómputo general de la sanción aplicada. Así, por cada día en detención preliminar, o prisión preventiva, se

considerará a un día por día de la sentencia condenatoria. En el caso de penas limitativas de derecho se computaran a razón de dos días de las penas limitativas de derecho por un día de la sentencia condenatoria.

El cómputo, es el conteo, la suma de los días.

De acuerdo con el “**Artículo 47.-** El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. / Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.”.

### **9.- Concurso ideal de delitos.-**

El concurso ideal de delitos, o concurso normativo del delitos, expresa que ante un hecho delictivo determinado concurren o pueden concurrir o aplicarse varias disposiciones normativas; esto nos enfrenta a un problema, de fondo, el de la tipicidad, que consiste en encuadrar o identificar aun hecho dentro de un definitivo tipo delictivo; así, si varias normas penales se pueden aplicar a un hecho delictivo se debe elegir de entre esos varios tipos delictivos (robo, estafa, etc.) cuál de ellas se debe elegir para procesar, y en su caso sentenciar al agente delictivo. No e explica en un primer momento que un mismo hecho pueda significar varios tipos delictivos porque el delito (el hecho delictivo) es uno distinto de los demás. Nuestra normatividad, sin embargo considera que debe aplicare hasta el máximo de la pena más grave, o extenderse hasta una cuarta parte de la misma pena más grave; esto en mérito a que la sanción penal no puede medirse por el delito menos grave, sino por el que ha causado mayor daño, es decir, el más grave.

Pero ¿qué tipos delictivos pueden ser castigados dentro de un mismo hecho? Sin embargo, en el concurso ideal (o normativo) de delitos ocurre que el hecho delictivo afecta o vulnera varios bienes jurídicos (la vida, la salud, la integridad, el poder público, etc.) El concurso, o la elección o proceso para la elección o selección de la pena a aplicar responden directamente por las consecuencias a

determinados bienes jurídicos vulnerados, puesto que el hecho ha violado varias normas penales, delitos, o bienes jurídicos protegidos penalmente.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 48.- Concurso ideal de delitos.-** Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años."

#### **10.- Delito continuado.-**

Delito continuado es aquella determinación conceptual para integrar dentro de un mismo tipo delictivo o todos aquellos otros que hubieren sido ejecutados para la resolución de un mismo acto delictivo final, de esta forma la sanción a aplicarse será la mas grave; no obstante si dichos delitos hubieran afectado a una pluralidad de agentes se aumentará la pena. Esta integración dentro de un delito considerado como delito continuado no podía considerarse como tal si es que se han vulnerados bienes jurídicos personales que corresponden a sujetos distintos.

¿El delito continuado permite la acumulación de procesos dentro de uno solo?

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 49.-** Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. / La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos."

#### **11.- Concurso real de delitos.-**

El concurso real de delitos o concurso fáctico, de hechos, de delitos consiste en que existen varios hechos punibles, que se consideran como delitos también independientes, y por la cual el juez aplicará las penas sumando hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave. En esta circunstancia existen varios hechos delictivos punibles.

En este caso el agente delictivo ha cometido varios delitos, en este caso para la aplicación de la pena funciona la sumatoria de las penas fijadas por el juez para cada delito, en este caso esta sumatoria no podrá exceder el doble de la pena máxima del delito más grave, no puede exceder treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, y en caso de cadena perpetua solo se aplicará esta. Esto indica que los delitos, su sanción, quede impune, pero además se tomarán en cuenta todos los delitos y la pena resultara de la sumatoria de las penas aplicadas a cada delito sancionado.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 50.- Concurso real de delitos.-** Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta."

#### **12.- Concurso real de faltas.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 50-A.- Concurso real de faltas.-** Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado".



### **13.- Concurso real retrospectivo.-**

El concurso real retrospectivo es aquel que se hubiera descubierto después de la aplicación de una sentencia, por lo que se sumara a la pena aplicada hasta el máximo del doble de la pena más grave.

La retrospectión se considera a conocer y procesar un hecho cometido anteriormente al delito sentenciado.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: "**Artículo 51.- Concurso real retrospectivo.-** Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito."

.

### **14.- De las conversiones**

Las conversiones de las penas es el instituto jurídico penal por la cual las penas dadas, aplicadas por un juez penal pueden convertirse en otro tipo de pena o sanción penal de menor gravedad; esto en mérito a ciertas condiciones como el número de años de pena, el no haber sido las penas consideradas como condenas condicionales, o dadas como reservas del fallo condenatorio, en las cuales se suspende la ejecución efectiva de la pena. Así cada pena puede convertirse en una de menor grado, en efecto que las mismas tengan el mismo nivel de consideración penal de sanción.

Las conversiones de las penas es aquella por la cual se convierte una pena privativa de la libertad en una de prestación de servicios comunitarios, pena limitativas de derechos, multa, etc.

#### **Conversión de la pena privativa de la libertad.-**

La pena privativa de la libertad puede convertirse en una pena de multa, en una pena de prestación de servicios a la comunidad, en otra de pena limitación de días

libres, en otra de penas de vigilancia electrónica personal. Estas conversiones pueden aplicarse de oficio o a pedido de parte. También se puede convertir la pena privativa de la libertad en ejecución por una limitación de derechos, a otra de pena de prestación de servicios a la comunidad u otra de limitación de días libres.

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: “**Artículo 52.- Conversión de la pena privativa de libertad.-** En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres. / Igualmente, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal, en concordancia con el inciso 3 del artículo 29-A del presente Código.”.

#### **Conversión de la pena privativa de la libertad en ejecución.-**

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: “**Artículo 52-A.- Conversión de la pena privativa de libertad en ejecución.-** El Juez competente puede convertir la pena privativa de libertad en ejecución de condena, por una pena limitativa de derechos, a razón de siete (7) días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres, según corresponda y siempre que se cumplan los supuestos de procedencia y requisitos establecidos en la ley de la materia.”.

#### **Revocación de la conversión**

La revocación de las penas es aquella por la cual una pena de limitación de derechos, pena de prestación de servicios a la comunidad, o pena de multa que son el resultado de haber sido convertidas en reemplazo de la pena privativa de la

liberada, quedan por su incumplimiento revocadas, anuladas; y por lo tanto la pena inicial (ppl) vuelve a tener vigencia y ejecución. La revocación de las penas convertidas pueden darse por los siguientes motivos: 1) revocación por incumplimiento de las penas convertidas (pena de prestación de servicios a la comunidad, penas limitativas de derechos, multa, etc.); 2) Revocación por comisión de nuevo delito doloso, es decir consciente, intencional y voluntariamente por el agente delictivo; 3) revocación por injustificación del no cumplimiento de la pena convertida, es decir, que no se haya dado razones suficientes y contundentes del no cumplimiento de la pena convertida.

Por la revocación de la conversión se deja sin efecto dicha conversión si el condenado no cumple, injustificadamente con el pago de la multa o la prestación del servicio asignado. (Art. 53 CP).

#### **Revocación de la conversión por la comisión de delito doloso**

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: "**Artículo 54.-** Cuando el condenado cometa, dentro del plazo de ejecución de la pena convertida según el artículo 52, un delito doloso sancionado en la ley con pena privativa de libertad no menor de tres años, la conversión quedará revocada automáticamente y así será declarada en la nueva sentencia condenatoria. Efectuando el descuento correspondiente a la parte de pena convertida que hubiese sido ejecutada antes de la revocatoria, conforme a las equivalencias indicadas en el artículo 53, el condenado cumplirá la pena privativa de libertad que resta de la primera sentencia y la que le fuere impuesta por el nuevo delito."

#### **Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad.-**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad.-** Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicadas como penas autónomas, impuestas en caso de delito o falta, dichas sanciones se convertirán en privativas de libertad, previo

apercibimiento judicial, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada jornada incumplida de prestación de servicios a la comunidad o jornada de limitación de días-libres.”.

#### **Conversión de la pena de multa.-**

De acuerdo con lo prescrito en el Código Penal: “**Artículo 56.-** Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado. / Si el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la pena de multa se convierte en una limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad con la equivalencia de una jornada por cada siete días-multa impagos. / El condenado puede pagar la multa en cualquier momento descontándose el equivalente a la pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios cumplidos a la fecha. / Cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida.

#### **15.- Suspensión de la ejecución de la pena**

La suspensión de la ejecución de la pena es el acto y decisión por la cual el juez puede suspender, dejar sin efecto real la aplicación de la pena, en mérito a las condiciones, o circunstancias de los hechos, la naturaleza del proceso, las condiciones del imputado, las condiciones personales del agente que permitan inferir que no volverá a cometer el delito la prognosis de la pena, es decir, que la pena privativa de la libertad no sea superior a cuatro años, que el sentenciado no sea reincidente o habitual.

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

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: “**Artículo 57.- Requisitos.-** El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento

procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; 3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual; El plazo de suspensión es de uno a tres años”.

#### **16.- Condena no pronunciada**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: “**Artículo 61.-** La condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia”.

#### **17.- Reserva del fallo condenatorio**

El juez puede “reservarse” el fallo condenatorio, es decir, no pronunciar el fallo, disponer por tanto la no ejecución de la condena, si es que lo considera, teniendo en cuenta ciertos requisitos, como la probabilidad de no comisión de nuevo delito, la mínima gravedad de los años a imponerse, la motivación de dicha decisión.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 62. Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos.-** 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. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

La reserva es dispuesta en los siguientes casos: 1. Cuando el delito está 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. El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.”.

### **18.- Exención de pena**

De acuerdo con el ordenamiento jurídico penal las sanciones penales van desde dos días de pena privativa de la libertad hasta cadena perpetua. En este contexto la aplicación efectiva de la pena privativa de la libertad se da cuando esta es superior a los cuatro años de prisión pudiéndose en concordancia convertirse, suspenderse, reservarse, y también “eximirse”, en este último caso solo si la pena privativa de libertad sea menor a dos años, o la pena limitativa de derechos o multa fuera mínima.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: “**Artículo 68.- Exención de pena.-** El juez puede eximir de sanción en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuere mínima.”.

### **19.- Rehabilitación.-**

La rehabilitación es la institución jurídica penal por la cual el agente delictivo recupera su condición anterior a la sanción penal, por efecto de cumplimiento de la pena o extinción de la sanción penal.

Por la rehabilitación que se debe producir en forma automática al cumplirse la pena, el agente delictivo recupera sus derechos suspendidos o restringidos, así como se cancelan todos sus antecedentes penales, judiciales, policiales.

La rehabilitación supone recobrar la habilitación civil de la que había sido prohibido o proscrito el agente delictivo; la pena ya no supone dolor, como era antiguamente, sino habilitación para integrarse a la sociedad.

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 69.- Rehabilitación automática.-** El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la

reparación civil. La rehabilitación produce los efectos siguientes: 1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y, 2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación”.

## **20.- Las medidas de seguridad**

Las medidas de seguridad son otro tipo de instrumento distinto a las sanciones penales (pena privativa de la libertad, penas restrictivas de derechos, penas limitativas de derechos, multa), que se aplican a aquellas personas que hayan sido consideradas científicamente inimputable por su condición mental. Las medidas de seguridad son el internamiento, y el tratamiento ambulatorio. Se aplican cuando se considere el peligro de nueva comisión de delito los fines de estas medidas de seguridad son de orden terapéutico o custodia.

De acuerdo con el Código Penal, en su artículo 71, las medidas de seguridad son: 1) Internación; y, 2) Tratamiento ambulatorio.

### **Requisitos para la aplicación**

De acuerdo con el Artículo 72 del Código Penal, se establece: “Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes: 1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y, 2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos”.

### **Principio de Proporcionalidad.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “**Artículo 73.-** Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la

gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado”.

### **21.- Internación.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “**Artículo 74.-** La internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. / Sólo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves”.

### **22.- Extinción de la acción penal y de la pena**

En el derecho penal existen dos consideraciones para el conocimiento y tratamiento de los actos delictivos; la acción penal y la pena. Por la acción penal el Estado tiene el imperio o poder para investigar y procesar por un hecho delictivo. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal la acción penal, su ejercicio, está monopolizado por el Ministerio Público, de esta forma solo el Ministerio Público, a través de sus fiscales pueden accionar la acción penal, la capacidad para investigar, denunciar y acusar ante el juez por la comisión de un delito y en consecuencia solicita la aplicación de una pena (en Brasil la función de los fiscales es atribuida a los procuradores).

Por la sanción el juez penal tiene el monopolio del ius puniendi, del derecho a castigar, imponer sanciones penales.

Estos dos poderes y monopolios del uso de la violencia penal atribuidos al fiscal (titular de la acción penal), y del juez (titular de la sanción penal), son poderes temporales, es decir, no son permanentes, ni eternos (salvo excepciones).

La extinción es un instituto jurídico penal por la cual la acción penal y la pena se extinguen.



La extinción de la acción penal, de aquella capacidad o facultad monopólica que tiene el Estado a través del Ministerio Público y este a través de los fiscales se extingue termina, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal (art. 78 C.P.) por causas lógicas, como la muerte. Esta prescripción que ahora es obvia, ha sido producto de todo un proceso histórico cultural, en el cual se logró desterrar los conceptos antiguos en donde la persecución del delito (acción penal) en algunas culturas, traspasaba el ámbito de la muerte del imputado y se extendía a sus herederos. Otra de los institutos modernos de la extinción de la acción penal se recoge de una determinación temporal para perseguir el delito, este instituto es la prescripción que significa que después de pasado un determinado tiempo de ocurrido el delito éste ya no puede ser perseguido; el tiempo para la prescripción varía en cada sociedad. Por otro lado también se extingue la acción penal por un instituto político (poder de gobierno) denominado amnistía que es el poder que tienen los congresos o poder legislativo de un estado para ¿perdonar? El delito y extinguir la persecución de quien lo hubiera cometido. Así también existe el derecho de gracia o indulto que es la institución política jurídica por la cual el presidente de la república puede perdonar y extinguir la acción penal, como un poder proveniente de una condición cultural histórica dado a los soberanos. La cosa juzgada es otra institución jurídica que extingue la acción penal, porque se trata de un delito debidamente procesado, juzgado, consentido y /o ejecutoriado, por la cual nadie puede volver a ser investigado por los mismos hechos y delitos. Así también no puede ejercerse la acción penal en los casos donde solo corresponda la acción civil, como en los delitos contra el honor.

En estos casos la acción penal se extingue cuando existe desistimiento (la parte denunciante haya expresado de no continuar con el proceso penal) o transacción, cuando las partes denunciante y denunciado, se hayan puesto de

acuerdo y llegado a una transacción que extingue la acción penal. La acción penal también puede extinguirse cuando existe a una sentencia civil ejecutoriada que contenga el acto por el que se es procesado penalmente es lícito.

De acuerdo con el Código Penal, en su artículo N° 78 se prescribe que la acción penal se extingue: 1. Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia; 2. Por autoridad de cosa juzgada; 3. En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción."

#### **Extinción de la acción penal por sentencia civil.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “**Artículo 79.-** Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito”.

#### **Plazos de prescripción de la acción penal.-**

Los plazos a para la prescripción de la acción penal es generalidad son igual al máximo de la pena fijada para el delito sin embargo, existen ciertos acondicionamientos según sea el caso , como por ejemplo, cuando existe concurso ideal de delitos, o concurso real de delitos; así también se reducen cuando se trata de responsabilidad restringida por la edad del imputado; así también el cómputo del plazo se inicia de acuerdo al tipo, tentativa, delito continuado, delito instantáneo, delito permanente. La prescripción de la acción penal también se puede interrumpir por la actuación del ministerio público, poder judicial, nuevo delito doloso, etc.

También puede suspenderse el plazo de prescripción de la acción penal, en caso exista un proceso distinto del cual dependa, etc.

De acuerdo con el artículo 80 del Código Penal, la acción penal prescribe:

1) La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad; 2) En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno; 3) En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

#### **Reducción de los plazos de prescripción.-**

De acuerdo con el artículo 81 del Código Penal, “los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún años o más de setenticinco años al tiempo de la comisión del hecho punible”.

#### **Inicio de los plazos de prescripción.-**

De acuerdo con el Artículo 82 del Código Penal, se establece que los plazos de prescripción de la acción penal comienzan: 1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa; 2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó; 3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y, 4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

#### **Interrupción de la prescripción de la acción penal.-**

De acuerdo con el artículo 83 del Código Penal, se establece que la acción de la acción penal se interrumpe: 1) Por las actuaciones del Ministerio Público; 2) Por las actuaciones de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido; 3) Por la comisión de un nuevo delito doloso; 4) La acción penal prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

#### **Suspensión de la prescripción.-**

Los casos en que se suspende la prescripción, de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal, son: 1) Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende

de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

### **Extinción de la ejecución de la pena.-**

La ejecución de la pena contiene varias modalidades, dentro de las cuales se encuentran; 1) muerte, por la imposibilidad materia de aplicar las mismas; 2) amnistía, como facultad propia del Poder Legislativo; 3) Indulto, como facultad del Poder Ejecutivo; 4) Prescripción, en razón al tiempo transcurrido 5) Cumplimiento de la pena, por haberse ejecutado la sanción penal; 6) Exención de la pena; y, 7) Perdón.

De acuerdo con el artículo 85 del Código Penal, la ejecución de la pena se extingue: 1) Por muerte del condenado; 2) Por amnistía; 3) Por indulto; 4) Por prescripción; 5) Por cumplimiento de la pena; 6) Por exención de pena; y, 7) Por perdón del ofendido en los delitos de acción privada.

### **Prescripción de la pena**

La prescripción de la pena es el olvido y la imposibilidad de sancionar penalmente a un imputado por un delito por efecto de haber transcurrido un tiempo determinado.

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “**Artículo 86.-** El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme.”.

### **23.- Reparación civil.-**

La reparación civil es aquella institución por la cual el agraviado recibe o se le restituye el bien vulnerado, o el pago de su valor, y la indemnización por los daños y perjuicios.

La Reparación Civil es un derecho de la víctima y comprende (Art. 93): 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, 2. La indemnización de los daños y perjuicios.

## **SECCIÓN VI: EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

### **EL PREDICTAMEN DEL CONGRESO SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

El jueves 12 de mayo del 2016, una noticia remecía silenciosamente el país: se debatía la aprobación del pre dictamen del nuevo Código Penal, reformando, actualizando, corrigiendo, ampliando, reduciendo, el anterior Código Penal peruano, publicado en el año 1991. Leer el Pre Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del periodo anual de sesiones 2014, 2015 del Congreso, es realmente complejo, pues son ciento cincuenta y dos proyectos de ley que a esa fecha presentaban los congresistas para modificar el código penal. La Comisión de Justicia tuvo que trabajar, revisar, los proyectos de Ley presentados por los congresistas respecto a modificaciones al Código Penal, y luego ha construido un texto sustitutorio y propuesto la Ley del Nuevo Código Penal.

Según el Predictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, los Proyectos de Ley en mención son: Proyecto de Ley N° 163/2011-CR, 183/2011-CR, 260/2011-CR, 266/2011-CR, 345/2011-CR, 396/2011-CR, 459/2011-CR, 704/2011-CR, 709/2011-CR, 777/2001-CR, 902/2011-CR, 996/2011-CR, 1061/2011-CR, 1063/2011-CR, 1075/2011-CR, 1078/2011-CR, 1107/2011-CR, 1111/2011-CR, 1127/2011-CR, 1131/2011-CR, 1314/2011-CR, 1318/2011-CR, 1350/2011-CR, 1403/2012-CR, 1406/2012- CR, 1417/2012-CR, 1425/2012-CR, 1563/2012-CR, 1569/2012-CR, 1570/2012-CR, 1571/2012-CR, 1588/2012-CR, 1599/2012-CR, 1615/2012-CR, 1622/2012-CR, 1630/2012-CR, 1637/2021-CR, 1687/2012-CR, 1688/2012-CR, 1691/2012- CR, 1707/2012-CR, 1712/2012-CR, 1725/2012-CR, 1772/2012-GR, 1828/2012-CR, 1831/2012-PE, 1881/2012-CR, 1931/2012-CR,

1945/2012-CR, 2031/2012-CR, 2047/2012-CR, 2050/2012-CR, 2053/2012-CR, 2095/2012-CR, 2127/2012-CR, 2131/2012-CR, 2150/2012-CR, 2193/2012-CR, 2213-2012-CR, 2225/2012-CR, 2227/2012-CR, 2230/2012- CR, 2231/2012-CR, 2241/2012-CR, 2246/2012-CR, 2296/2012-CR, 2384/2012-CR, 2444/2012-CR, 2450/2012-GL, 2509/2012-CR, 2530/2013-CG, 2557/2013-CR, 2582/2013-CR, 2583/2013-CR, 2719/2013-CR, 2733/2013-CR, 2744/2013- CR, 2797/2013-CR, 2841/2013-CR, 2859/2013-CR, 2862/2013-CR, 2935/2013-CR, 2965/2013-CR, 3059/2013-CR, 3071/2013-CR, 3077/2013-CR, 3138/2013-CR, 3155/2013-CR, 3179/2013-CR, 3181/2013-CR, 3182/2013-CR, 3232/2013- CR, 3266/2013-CR, 3268/2013-CR, 3304/2013-CR, 3305/2013-CR, 3306/2013-CR, 3313/2013-CR, 3334/2013-CR, 3382/2013-CR, 3383/2013-CR, 3409/2013-CR, 3428/2013-CR, 3449/2013-CR, 3454/2013-PE, 3474/2013-CR, 3476/2013- CR, 3485/2013-CR, 3491/2013-CR, 3497/2013-CR, 3499/2013-CR, 3500/2013-CR, 3539/2013-CR, 3540/2013-CR, 3541/2013-CR, 3575/2013-CR, 3579/2013-CR, 3586/2013-CR, 3589/2013-CR, 3590/2013-CR, 3628/2013-CR, 3629/2013- CR, 3657/2013-CR, 3674/2013-CR, 3684/2013-CR, 3696/2014-CR, 3724/2014-CR, 3725/2014-CR, 3778/2014-CR, 2014-/3779/2014-CR, 3833/2014-CR, 3845/2014-CR, 3876/2014-CR, 3883/2014-CR, 3896/2014-CR, 3909/2014-CR, 3914 2014-CR,/2014-CR, 3980/2014-CR, 3966/2014-CR, 3963/2014-CR, 3962/2014-CR, 3957/2014-CR, 3947/CR, 3929 2014-/2014-CR y 4038/2014-CR, 4032/2014-CR, 4030/3993/2014-CR, 4000/2014-CR, 4001/2014-CR, 4004-2014-CR, 4029 CR.

Los proyectos de Ley del legislativo, enunciados, tienen diverso contenido; así proponen, entre otros proyectos de ley: 1) La ley de protección del consumidor de la concertación de precios y sanción penal de las conductas atentatorias contra la libre competencia; 2) El proyecto de ley de incorporación de inhabilitación perpetua, incremento de la pena al delito de violencia y resistencia a la autoridad; 3) La tipificación del delito de retardo en la administración de justicia; 4) El proyecto de ley que deroga los delitos cometidos por medio de la prensa u otro medio de comunicación social; 5) La represión del delito de especulación y direccionamiento en la venta de textos escolares; 6) La ley de “Tolerancia Cero a

la conducción en estado de ebriedad”; 7) La ley de declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de violación contra menores de edad; 8) La ley del establecimiento de modalidades especiales del delito de traición a la patria en tiempos de paz; 9) El proyecto de ley del establecimiento de penalidad para los delitos de Terrorismo y los procedimientos para la Investigación, la Instrucción y el Juicio; 10) El proyecto de Ley que sanciona el sicariato de menores como adultos; 11) El proyecto de Ley que crea los tipos penales de adulteración de insumos agrarios y comercialización de insumos agrarios prohibidos; 12) El proyecto de ley de ampliación de las penas y sanción de inhabilitación perpetua a los conductores que manipulando vehículo automotor en estado de ebriedad o drogadicción causan la muerte de la víctima; 13) Ley que incorpora en el Código Penal la figura del delito previsional; 14) La Ley que tipifica el delito de injuria racista, modificando el artículo 130 del Código Penal; 15) La Ley que regula las faltas a la persona, las constantes amenazas, amedrentamientos, hostilizaciones o agresiones con gestos obscenos o de palabra; 16) El proyecto de Ley que modifica el delito de apología y establece agravantes para el delito de apología al terrorismo; 17) El proyecto de Ley que modifica el artículo 296 del Código Penal y penaliza el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos; 18) El proyecto de Ley que penaliza el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en espacios públicos o abiertos al público o en presencia de menores de edad; 19) El proyecto de Ley que modifica el artículo 124 del Código Penal, lesiones culposas, incrementando las penas; 20) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, extendiendo el delito de prevaricato a los miembros de los tribunales administrativos o de los órganos colegiados, así como a los notarios que emitan resoluciones y/o actos contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas; 21) El proyecto de Ley de seguridad turística; 22) El proyecto de Ley que modifica los artículos 58 y 64 del Código Penal, incluyendo el pago de la reparación civil como regla de conducta; 23) El proyecto de Ley que incorpora el artículo 274-B del Código Penal, ampliando la

punibilidad a los acompañantes de los conductores en estado de ebriedad o drogadicción; 24) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato; 25) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato; 26) El proyecto de Ley que modifica el artículo 111 del Código Penal con la finalidad de agravar la pena en razón de las víctimas y reafirma la responsabilidad institucional en los delitos cometidos; 27) El proyecto mediante el cual se propone la Ley que sanciona el uso de niñas, niños y adolescentes por el terrorismo, narcotráfico y crimen organizado; 28) El proyecto de Ley que incorpora los delitos de minería ilegal del Código Penal en la Ley contra el Crimen Organizado; 29) El proyecto de Ley que regula los alcances de la imposición de la reparación civil en el marco normativo penal; 30) La Ley que modifica el artículo 36 y 38 del Código Penal, estableciendo la duplicidad del plazo de la inhabilitación para los sentenciados comprendidos en los artículos del 376 al 401 del Código Penal; 31) El proyecto de ley que propone incorporar los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos y sancionan los actos de crueldad que se ejercen contra los animales; 32) El proyecto de Ley que reforma el delito de extorsión en el Código Penal; 33) El proyecto de Ley que modifica el Título XIV, Capítulo I del Código Penal e incorpora al artículo 315 B, que sanciona delitos cometidos en espectáculos masivos; 34) El proyecto de Ley de Prevención, Atención y Sanción del Acoso Sexual en los espacios públicos y de reforma del Código Penal, modificando los artículos 176, 176-A, 183 y 450 del Código Penal; 35) El Proyecto de ley para la creación de los Juzgados de vigilancia penitenciaria al sistema de ejecución penal; 36) Proyecto que propone incorporar al Código Penal la Ley que sanciona el acoso laboral; 37) Proyecto de ley que sanciona a funcionarios públicos que permiten el delito de usurpación agravada; 38) Proyecto de ley que dispone la eliminación de los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y suspensión de la ejecución de la pena para los delitos de corrupción; 39) Proyecto de Ley que regula la gestión de intereses y prohíbe la gestión



indebida ante la administración pública; 40) Proyecto de Ley que incorpora al Código Penal el delito de explotación de menores de edad e incrementa pena del delito de exposición a peligro de persona dependiente; 41) Proyecto de Ley que determina el comiso de los bienes utilizados en trata de personas; 42) Proyecto de Ley que modifica los artículos 176 y 176-A del Código Penal, por el que incorpora el delito de acoso sexual callejero; 43) Proyecto de ley que sanciona a los que usan a menores de edad para cometer el delito de asesinato por lucro; 44) Proyecto de ley que modifica el Código Penal e incorpora el delito de ejercicio ilegal de la gestión de intereses en la administración pública; 45) Proyecto de ley que incorpora el delito de aborto culposo y modifica el artículo 124-A del Código Penal; 46) Proyecto de ley que incorpora el delito de perjurio en el Código Penal; 47) Proyecto de ley que modifica el numeral 8 del artículo 359 del Código Penal, a fin de sancionar con mayor severidad a quien promueva y financie la trashumancia electoral o “voto golondrino”; 48) Proyecto de Ley que modifica los artículos 1 y 10 de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, con el fin de evitar que se sancione injustamente conductas no dolosas; 49) Se propone Ley que modifica el Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; 50) Se propone la Ley que incorpora el inciso 12 al artículo 186 del Código Penal, que incorpora como circunstancia agravante del delito de robo y hurto de turistas nacionales o extranjeros; 51) Se propone la Ley que modifica los artículos 20 y 22 del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 635, referente a rebajar la edad para la imputabilidad restringida para aquellos adolescentes que se encuentran en el rango de los 15 hasta los 18 años; 52) Proyecto de Ley que modifica el artículo 425 del Código Penal, que considera como funcionario o servidor público a los árbitros en los procesos arbitrales cuyas actuaciones decidan controversias derivadas de las contrataciones públicas; 53) Proyecto de Ley que amplía la protección de la legítima defensa; 54) El proyecto de Ley que incorpora el artículo 321-A que regula el delito de tratos crueles, inhumanos o degradantes; entre otros proyectos presentados por los legisladores.

**Sanciones desproporcionadas y contradictorias:**

El Predictamen con el texto sustitutorio de la Ley del Nuevo Código Penal no ha logrado el consenso necesario para ser publicada, e incluso el Ejecutivo observó algunos aspectos como el tema de la «*proporcionalidad*» de las penas, que serían divergentes, y «*desproporcionales*» en distintos tipos de delitos. En la pág. Web de Radio Programas del Perú (RPP) (<http://rpp.pe/politica/congreso/por-que-el-nuevo-codigo-penal-genera-tanta-polemica-noticia-960228>), se publicaba un artículo denominado: «¿*Por qué el nuevo Código Penal genera tanta polémica?*». Dicho artículo fechado el 07 de mayo del 2016 – 10:45 AM, ensaya una explicación al respecto. Reseña que el Ejecutivo ha observado que en la Nueva Ley del Código Penal existirían deficiencias como la falta de *proporcionalidad* en la sanción en varios tipos delictivos; así por ejemplo: 1) Desproporción de sanciones entre el delito de Sicariato (cadena perpetua) y el de Genocidio (35 años de pena privativa de la libertad -ppl); 2) Evidenciar la desproporción de sanción del delito de “robo agravado” que tiene una pena mayor que el de “violación sexual”; 3) La desproporción que tiene el delito de “Tortura” (5 a 10 años de ppl), y el de “Lesiones leves agravadas (14 años); 4) Así también el delito de “Asesinato a miembros de la PNP, FF.AA, magistrados, fiscales, autoridades elegidas y otros” prescribe de 25 a 35 años ppl, con el actual código penal, “mientras que con el nuevo proyecto de código penal la sanción sería de 20 a 35 años de ppl; 5) A su vez, las *Lesiones graves seguidas de muerte* en el actual Código Penal se sanciona con pena de 15 a 20 años, mientras que con el nuevo Código Penal sería de 12 a 15 años ppl. 6) Además, sobre el “*Terrorismo* en la modalidad de afiliación terrorista la pena pasa de 20 a 15 años, y en la conspiración terrorista se disminuye la pena de 15 a 20 por la de 5 a 10 años de ppl”. 7) En los delitos de *abandono a menor* es de 2 a 3 años mientras que la exposición de un animal doméstico es de 4 años. 8) En el delito de chuponeo, interferencia de las comunicaciones, la pena prescrita es de 5 a 10, la misma que con el nuevo Código Penal sería de 4 a 6 años de ppl.

Mientras tanto Fernández Calvo señalaba que “la votación para aprobar la ley del nuevo Código Penal fue pospuesta, en mérito a la crítica del Ejecutivo de la desproporción en las penas de algunos tipos delictivos y retroceso en la disminución de las penas de otros tipos delictivos. El mismo artículo periodístico indica que las penas se han aumentado, así: a) El *feminicidio* con penas no menores de 15 años, se extendería a no menor de 25 años de ppl; b) El *parricidio* de 15 años pasaría a 25 años de ppl; c) Las *lesiones graves* pasaría de 8 a 10 años de ppl; d) El *homicidio* calificado pasaría de 15 años de ppl. a otra de 20 y 35 años ppl., etc.” (Fernández, 2016).

### **El matiz necesario para el nuevo Código Penal**

Los matices necesarios para la ley del nuevo Código Penal tienen que tener en cuenta: a) La *proporcionalidad* de la sanción con el delito cometido. Esto no sólo supone hacer una tabla que pueda equilibrar la severidad de las sanciones en concordancia con los otros tipos delictivos (por ejemplo que el *robo agravado* no puede tener una pena superior a la que se le aplica al delito de *violación sexual*, etc.), sino que la proporcionalidad pueda observar el tipo delictivo con la sanción, es decir, si el delito es de robo simple (agravio en el patrimonio), no puede aplicarse una sanción que agravie la vida –que va adherida a la libertad- del imputado, delincuente, porque estas nociones, valores, objetos o bienes jurídicos no se corresponden, no son «equivalentes»; b) El nuevo Código Penal debe concordarse con la nueva legislación procesal penal, es decir, ser «*garantista*», que significa priorizar la defensa de los derechos fundamentales –como la vida y la libertad; c) Se debe precisar que el objetivo no es sólo la *sanción* sino la *disuasión* de los delitos, puesto que siendo la naturaleza de la normatividad penal esencialmente «el castigo», y en la antigüedad además incorporar la «subordinación» del ciudadano al orden público, en la actualidad la finalidad de las normas jurídicas penales debe generar otros efectos (resocialización, reincorporación, prevención, disuasión, etc.), así cada norma penal que indica una sanción, sea privativa de libertad, limitativa de derechos, etc., debe además incluir la indemnización a la víctima por el delito cometido y una deuda económica para

con el Estado por el uso del sistema judicial por causa o culpa del delincuente; d) Incorporar los nuevos tipos delictivos, etc., entre otras.

Por último, lo claro y «necesario» es la urgencia de publicar un nuevo Código Penal, modificado, corregido, ampliado, y trabajado en sus temas más importantes, como la proporcionalidad entre otros factores; no hacerlo comprometería el deber que tiene la sociedad, el Congreso, Ejecutivo, Poder Judicial, etc. en la lucha contra la delincuencia, permitiría y perpetuaría la delincuencia y la *impunidad*.

### **SUBCAPÍTULO III: EL DERECHO PROCESAL PENAL**

#### **I.- Concepto de Derecho Procesal Penal.-**

El Derecho Procesal Penal siempre está sujeto a transformaciones, porque es la forma cómo se pone en “ejercicio” el Derecho Penal, por lo que es necesario entender cómo es el proceso, aquellas etapas, técnicas, estrategias para conocer, resolver, defender, acusar, excusar, sentenciar respecto a un hecho penal.

El Derecho Procesal Penal es aquel sistema normativo adjetivo que tiene por finalidad regular las relaciones entre el Estado, el imputado y el agraviado, a fin de sancionar un delito, estableciendo responsabilidades penales por el mismo.

#### **II.- Principios del Derecho Procesal Penal- Título Preliminar**

Los principios del derecho procesal penal son aquellos conceptos o proposiciones que informan la creación, modificación o extinción de las normas jurídicas procesales. Tenemos los siguientes principios:

##### **1.- Principio de justicia penal gratuita.-**

El principio de justicia penal gratuita puede abordarse desde varios ángulos; si es un principio es un marco rector de todo el proceso, esto significa que para crear normas, interpretarlas, ejecutarlas en el proceso penal no puede cobrarse al imputado, agraviado, ministerio público, procuraduría, defensores de oficio o ninguno de los sujetos procesales en sus actuaciones judiciales. Este es que todo el proceso está transversado por aquel principio: todo es gratis, Esto también significa que no se pueden crear normas directivas o disposiciones que impongan pago alguno. Sin embargo, la norma procesal expresa que se exceptúan de este principio de gratuidad los costos y costas.

Si por este principio todo el proceso penal es gratuito, todos los gastos irrogados ¿a cuenta de quien corren? Corren a cuenta del Estado. Esta gratuidad tiene su fundamento en el deber del Estado de impartir justicia,

como uno de los servicios públicos, que le corresponden. La gratuidad de la justicia se extiende no sólo a que el Estado pague toda la estructura de la administración de justicia jueces, fiscales, servidores judiciales, sino además integra un factor más, el defensor de oficio o público, por la cual cuando el imputado no tiene posibilidad económica para contratar un abogado privado, entonces, el Estado le provee de un abogado llamado defensor público. Por este principio además, se considera otros conceptos e instituciones, como que la acción penal solo puede ser ejercida por el ministerio público, la carga de la prueba está a cargo del Ministerio Público, la carga de la sentencia está a cargo del juez, todos los procedimientos para el proceso están solventados por el Estado.

Este principio también es un factor que sirve como marco de actuación de los administradores de justicia, factor que puede, a partir de él, servir como eje o factor para mediar, identificar si un acto administrativo judicial, en el trámite, en la propia decisión, pueden convertirse en delitos (corrupción de funcionarios, cohecho ,etc.) Así, si alguien, algún sujeto procesal u otro paga una cantidad por algún trámite en el proceso judicial, celeridad, o por una decisión favorable o desfavorable del juez, etc., está cometiendo delito. De esta forma el principio de gratuidad de la justicia no significa solo que todo es gratis, sino que su contravención constituye delito.

Por este principio, entonces, no se pueden crear normas que impongan costos por el procedimiento, no se puede pagar por un trámite, los costos del proceso, pruebas, etc., corren a costa del Estado, y su contravención constituye delito.

Ahora bien, siendo la excepción, según norma procesa penal, el pago de las costas procesales.

Por este principio el ejercicio del derecho procesal penal es gratuita

El Código Procesal Penal prescribe en su artículo I, inciso 1: “La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales”.

## **2.- Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.-**

El principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales consiste en que el juez, de cualquier nivel procesal, de primera instancia, apelación, casación, recurso de hábeas corpus, o de cualquier grado, de primera instancia, de segunda instancia, de casación, de revisión, de agravio constitucional, no puede ser parcial con cualquier de los sujetos procesales. Pero para que un juez pueda ser imparcial (sin partes) debe tener alguna facultades o poderes públicos, como la autonomía judicial, la independencia política, y en el nuevo sistema procesal penal garantista, adversarial, debe regirse por el principio de no contaminación.

La imparcialidad del juez, es, además, de un poder, también un deber y una cláusula o garantía contra su probable arbitrariedad,, de esta forma, las partes, si sospechan o tienen elementos de la parcialidad del juez con uno de los sujetos procesales puede solicitar la inhibición o recusación del juez. Así, el principio de imparcialidad es de doble sentido; 1) como poder del juez para mantener su autonomía, independencia, no contaminación, y legitimidad de sus actos,, y 2) como restricción del juez a fin que no pueda emitir decisiones arbitrarias o favoreciendo injustamente e inmotivadamente a una de las parte por haberse parcializado, ponerse de su parte, de uno de los sujetos procesales.

La parcialidad del juez también puede recusarse si aquel tuviera con alguna de los sujetos una relación de parentesco por consanguinidad, hasta el cuarto grado, o por afinidad, hasta el segundo grado, o por matrimonio.

Si el juez ha actuado parcializándose con uno de los sujetos procesales, esta decisión o sentencia final puede ser recusada por el recurso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

De acuerdo con el artículo I, inciso 1, del Código Procesal Penal, se prescribe que la justicia penal se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes.

### **3.- Principio de plazo razonable.-**

El plazo razonable es aquel principio por el cual el proceso y la sentencia deben dictarse dentro de un término o plazo razonable. Esta razonabilidad tiene como base de configuración la propia ley penal; así, si el plazo será el que esté determinado en la ley penal para un proceso común, para un proceso especial, etc. Sin embargo aquellas determinaciones aún no son plazo razonable, sino cumplimiento de la temporalidad del proceso penal, de esta manera solo se activa el principio de plazo razonable cuando el plazo del proceso y la sentencia, de la justicia, haya excedido el plazo norma establecido en la ley; alegando motivos que justifican aquella demora o distorsión del plazo legal, como por ejemplo, la sobrecarga procesal (demasiados expedientes o causas para un número reducido e insuficiente de jueces).

El cumplimiento de plazos o incumplimiento de plazos activan el mecanismo procesal del cual surgen derechos y deberes. Por poner un ejemplo, una sentencia de primera instancia tiene un plazo para ser impugnada (apelada) por las partes o sujetos procesales, bajo apercibimiento de que pasado el plazo, dichas decisiones se convierten o adquieren una nueva categoría adjetivada, como sentencia consentida o firme, de acuerdo a si han sido o no impugnadas. Una prisión preventiva tiene también un plazo determinado, de tal forma que se puede dar la excarcelación por carcelería excesiva.

El plazo razonable alude a que el tiempo adicional para la investigación, el proceso y al sentencia o justicia final ha sufrido demora debido a razones, o



motivos razonables, que se pueden entender a través de la razón, o que se pueden justificar filtrándolos por la razón, que es la capacidad categórica, aritmética geométrica que explica las causas de los hechos temporales, como pueden ser las leyes de la lógica, el sentido común y el conocimiento racional de parte de inferencias exactas, absolutas e indiscutibles por su universalidad y aceptación cognoscitiva general.

De acuerdo con el artículo I, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Penal, se prescribe que la justicia pena se imparte en un plazo razonable”.

#### **4.- Principio de juicio previo.-**

El principio de juicio previo es aquella garantía a favor el imputado para que este previa a cualquier sentencia tenga un proceso o juicio previo, es decir la posibilidad de defenderse, de que se actúen las pruebas y demuestren su inocencia o culpabilidad, de que se activen todas las garantías de defensa pero también de acusación del sistema judicial penal. Este principio es también una garantía contra el abuso del poder punitivo del Estado, y por el cual sólo se puede condenar a un imputado si es que se ha llevado previamente un juicio, un proceso en el cual se demuestre o pruebe su culpabilidad o inocencia. No obstante aquella determinación, aquella debería servir para impedir que algún imputado recibiera sanción penal antes de ser sentenciado porque el juicio previo significa que se ha llevado a cabo el último procedimiento de comprobación de la responsabilidad penal del imputado, sin embargo, aquello no alcanza a la prisión preventiva ni a la detención preliminar por no ser considerada aquellos una sanción penal que el resultado (uno de ellos) de un juicio previo. Esto por supuesto debe corregirse.

El juicio supone que se hayan llevado a cabo todas las etapas del proceso, la etapa de diligencias preliminares, la etapa de la formalización de la

denuncia, la etapa de investigación preparatoria, la etapa intermedia, y la etapa de la acusación, y la etapa del juicio oral y sentencia; así como que se hayan podido activar según sea el caso las excepciones y alegatos de las partes procesales.

Según el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su artículo I, inciso 2, que toda persona tiene derecho a un juicio previo; esto significa que antes de ser sentenciado o determinado como delincuente debe tener un juicio anterior.

#### **5.- Principio de Juicio oral.-**

Según el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su artículo I, inciso 2, que toda persona tiene derecho a un juicio oral.

El principio de juicio oral es aquel por el cual todo procesado tiene derecho a un juicio oral, esto es a que su causa sea conocida en forma directa y oral, en donde se expresen los fundamentos de las partes (imputados, abogados, fiscal, etc.) y en la que resuelve el juez. Este principio garantiza a la vez que el sistema se conozca de la imputación y de todos los elementos del proceso sean conocidos en forma directa a través de la oralización de dichos fundamentos y argumentos; así también permite o exige que se aplique también el principio de inmediación esto es, que las partes y el juez se encuentren presentes en todo el proceso.

#### **6.- Principio de juicio Público.-**

El principio de juicio público es aquel por el cual todo imputado, para salvaguardar que es procesado legítimamente, tiene derecho a que se lleve en forma pública, en proceso, es decir, que pueda ser conocido por cualquier persona como se lo está procesando y sentenciado. Este principio es una contradicción directa al sistema procedimental anterior o inquisitorial, por la cual todo era escriturado u oculto al público. La publicidad permite insertar un tercer agente en el control del fenómeno procesal de la causa, así como

permite el control social de la actuación del juez, por lo que a la vez que es un derecho del imputado, es asu vez un deber del juez su cumplimiento, evitando la arbitrariedad del proceso.

Según el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su artículo I, inciso 2, toda persona tiene derecho a un juicio público.

### **7.- Principio de juicio contradictorio.-**

Principio de juicio contradictorio, es aquel por el cual un proceso debe tener habilitado la posibilidad de que las partes puedan contradecir las argumentaciones del otro, del tal forma que la contradicción y los instrumentos o pruebas de dicha contradicción permiten producir la verdad concreta o la verdad concluyente, como resultado de la contradicción. Este es un sistema de determinación de la verdad tanto como un derecho de defensa o refutación Así como la contrarrestación del uso arbitrario de cualquier afirmación o negación

El Derecho a un juicio contradictorio se extiende además a otro aspecto, el de que todo juicio puede ser contradicho en una instancia superior, de tal forma que el sistema de administración ha organizado su estructura en niveles de contradicción que ha denominado, órganos jurisdiccionales de primera instancia cuyas decisiones pueden ser contradichas en órganos jurisdiccionales de segunda instancia. De esta forma reintenta evitar la arbitrariedad de una primera setenaria, si la hubiera, por la revisión o conocimiento de dicha decisión en otra instancia superior que puede revisar, anular o confirmar la sentencia de juzgado de primera instancia. Por lo tanto este principio, el de contradicción es un filtro, garantía contra la arbitrariedad del juez o de las partes, puesto que es un procedimiento para confrontar conocimientos, alegaciones, argumentaciones, así como un sistema de revisión de la primera decisión. Así,

el principio de contradicción, o la propia contradicción es un derecho de las partes o sujetos procesales y un deber del juez.

Según el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su artículo I, inciso 2, que toda persona tiene derecho a un juicio contradictorio, es decir, que se pueda contradecir.

#### **8.- Principio de igualdad procesal.-**

El principio de igualdad procesal tiene su base en el concepto igualdad que al decir de Regis Debray significa “sin discriminación a priori”. En el proceso judicial penal este derecho a la igualdad es que popularmente es conocido como “igualdad de armas”, y por la cual las partes o sujetos procesales deben tener los mismos derechos y deberes derivados del proceso, a fin de proceder legítimamente. Igualdad procesal, por ejemplo, supone el derecho de las partes de poder contradecir los derechos alegados por la otra parte, de poder impugnar las decisiones judiciales, de recibir las mismas notificaciones, de contar con el mismo plazo y tiempo procesal o de intervención oral en el proceso, de poder replicar las argumentaciones de la otra parte, de tener las mismas condiciones o capacidades legales; así, por esta igualdad procesal un imputado sino puede contratar un abogado tiene derecho a contar con un defensor público de oficio (gratuito) solventado por el Estado.

Según el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su artículo I, inciso 3, “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”.

#### **9.- Principio de contradicción de las resoluciones.-**

El principio de contradicción de las resoluciones judiciales es aquel precepto,

derecho por el cual las partes procesales tienen el derecho para contradecir los decretos, autos o sentencias del juez, que son los tipos de resoluciones de dichos magistrados. Por este medio la causa puede ser conocida y revisada por una instancia superior y diferente que confirme, anule o revoque la resolución de primera instancia. Por este principio se habilitan los actos procesales impugnativos, como la apelación, la casación y la revisión.

Por este principio es que se ha estructurado la organización de administración de justicia en diversos niveles jurisdiccionales, juzgados de primera instancia, juzgados de segunda instancia o de tercera, cortes supremas para la casación, etc.

Según el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su artículo I, inciso 4, “Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación”.

#### **10.- Principio de garantía de indemnización por errores judiciales.-**

Según el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su artículo I, inciso 5, “El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales”.

El principio de garantía de indemnización por los errores judiciales lleva varios criterios la indemnización, que es una entidad que significa o representa a aquella forma económica nacida del daño causado por el proceso; siendo quien esta parte se trata de un daño identificado llamado: “errores judiciales”. Por aquellos se denominan las decisiones jurisdiccionales. Pero un error consigna una característica especial, ha sido realizada sin dolo o conciencia del mismo, puesto que de lo contrario se convertirá en delito. La reparación económica a quien haya sido agraviado por el error jurisdiccional, responde a que existe un resultado dañoso independientemente de la voluntad del juez o de las partes; pero siendo el

resultado el daño, este tiene que indemnizarse por cuanto ya no se puede reparar o retrotraer al momento del error.

Por error en la decisión jurisdiccional no se puede concebir a aquellas decisiones fundamentadas, motivadas que contravienen las argumentaciones de las partes. Esta decisión no puede considerarse un error, sino aquella decisión del juez que se haya producido sin haberlo percibido, sin tener voluntad, conocimiento, dolo. Así error e intención se contradicen, pero la objetividad o realidad del error, que se ha identificado no puede quedar olvidado u obviado.

### **11.- Principio de presunción de inocencia.-**

Según el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe: “Artículo II.- Presunción de inocencia.- **1.** Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. / En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. **2.** Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.

Por el principio de presunción de inocencia se establece que la regla frente a un hecho e imputación delictiva no probada ni sentenciada se presume o da por cierto la inocencia del imputado. Esta presunción, suposición táctica tiene un efecto de garantía constitucional, procesal y ejecutiva de los derechos del imputado, y por la cual ninguna sanción penal puede alcanzar al imputado. En derecho penal la inocencia es la regla y la culpabilidad la excepción en caso no exista prueba irrefutable o proceso debido. La regla, sin embargo, la regla de presumir inocente a un imputado no responde a una categoría declarativa, no es un derecho declarativo, sino constitutivo procesal, y de

ejecución; por la cual, no se puede castigar, léase internar en prisión, aplicar cualquier sanción penal, ya sea pena privativa de la libertad, penas restrictivas de la libertad, penas limitativas de derechos, penas de multa, etc., sino solo por sentencia firme (que haya quedado consentida o ejecutoriada).

La presunción de inocencia activa frente a su desconocimiento o vulneración los recursos procesales como el hábeas corpus, proceso por abuso de autoridad.

La presunción de inocencia también funciona como el deber de probar en juicio prueba que demuestra lo contrario, traslada la responsabilidad o la carga de la prueba de la culpabilidad al Estado, a través de los fiscales, limita el poder del Ministerio Público para pedir la aplicación de sanciones penales, limita el poder del juez para aplicar sanciones penales.

Este principio basa su existencia en la absoluta negación o probabilidad de no sancionar a un inocente, por cuanto el daño penal por la sanción es irreparable.

La presunción deja, sin embargo, abierta una posibilidad, o se convierte en una variable, que puede direccionarse según las pruebas hacia un lado u otro contrario, hacia la inocencia (como regla) o hacia la culpabilidad. La presunción es por tanto una categoría temporal y procesal que puede ser destruida o corroborado por la prueba en juicio.

Siendo un principio su categoría es de marco, delineador, diseñador o plataforma desde donde se crean, modifican o extinguen otras normas jurídicas. Principio porque su constitución debe considerarse como superior o en la categoría normativa superior en el margen de las normas jurídicas, sin embargo, la clasificación de la normatividad y jerarquización occidental ha sido definida por Kelsen, quien tiene otro tipo de consideración jerárquica, por el origen, fuente o procedencia de la creación legislativa y su representatividad social.

La consideración jerárquica de los principios actualmente ha sido desnaturalizada y olvidada, hasta desdeñada como unas normas más del conjunto normativo; además, se han utilizado categorías que han subvertido su sentido y poder de control normativo y decisorio, conductual y procesal, como instituciones procesales como las medidas de coerción personal como la prisión preventiva, a la cual identificándola y definiendo como una medida cautelar, y no como una sanción se ha vulnerado flagrantemente las garantías de la protección de los derechos del ser humano y de la regla de presunción de inocencia.

#### **Principio de Inocencia según Binder.-**

Binder escribiría: "El principio de inocencia fue reconocido por las más importantes declaraciones relativas a los derechos humanos. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en Francia expresaba que debe presumirse inocente a todo hombre 'hasta que haya sido declarado culpable' (art. 9o). La Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa: 'Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa'. Finalmente, el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos) expresa; 'Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad' (art. 8o)." (Binder, 2000, pág. 124).

#### **12.- Principio de interdicción de la persecución penal múltiple.-**

El principio de interdicción de la persecución penal múltiple, consiste en aquella garantía procesal por la cual no se puede procesar o sancionar a un imputado por más de una vez. Esto quiere decir que tan solo puede procesarse y sancionarse (de ser el caso) a un imputado solo una vez. En la doctrina se trata del *nem ibis ideim* no a pena por el mismo delito.



De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe: “**Artículo III. Interdicción de la persecución penal múltiple.**- Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. / La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código.”

### **13.- Principio de monopolio de la acción penal.-**

Principio del monopolio de la acción penal, es aquel estamento jurídico que establece que la acción penal, la posibilidad de investigar y solicitar el procesamiento por un delito determinado solo pertenece a una institución autónoma denominada Ministerio Público. Esto sin embargo tiene su excepción en aquellos procesos de impulso privado como los delitos contra el honor, calumnia, difamación. El fiscal puede iniciar o archivar una investigación penal.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo IV, inciso 1, se prescribe que el titular de la acción penal en los delitos es el Ministerio Público.

### **14.- Principio de la carga de la prueba a cargo del Ministerio Público.-**

El principio de la carga de la prueba a cargo del Ministerio Público consiste en que al igual que el monopolio de la acción penal, la prueba de la culpabilidad corresponde exclusivamente, monopólicamente al fiscal, de esta forma este debe probar la culpabilidad, destruir el principio de presunción de inocencia.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo IV, inciso 1, se prescribe que el Ministerio Público tiene el deber de la carga de la prueba.

**15.- Principio de conducción de la investigación.-**

El principio de conducción de la investigación a cargo del Ministerio Público es aquel instituto jurídico penal que atribuye el deber de la investigación del hecho y de la vinculación y determinación de culpabilidad o responsabilidad penal a cargo exclusivo del Ministerio Público. Este principio es diferente al anterior sistema procesal inquisitivo. La conducción de la investigación significa también que le Ministerio Público impulsa de oficio la investigación.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo IV, inciso 1, se prescribe que el Ministerio Público asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

**16.- Principio de actuación objetiva del Ministerio Público.-**

Principio de actuación objetiva del ministerio público es un mecanismo que garantiza el fiscal no actúe arbitrariamente (abuso de autoridad), sino de acuerdo con las reglas, normas penales y procesales, así como con las reglas y máximas de la lógica. Por este principio el fiscal está prohibido de actuar subjetivamente por su parecer, conciencia propia, sino que su actuación se subordina a la ley y a la objetividad. Ser objetivo significa deslindare o excluir los sentimientos o emociones cuando se tiene que tomar decisiones o realizar actuación en cumplimiento de las funciones fiscales. La objetividad se convierte en un deber, instrumento y garantía procesal. La objetividad es el elemento legitimador de la actuación del fiscal.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo IV, inciso 2, “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional”.

**17.- Principio de competencia del Ministerio Público y de la Policía.-**

El principio de competencia fiscal y policial es una prescripción del margen o designación del cual es la competencia, capacidad para conocer y actuar del ministerio público y la policía y, que el proceso penal es que dichas actuaciones no pueden ser consideradas jurisdiccionales, es decir, no han ingresado en el organigrama funcional, así como todos los apremios, facultades y deberes que tiene las actuaciones jurisdiccionales, que significa entrar en el acto propio de administración de justicia. Así todos aquellos actos fiscales o policiales no surten efecto de prueba, y surten efecto de secuencialidad, no generan efectos procesales como registro en el sistema penal como procesado, no existe acondicionamiento alguno. No jurisdiccional significa que no hay juez.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo IV, inciso 3, se prescribe: “Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.”.

**18.- Principio de competencia judicial.-**

Principio de competencia judicial es aquel marco que explica todas las actuaciones dentro de un proceso judicial, jurisdiccional, en los que existe el deber del debido proceso, las garantías procesales, la determinación de la etapa intermedia y de juzgamiento a cargo de los jueces penales, y la obligación de expedir decisiones y sentencias judiciales. Lo jurisdiccional significa competencia atribuida y conocida por un juez.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo V, inciso 1, se prescribe: “Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley.

**19.- Principio de garantía de legalidad de la pena o medida de seguridad.-**

El principio de garantía de la legalidad es aquella por la cual no se puede sancionar sino es por resolución judicial determinada por ley. Este instituto es también una forma de garantizar al imputado no se cometa una arbitrariedad contra él , por la cual solo mediante resolución, una decisión formal, debidamente motivada que explique las razones de la decisión, solo así se podrá sancionar a una persona, es decir aplicar las penas de privativa de la libertad, etc.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo V, inciso 2, “Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley.”

**20.- Principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos.-**

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, se prescribe: “**Artículo VI. Legalidad de las medidas limitativas de derechos.-** Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.”.

**21.- Principio de vigencia e interpretación de la ley procesal penal.-**

Principio de vigencia de la ley procesal penal, es aquel precepto que establece cual es la vigencia de la ley procesal penal, la misma que rige, es de aplicación inmediata, esto es, que la norma procesal penal no es de aplicación extemporánea sino de inmediata de la norma vigente, que está activa en el momento. Sin embargo, para proteger la continuidad y no alteración de todos los actos procesales penales, los actos, medios impugnatorios, plazos empezados, se regirán por la ley anterior.

Este principio sirve además como un sistema de garantía de la aplicación de la norma procesal penal, vigencia es igual a habilitación de una norma para su ejercicio y aplicación.

La no vigencia de una norma permite interponer excepciones, recursos, nulidades, e incluso denuncias por abuso de autoridad, prevaricato, etc.

La vigencia también tiene su sustento en el principio de legalidad, es decir, que previamente la norma procesal haya sido creada por órgano legislativo (poder legislativo o por delegación al poder ejecutivo), legítima.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su Artículo VII, inciso 1: “**Artículo VII. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal:** 1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

## **22.- Principio de retroactividad benigna de la ley procesal penal.-**

El principio de retroactividad benigna de la ley procesal, es aquel precepto o marco normativo que habilita el derecho de que el imputado pueda acogerse a una norma penal más favorable, respecto de sus derechos individuales como la libertad, salud, etc., norma que se logra dado con posterioridad al aplicado al imputado. Esto quiere decir que una norma penal favorable alcanza a un imputado, procesado o sancionado con norma anterior.

Esto en el sentido de actualización de las disposiciones políticas de criminalidad y corporeidad de los resultados normativos para con todo lo que se encuentre dentro de su ámbito.

Cabe, no obstante, una limitación, la retroactividad de la norma procesal penal no se aplica si aquella normatividad es desfavorable al imputado que ha sido procesado o sentenciado con norma anterior.

Los ejemplos más concurrentes de normas posteriores que modifican las sanciones agravándolas o atenuándolas, se encuentra el de la seducción, en mérito a los años de la agraviada y a las consideraciones de su consentimiento.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su Artículo VII, inciso 2: “La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible”.

### **23.- Principio de interpretación restrictiva de la ley procesal.-**

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su Artículo VII, inciso 3: “La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente”.

### **24.- Principio de prohibición de la interpretación extensiva y analógica de la ley procesal penal.-**

El principio de prohibición de la interpretación extensiva o analógica de la ley procesal penal trata aspectos técnicos lingüísticos jurídicos, la interpretación y lo que se entiende por aquella, el adjetivo de extensiva, y el de analogía. La interpretación es una técnica cognoscitiva para encontrar o producir el sentido correcto de la norma; decimos encontrar porque se sugiere que el significado de la norma está contenido en la propia norma, y dentro de sus propios márgenes lingüísticos; sin embargo la abreviación del presupuesto normativo no es suficiente para aplicarla, es necesario encontrar y desarrollar en la práctica el significado normativo; quienes descubren este sentido son los intérpretes, que solo puedan ceñirse a la norma y no salirse de sus límites conceptuales, encontrar significa también aquella búsqueda y hallazgo de lo que quisieron decir los legisladores al crear la norma; en un sentido amplio se le denominó a este acto hermenéutica, que era “llevar el mensaje de los dioses”. La interpretación por tanto era encontrar el mensaje

de los dioses, que en una sociedad moderna significa interpretar. Nace la idea de espíritu del legislador. Esta condición de ser intérprete, el que traslada el mensaje del legislador no podía hacerse en forma arbitraria, para evitarlo se utiliza la razón.

Por interpretación extensiva se entiende que se utiliza un argumento o decisión de un hecho o causa determinada en otro, que no le corresponde. La analogía desfavorable no puede ser aplicada en derecho penal.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su Artículo VII, inciso 3: “La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.”.

#### **25.- Principio de duda favorable al reo.-**

El principio de duda favorable al reo es aquel precepto por la cual el reo tiene derecho que ante una duda insalvable, que no se pueda superar, entonces se elige la norma más favorable. Este principio es concordante con el principio de presunción de inocencia, que al igual del presente es un sistema de credibilidad y certeza absoluta sobre una condición, hecho o circunstancia que involucra como responsable o no al imputado. La duda significa que no existen pruebas suficientes y necesarias para lograr un conocimiento cierto e indubitable. La duda significa que no hay objetivos ni causales ni materiales, que sirvan para vincular o determinar la responsabilidad penal del imputado. La duda es también la condición variable y ambivalente de un hecho y del sujeto imputado.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su Artículo VII, inciso 4: “En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo”.

#### **26.- Principio de legitimidad de la prueba.-**

El principio de legitimidad de la prueba es tal vez el más discutido por provocar un estado preclusivo de los actos procesales, así como

condicionamientos para la presentación de los medios de prueba, medios o instrumentos que van a servir en el juicio para probar. Son medios aún porque primero tienen que ser incorporados según un procedimiento específico, y porque tienen que ser confrontados, contrastados, sometidos al principio de contradicción y por último actuados; saneados y constituidos como pruebas, luego de todo aquel proceso de validación y certeza.

La prueba es aquel fenómeno, factor, que se utiliza o sirva para demostrar sin duda insalvable, algún hecho, dato, efecto, o factor determinado. La prueba es por este efecto un producto socio cultural individualizado. La prueba es también un resultado, una consecuencia, un efecto, una conclusión, porque resulta de un proceso de tamización. De esta forma no existe prueba si aquel elemento, factor, circunstancia que consta en dato, documento, objeto, no ha sido procesado o legitimado, que significa a su vez, haber sido sometido a examen toxicológico o racional.

La normatividad jurídica penal (código penal) establece taxativamente los presupuestos para que algo se convierta en prueba, como haber sido incorporado al proceso por un procedimiento constitucional que son haber sido dado con las garantías del caso. En un peritaje, por ejemplo, se requiere que los peritos estén habilitados como tal. Los procedimientos constitucionales son haber sido presentados por persona con legitimidad para ello, dentro del plazo establecido en ley, por medio del procedimiento establecido, etc.

Por otro lado, las pruebas carecen de efecto legal, todo aquello que ha sido obtenido violando el contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas. Esto se refiere, por ejemplo, al derecho a la privacidad, al derecho al secreto de las comunicaciones, a la reserva bancaria, tributaria, inmunidad procesal, etc.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su Artículo VIII:  
“1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al



proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; **2.** Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; **3.** La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.”.

### **27.- Principio de Derecho de Defensa.-**

Principio de derecho de defensa es aquel por el cual una persona no se queda inerte ante una imputación penal y los efectos de la misma, como su detención, procesamiento, prisión preventiva, o condena sancionatoria, sino que ante todo esto puede defenderse del ataque o aplicación de la acción penal, persecución e investigación por un delito, y de la acusación penal, presentación formal de los elementos de prueba del fiscal para que lo condenen.

El imputado tiene el derecho inviolable e irrestricto, es decir, sin aceptar refutaciones o negación del mismo de pleno derecho) a que se le informe inmediatamente y detalladamente del acto que se le imputa, asimismo tiene derecho a ser defendido o contradecir la imputación en su contra a través de un abogado privado o un defensor de oficio, puede ejercer su defensa material debe tener derechos a un plazo razonable para preparar su defensa, a plena igualdad de armas, o igualdad a intervenir en el proceso, a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Frente a la violación del derecho de defensa procede la tutela de derecho o el hábeas corpus.

Este principio integra otros tantos como el derecho a la información el derecho a la contradicción, a plazo razonable, a la prueba, duda favorable, retroactividad benigna, etc.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal se prescribe en su Artículo IX, inciso 1: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la

imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala”.

#### **28.- Principio de garantía de no incriminación propia o de familia.-**

El principio de garantía de no incriminación propia o de su familia es el derecho y mecanismo por la que un imputado no puede ser obligado a declarar culpable o a declarar la culpabilidad de su familia, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión sincera es por otro lado una forma de auto incriminarse, que no conflictua con el principio de garantía de no autoincriminación porque parte de la voluntad del imputado y de la negociación o información proporcionada que beneficiará su condición de procesado es decir, la autoincriminación tiene un beneficio persona y negociado con la fiscalía.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, se prescribe en su Artículo IX, inciso 2: “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

#### **29.- Principio de garantía de información y participación procesal.-**

El principio de garantía de información y participación procesal es aquel derecho por el cual el agraviado debe ser informado del proceso y puede participar en el, por ejemplo, como actor civil, a fin de lograr la indemnización por los daños y perjuicios, la restitución de sus derechos, etc.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, se prescribe en su Artículo IX, inciso 3: “El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”.

### **30.- Principio de prevalencia de los principios procesales.-**

Principio de prevalencia de los principios procesales, es el precepto positivo, legal, taxativo que le da autoridad y calidad de superior o prevalente, a las normas o principios procesales frente a otras disposiciones normativas del cuerpo legal procesal penal (código procesal penal); siendo además utilizado los principios procesales como fundamentos de interpretación es decir, como irrefutables conceptos interpretativos.

De acuerdo con el Nuevo Código Procesal Penal, se prescribe: “**Artículo X. Prevalencia de las normas de este Título.-** Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

## **I.- LOS PRINCIPIOS DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL**

Lo principios del nuevo sistema procesal penal que se desprenden del contexto, aporte o diferenciados por su universalidad del universo del sistema procesal penal y no solo por su indicación, prescriptiva en norma procesal, son los siguientes:

### **1.- Principio de Imparcialidad de la Justicia.-**

El principio de imparcialidad de la justicia es aquel precepto que previene sobre la arbitrariedad del juez, por lo que es un método o garantía de defensa del imputado o de la fiscalía por la cual el juez no puede decidir subjetivamente, parcialmente, sino considerando los hechos objetivamente, pero valorando la culpabilidad proscribiendo allí si la objetividad, porque la

sanción requiere de un grado de culpabilidad penal, es decir que exista dolo o culpa sancionable.

“Decisiones justas sin presiones ni injerencias políticas, económicas, ideológicas u otras”

**2.- Principio de Oficialidad.-** “Persecución penal pública de los delitos”.

Por el principio de oficialidad se establece que la persecución de los delitos es público, es decir, posible de ser conocido por toda la sociedad, esto como un sistema de transparencia que evite la arbitrariedad de la persecución penal, y asimismo evite la obscuridad del proceso penal como era en el sistema anterior inquisitivo.

**3.- Principio de Investigación Oficial y Aportación de partes.-** “El tribunal que juzga sometido a la prueba que presente y produzcan las partes”.

Por el principio de investigación oficial y aportación de las partes se prescribe que las partes son las que presentan e incorporan al proceso las pruebas, por lo que ¿el juez penal no puede incorporar pruebas en el proceso? Así, el juez queda sometido, su conocimiento a las pruebas aportadas por las partes. Esto es también un sistema de control de la actividad judicial, a fin de evitar su arbitrariedad, y también dar la posibilidad que lo único debatible, contradictorio, sean los medios probatorios incorporados por las partes según un procedimiento de legitimización definido.

**4.- Principio Acusatorio.-** “Distribución de los poderes de persecución penal: - Fiscal: Acusa; - Juez: Juzga.

Principio acusatorio es aquella prescripción por la que se realiza la delimitación de los funciones del juez y los sujetos procesales, impidiendo se

invadan competencias, la contaminación del juez, por ejemplo, la realización o ejecución de la acción penal, por parte del fiscal; y su capacidad para conducir la investigación, pedir la formalización de la investigación y acusar. De esta forma las competencias quedan determinadas inequívocamente, así, el juez juzga, el fiscal acusa.

#### **5.- Principio de Oportunidad.-**

Por el principio de oportunidad el fiscal puede abstenerse de ejercer la acción penal (capacidad para investigar, y acusar penalmente) a pedido del imputado con su consentimiento. Esto instaura un procedimiento de negociación a fin de facilitar y concluir con una imputación rápida y solvente que evita todo el largo proceso penal, esto es normativas de utilidad social.

El Principio de Oportunidad es aquella por la cual el Ministerio Público, a pedido del imputado y con su consentimiento, puede abstenerse de ejercitar la acción penal (Artículo 2, inciso 1, del Código Procesal Penal).

“La Fiscalía puede no iniciar, suspender, interrumpir o hacer secar el curso de la persecución penal por motivos de utilidad social”.

**6.- Principio de publicidad.-** “La sociedad tiene el derecho a observar el proceso penal y la forma en que se deciden las causas”.

Principio de publicidad es aquel mecanismo de garantía procesal pro la cual las partes se prevén de cualquier arbitrariedad que pueda cometerse en el proceso ya sea por el juez o los sujetos procesales. La garantía de un proceso limpio, lícito, legítimo recae en toda la sociedad que puede observar o tiene derecho a observar el proceso.

**7.- Principio de inmediación.-** “El Juez sentencia en mérito a los medios probatorios que han sido rendidos ante él”.

Principio de inmediación es aquel que ha introducido un acto en el proceso, que es que todo lo actuado (presentación de pruebas, contradicción, etc.) sea realizado en presencia del juez, habilitando y a la vez limitando a este a conocer y pronunciarse solo respecto de aquello actuado frente a él.

**8.- Principio de Oralidad.**- Por la que: - El fiscal alega oralmente; - El defensor está abogando oralmente; - El Juez sentencia oralmente; - Las partes declaran oralmente; - Los testigos atestiguan oralmente

El principio de oralidad inserta a instancia un nuevo mecanismo exclusivo y garantista de intervención, participación y decisión procesal; la oralidad, por lo cual el juez está obligado a pronunciar su sentencia oralmente (no el secretario), el fiscal está obligado a acusar verbalmente, y el abogado está obligado a defender oralmente.

Esta condición, la oralidad, permite varios efectos, mostrar el nivel de entendimiento de quienes verbalizan y su adecuación al derecho, y asimismo, junto con el principio de publicidad garantizar el control de la legalidad de lo verbalizado, y la inmediación.

Este efecto, la verbalización, al convertirse en un principio es obligatorio y necesario para que un proceso sea válido, y para que una decisión sea válida.

**9.- Principio de Contradicción.**- “Posibilidad de que las partes procesales deben y proponen la actuación de sus medios de defensa”.

Principio de contradicción es aquella por la que se produce la verdad jurídica, se puede contradecir lo que las partes afirman, y se implementa un sistema de defensa de la posición individual.

La contradicción es un procedimiento que permite deslegitimar, mostrar la verdad o no del elemento integrado con el proceso.

## **SECCIÓN: LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

La implementación del Nuevo Código Procesal Penal, paulatina y económicamente dispuesta en todo el territorio geográfico y mental, como una política punitiva procesal penal (política porque es un acto de gobierno o para gobernar), trae un nuevo concepto psiquiátrico jurídico, dentro de una sociedad de economía social de mercado, diferente al inquisitivo -este último más propio de los Estados de Planificación, socialistas, nacionalistas o estatistas. El nuevo concepto del acto punitivo del Estado contra aquellos delincuentes, o transgresores de las normas jurídicas legislativas (porque su legitimidad proviene de un consenso representativo) de una nación cambia en el procedimiento o proceso, pero deja intacta una condición: la sanción penal; cambian los instrumentos de juzgamiento pero no los conceptos mentales para sancionar. En el cerebro del nuevo código procesal penal no se previene desterrar la sanción, sino hacerla en forma diferente, más rápida si se quiere, pero no extinguirla sino hacerla más eficiente. No hay duda, el derecho procesal penal sigue, y seguirá siendo sancionador, y por tal penal (como castigo), porque no busca remedios o reparaciones (estos pertenecen a la esfera de lo civil o administrativo, y son en este caso efectos colaterales pero nunca fines) sino mantener el ordenamiento jurídico a través de la sanción (como castigo, no como reparación); el Derecho Procesal Penal “es un negocio cínico, sólo busca imperfecciones” en la conducta humana, para sancionarlas. Así, este derecho adjetivo, al igual que el sustantivo, sólo se define por las sanciones y no por las soluciones, “el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones”, diría Claus Roxin. Es más, en esta disciplina no se busca remedios (tampoco el anterior código de procedimientos penales), ni busca realmente la resocialización, reeducación o reintegración social del delincuente, como también parece haberlo advertido Felipe Villavicencio, cuando indica que “... los discursos de resocialización son eso, discursos, no han tenido un efecto digamos comprobables, casi en ningún sitio. Sin embargo en las Constituciones y los instrumentos internacionales siguen insistiendo que la

finalidad en el fondo es que la legitimidad del derecho penal te sirve para poder socializar, reeducar, reincorporar.... en realidad lo que hacemos es enviarlos a la prisión, desvinculándolo, pues el delincuente no pierde sólo su libertad, sino también una serie de otras relaciones humanas, de otros problemas que terminan al final en la pregunta de si el sujeto se resocializa realmente, o como algunos han sostenido, lo único que pasa es que se “prisoniza”, es decir va a la prisión a acostumbrarse a los modelos subculturales internos y no se está resocializando para nada...” (Video Entrevistas a Felipe Villavicencio: Video Entrevista realizada por quien suscribe, a Felipe Villavicencio, en la Oficina de la ODAJUP de la Corte Superior de Justicia de Tacna, y encapsulada en un producto denominado “Entrevistas con la Justicia”). Así que las teorías del fin de la pena, de la justificación de la pena, la teoría de la retribución –teoría de la justicia, de la expiación-, de la prevención especial, de la prevención general, unificadoras retributivas, unificadoras preventivas, explicadas por Claus Roxin, en la realidad no se cumplen.

Según la doctrina este nuevo sistema procesal penal ha sido fundamentado en los principios de oralidad, inmediación, celeridad, contradicción y publicidad, que otorgan a los agentes que intervienen en este sistema (jueces, fiscales, procuradores públicos, defensores públicos, abogados privados, actores civiles, imputados y agraviados) una función específica -distante de aquellas otorgadas con el anterior código de procedimientos penales-, con ideas y conceptos sobre el juez natural, la no contaminación del juez, la determinación y exclusividad de calificación de los hechos (la calificación de los tipos delictivos de los hechos ya no puede ser ejercida por la policía, sino se le excluye de aquella función, otorgándosele tan sólo a los fiscales), entre otros factores, que han pretendido organizar de diferente forma el sistema normativo procesal penal, y desarticular cualquier extravío, cometido por desconocimiento, ingenuidad o mal intencionados, lesivos, que permitían –de una u otra forma- corrupción y tergiversación del fin del proceso e impedían la celeridad procesal y la defensa y garantía del individuo.



El mayor aporte de esta nueva conceptualización es que, al parecer, se estaría fundando e insertando un “sistema penal constitucional”, que prioriza, como jerarquía normativa, el principio de “presunción de inocencia” como regla constitucional fundamental, y no como excepción –como venía siendo en el anterior código de procedimientos penales-, bajo la tónica de garantizar los derechos fundamentales de las personas prioritariamente, evitando que las personas procesadas -aún sin sentencia-, sean privadas de su libertad, fundamentadas anteriormente en la protección de la sociedad, como consecuencia de considerar como eje político criminal primordial mediante la cual se imponía como “prioritaria a la sociedad”, como conjunto de personas, que estaban “sobre el individuo”; siendo, por el contrario, que en una sociedad moderna, democrática, de derecho, no es la sociedad la que prevalece, sino el individuo, la persona por su constitución “única e irrepetible”, enunciada, reconocida y exigida por el primer artículo de nuestra Constitución Política, como suprema, pero evitada, distorsionada y no aplicada por las políticas jurídicas del código de procedimientos penales anterior.

## **II.- EL DERECHO PÚBLICO Y EL CONSTITUCIONALISMO DEL DERECHO PROCESAL PENAL**

El Derecho Penal, que da la exclusividad y monopolio de la sanción penal al Estado, se encuentra enmarcado dentro del Derecho Público porque su función – así como de las penas- no es sólo sancionar al delincuente, sino producir un efecto social (en nuestro tiempo, rehabilitar, resocializar, reeducar, etc.), dar una respuesta a la sociedad y no sólo al individuo que delinquirió. Este carácter de Derecho Público obliga al Estado (Duguit. Pág. 190) a explicar las razones de porqué se toman tales o cuales medidas punitivas, todas ellas amparadas en un orden jurídico superior, que es la Constitución Política del Estado, que representa la voluntad legitimada de la organización social de nuestro sistema jurídico-político, que es en teoría la voluntad representada de toda la sociedad, nación o Estado; y en la realidad sólo es la representación de la voluntad de un grupo

pequeño de poder (legisladores, gobernantes, etc.), que suponen ser la representación de toda la sociedad (El sistema de representación es una falacia, una mentira matemática, porque nadie puede representar la voluntad de todos, sino sólo subsumirse, imponerse como voluntad de todos; desde éste último punto, toda representación política es someterse a la dictadura de una minoría elegida, porque es imposible, matemáticamente posible de probar, que un grupo pequeño de personas pueda saber qué desea o autoriza toda la sociedad. En un futuro esto puede minimizarse a través de los sistemas de internet).

El Derecho Penal y Procesal Penal como derechos públicos deben delimitarse así dentro del Derecho Constitucional, y por tal toda su estructura y actos tienen que obedecer a los principios de constitucionalidad. Esto no ocurría con el anterior Código de Procedimientos Penales, por cuanto la regla, como se dijera anteriormente, era la presunción o sospecha de la culpabilidad, y no como lo establece la Constitución, en la que la regla es el “Principio de Presunción de Inocencia”, que no es un mero texto declarativo, sino el reconocimiento de principios rectores, superiores jurídicamente, por los que la sociedad se tiene que regular; lo que significaría que ante el incumplimiento de dichos criterios se estaría frente a una infracción a la Constitución (Esta es sólo la representación de cada individuo legitimado en la voluntad de todos, puesto que cada ser humano es una representación constitucional, es, per se, una “Constitución”), es decir, violación de los derechos del individuo y de toda la sociedad entera.

El reconocimiento del Derecho Procesal Penal dentro del orden constitucional no es sólo un cambio estructural, sino una recomposición del sistema o proceso penal dentro del marco constitucional; representa por ello un marco regenerativo, que permite poner al ser humano, como lo enuncia la propia Constitución, como “el fin supremo de la sociedad y del Estado”, que supone priorizar ante una imputación determinada su inocencia antes que su culpabilidad, hasta que no se pruebe lo contrario; noción que ha cambiado totalmente las concepciones punitivas del Estado, por cuanto si bien éste tiene “el monopolio del castigo”, no

puede ejercerlo primero y después justificarlo, como antaño, sino que la garantía de los derechos de la persona son ahora “previos”, “anteriores”, “prioritarios”, y la vulneración jurídica, justificada de los mismos, queda en un plano inferior, como excepción y no como regla. Esta concepción parte de la idea que la base de toda organización jurídica tiene su inicio y su final en el individuo y no necesariamente en la sociedad. Sin embargo, aún entendido esto, existen aún una serie de especulaciones y mal interpretaciones de la aplicación de la ley procesal penal, que tiene su evidencia más clara en los requerimientos y fundados casos de Prisión Preventiva; que al ser la primera etapa del sistema procesal penal revela el contenido real de la reforma procesal penal, es decir, si se aplica o no el carácter constitucionalista y garantista con el nuevo código procesal penal.

Al parecer el nuevo sentido de la ley procesal penal (garantista) aún no es entendido en su real dimensión ni por los propios operadores del Derecho, quienes aduciendo el cumplimiento de sus fines, olvidan que el tratamiento de la delincuencia debe efectuarse sin vulnerar los derechos fundamentales, exclusiva y excluyentemente el derecho a la presunción de inocencia (Principio de Inocencia – Binder. Pág. 192), que son anteriores y superiores a otras razones. Para evitar aquellas confusiones, la nueva norma procesal penal prescribe cuáles son los elementos, factores o presupuestos procesales para el requerimiento de la prisión preventiva, como que existan primero “graves y fundados elementos de convicción” de la vinculación del imputado con el delito, entre otros elementos necesarios, pero esto no ha sido suficiente para ilustrar la filosofía del nuevo sistema procesal penal, que no es meter a todos a la cárcel, sino garantizar que sólo los que lo merecen –última ratio- sufran tal sanción.

Cabe tomar en cuenta también lo que escribiera el Marqués de Beccaria: “Desde muy antiguos tiempos el Derecho penal lucha por hacerse “público”, es decir, objetivo, imparcial. En último término, para lograr ese rango que andando el tiempo se titulará liberal. La lucha entre la “venganza de sangre” o la “expulsión de la comunidad de la paz”, reacciones de las tribus contra el delincuente, sin

medida ni objeto, y el "poder del Estado" para convertir en públicos los castigos, es un combate por la imparcialidad (y por ende, por el Ubertalismo) de nuestra rama jurídica. Con el talión, que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el período de la pena tasada. Así se transforma en Derecho penal público el poder penal ilimitado del Estado.” (Cesare Bonesana Marqués de Beccaria. “Principios del Derecho Penal, la ley y el delito”. Ediciones Abeledo-Perrot, Editorial sudamericana. Pág. 31).

El Derecho Penal y Procesal Penal son Derecho Público porque importa un interés general; está sometido a las garantías de control social (publicidad, transparencia, impugnación); porque es objetivo, por responder a la razón y no a los prejuicios emocionales; al interés colectivo y no al interés individual; a la imparcialidad, que evita la arbitrariedad; al mandato o consenso social normativizado (ley escrita); porque el interés individual se afirma por su carácter público, colectivo; porque rompe el interés privado en beneficio de la protección de la individualidad.

### **III.- EL DERECHO PROCESAL PENAL INQUISITIVO Y EL ADVERSARIAL ACUSATORIO**

La referencia al Derecho Penal Inquisitivo y el Adversarial Acusatorio son contraposiciones del tratamiento de un mismo fenómeno delictivo. El Derecho Inquisitivo, recogido de las concepciones de la Inquisición, en donde el juez era el instructor, no encaja ya en el Sistema Adversarial Acusatorio, donde son las partes, policía, fiscalía, defensa pública y privada, los que plantean y proponen un hecho delictivo y la respectiva imputación de la responsabilidad a un sujeto, persona natural o jurídica, mientras que el juez ya no instruye sino sólo decide, sentencia con los elementos que las partes (fiscalía y defensa técnica legal) ponen a su despacho.

El manejo de la información jurídica también cambia en el nuevo proceso penal, imponiendo a las partes cumplir con un “rol funcional”, “diferenciar” claramente su actividad y objeto dentro del sistema judicial, e impedir la confusión de roles

en el proceso judicial, como sucedía con el anterior código de procedimientos penales. Es en este contexto, por ejemplo, que la reforma le quita a la policía la facultad de “calificar” los hechos delictivos sometidos a su conocimiento, y que éste resumía en un parte o atestado, que era la fuente del cual la fiscalía y todo el sistema procesal penal acogía, de tal forma que un parte policial servía para definir el tipo delictivo de los hechos, la responsabilidad y autoría de quienes se vieran involucrados en dichos hechos. Esta facultad, “calificación” e “individualización” del tipo delictivo y de los involucrados, ya no le corresponde a la policía, que al no tener legitimado sus conocimientos de derecho hasta este grado, se ven expulsados de dicha función, la de calificar los hechos dentro de un determinado tipo delictivo. Se deja dicha potestad a quienes teóricamente son versados y preparados técnica, profesional, funcional y académicamente para ello, es decir, a los abogados investidos de autoridad fiscal, que al ser los titulares de la acción penal deben ser también competentes para enunciar el tipo delictivo de los hechos y las responsabilidades de los involucrados. Así, al quitarle el poder de calificación a los policías se define también a la Fiscalía como el Director de la investigación.

Esta nueva organización de roles nos parece acertada puesto que en el anterior sistema inquisitivo se sospechaba que la facultad de la “calificación del hecho” y por lo tanto “tipificación” del delito, por parte de la policía, podía tener sus riesgos; primero en cuanto a la aptitud o capacidad profesional del policía para calificar; y segundo, respecto al riesgo de corrupción del policía en la calificación para atenuar o agravar el hecho delictivo. Esto aunado a una grave cultura popular por el que se cree que los policías son en gran porcentaje, personas acostumbradas a la corrupción o a un sistema de corrupción ya hecho tradicional o habitual; o peor aún, personas que hacen de su profesión una mercancía que ponen en el mercado, sujeta al capricho de la oferta y la demanda, de la coima, soborno, chantaje, corrupción, etc.

Así, en el nuevo sistema adversarial acusatorio, corresponde a las partes del proceso, fiscalía, defensa técnica o privada, mostrar, justificar, probar, la configuración de un tipo delictivo en un hecho determinado, y la imputación o responsabilidad penal surgido del hecho delictivo. Esto también cambia el esquema procesal penal, porque no es un sistema de rastreo, búsqueda, o diligenciamiento de los actos o pruebas ordenadas por el juez, sino afirma a las partes como fuerzas componentes, contrapuestas y adversarios (porque tienen una función que cumplir distinta, y no un enemigo que eliminar con el castigo sino un hecho que confirmar –teoría del caso-) perfectamente definidos, los que plantearán sus Teorías del caso, la imputación de la responsabilidad y la aplicación de la pena, dejando al juez con su función también específica: la de decidir, sentenciar, o administrar justicia a nombre de la nación y del Estado, producto de un proceso acusatorio, adversarial, en el que las partes se han enfrentado para asegurar, garantizar, desde su posición “parcial”, el cumplimiento de la norma procesal penal; despersonalizándose para lograr una teoría pura del derecho, racionalizando cada posición como defensa positiva de su función operativa en el nuevo sistema procesal penal.

Sanción al Juez Corrupto: Es ocioso indicar que el Juez debe decidir sin corromperse o dejarse corromper. Rudolf Von Ihering en su obra "La lucha por el Derecho", reseñaba, "El Juez que se dejaba corromper era en los primeros tiempos de Roma castigado con la pena de muerte."

### **EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Es oportuno expresar que estamos ante un momento histórico en la construcción del desarrollo de nuestra nación; y digo histórico porque es una trascendental posición y transformación mental sobre cómo se actuará jurídicamente para “procesar” todos aquellos fenómenos que involucren una infracción o delito penal”. Esto significa un cambio en la estructura mental de los que aplican la nueva norma procesal penal, y una reformulación del tratamiento de todas aquellas conductas que se configuran delictivas. Por ello, el presente fenómeno

social jurídico representa una nueva dimensión del pensamiento jurídico, que propone encontrar el sentido histórico de nuestra vida, como dijera el lúcido pensador de la historia Isaiah Berlin, es decir, la conciencia de que algo extraordinario se está produciendo y que necesitamos adaptarnos a esa transformación mental y conductual para lograr el desarrollo social. Por ello la necesidad de tener conciencia histórica de nuestro tiempo. En términos de un gran jurista peruano, de origen tacneño, Jorge Basadre Grohmann, “estamos ante una nueva promesa” de progreso, que debe convertirse en una realidad firme y sostenible en el tiempo, para lograr, a través del proceso jurídico, su eficacia.

La implementación del Nuevo Código Procesal Penal supone pues un fenómeno sísmico fundamental en nuestra historia: la existencia de un antes y de un después de la Reforma Procesal Penal. El derrumbe del inquisitivismo que consideraba una estructura piramidal vertical, donde los operadores y sus actos procesales se subordinaban unilateralmente, por ejemplo, el policía con el atestado calificaba el hecho, convirtiendo éste en delito, el cual a su vez era subordinadamente utilizado como patrón para la acusación fiscal; el juez decidía las actuaciones procesales de investigación, y optando como ente superior, se involucraba en las técnicas para encontrar la verdad, puesto que incluso sus preguntas tenían fin de probanza o descubrimiento, siendo que las respuestas, al ser dadas ante quien decide –el juez-, tienen o trastocan también el tipo de aquellas, e incluso pueden alterar el sentimiento judicial del juez.

Con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, el mundo y el tiempo técnicamente se parten en dos, en un antes y en un después, puesto que la justicia penal cambia radicalmente en sus métodos, en la forma cómo se determina el delito y cómo se procesa el mismo, para lograr una justicia eficaz, rápida, transparente, pública, oral, oportuna y equilibrada. Los métodos transforman al operador jurídico, la forma de toma de conocimiento rediseña al individuo, pues los poderes determinantes se trasladan a diversos actos y momentos, la función define al operador igual que el traje define la conducta social. La función asignada

a cada operador de la justicia filtra la competitividad, expone la sapiencia o mediocridad de los actores, que por el sistema de publicidad y transparencia son sometidos al control social. Todo a la intemperie, el tabladillo. Las audiencias públicas recompondrán los vacíos y deficiencias de las partes; una argumentación no puede esconderse en la escritura, que significaba desgaste de tiempo, posibilidad de arbitrariedad. El defensor, el acusador, o el juzgador, no pueden escudarse en la escritura, pues estarían probando su falta de conocimiento procesal, y por tal su deslegitimación para operar, por incompetencia.

El Nuevo Código Procesal Penal fue promulgado por el Decreto Legislativo N° 957, publicado el 29 de julio del 2004, a fin que entrara en vigencia progresivamente. Eso significa que el Poder Ejecutivo, quien a través de la delegación legislativa que le dio el Congreso, fue el encargado para legislar la creación y construcción del nuevo sistema procesal penal, edificando normativa y teóricamente un moderno método de control y sanción de las infracciones a la Ley Penal. Fue así que mediante la Ley N° 28269, publicada en el Diario Oficial el Peruano el día 04 de julio del 2004 que el Poder Legislativo delegó en el Ejecutivo la facultad de dictar el Nuevo Código Procesal Penal a través del Decreto Legislativo N° 957, en mérito al artículo 104 de la Constitución Política del Perú, lo que le daba a la norma transparencia, solidez y vigencia. Cabe sin embargo una pregunta: ¿el origen de nuestra nueva norma procesal penal ha recaído en el Ejecutivo, por delegación del Legislativo, y no en el Judicial?. La propuesta viene desde fuera de la institución que administra el fenómeno jurídico regulado. He querido enfocar esto porque creemos que toda reforma debe partir desde las entrañas de sus propios actores, puesto que son estos los que conocen, por la sabiduría que les brinda la experiencia, cómo mejorar el sistema que a ellos les compete; ellos saben de sus virtudes y sus desajustes. Además, es necesaria una anotación a nuestro parecer básica. La decisión normativa para cambiar todo el sistema procesal penal tiene una característica fundamental: su implementación progresiva, que parece ser el reconocimiento a nuestra pluriculturalidad, a nuestra variopinta condición social, a la mezcla y confluencia de “todas las razas”.



Entonces nos preguntamos, ¿cómo se puede pedir uniformidad, precedentes vinculantes?

El Nuevo Código Procesal Penal entró en vigencia progresivamente en todo el Perú, esto de acuerdo con los numerales 1 y 2 de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 957; lo que supuso la necesidad imperiosa de modificar, en diversas oportunidades, el Código de Procedimientos Penales anterior, puesto que las disposiciones enunciadas allí ya no respondían a la realidad de los hechos y evidenciaban vacíos normativos; por eso, el Nuevo Código Procesal Penal surge también como una medida de corrección de los vacíos o deficiencias de la norma de procedimientos penales anterior y de sus limitaciones procesales. Siendo el más grande cambio de la reforma procesal penal en el Perú el paso del sistema inquisitivo hacia un sistema acusatorio, modelo en el cual las funciones de los actores en el proceso cambian sustancialmente, y se identifican y delimitan. Así el fiscal es ahora quien investiga, y el juez quien resuelve y sentencia. Se libera al juez de la subjetividad que le revestía el hacer la investigación y luego dar la sentencia, evitando su contaminación; Se modifica el sistema procesal penal para priorizar y subordinar el proceso a la oralidad, que permite lograr una mayor rapidez de los procesos y en donde la medida es la velocidad de la palabra, que niega o vence a la velocidad de la escritura y de la lectura del expediente. Así, el sistema procesal penal utiliza nuevos métodos para lograr la verdad jurídica, utiliza otras velocidades, la de la oralidad, que a la vez le da una nueva dinámica procesal y permite observar el proceso penal, constituyéndose las partes y la sociedad misma en factores de control del debido proceso, de la legalidad del mismo, y de la correspondencia de lo expuesto oralmente por las partes con la sentencia emitida por el juez. Este es un logro y éxito del imperio de los sistemas de control social, la sociedad podrá controlar, a través de su presencia, observación y audiencia, la legalidad e imparcialidad de la justicia penal. Esto involucra a todos como responsables del orden y marcha del sistema de justicia. El nuevo sistema procesal penal ya no excluye sino incluye a otro actor de la organización social dentro del buen o mal

funcionamiento de sus instituciones judiciales: la sociedad. De esta forma la responsabilidad se expande a todo. Todos somos la justicia.

Por su lado, escribe Víctor Cubas que el Código de Procedimientos Penales se configuraba como un modelo procesal penal mixto en donde los delitos eran perseguibles por acción pública, implicando un proceso ordinario, que consistía en dos etapas: la instrucción, inquisitivo (escrito, reservado, con restricción de la defensa, dirigida por el juez penal en el ámbito de la provincia). Siendo que en 1963 se produjo una modificación al sistema procesal penal que consistió en otorgar facultad de fallo a los jueces instructores para resolver las querellas. En 1969 se produjo otra modificación donde se introdujo el proceso penal sumario, mediante Decreto Ley N° 17110. Visto así el Código de Procedimientos Penales, el mismo no habría servido suficientemente para hacer frente a los problemas de criminalidad organizada, recurriéndose para ello a los procedimientos especiales, trayendo como consecuencia: “policialización” de la investigación; restricción de garantías procesales, “sobrecriminalización”, extensión de la pena privativa de libertad hasta cadena perpetua, modificación del régimen penitenciario.

Con el Nuevo Código Procesal Penal, por el contrario se priorizan algunos básicos principios: 1.- El Principio de Imparcialidad de la Justicia, que significa: “Decisiones justas sin presiones ni injerencias políticas, económicas, ideológicas u otras”; 2.- Principio de Oficialidad, que significa la “Persecución penal pública de los delitos”; 3.- Principio de Investigación Oficial y Aportación de partes, indicando que “El tribunal que juzga queda sometido a la prueba que presente y produzcan las partes”; 4.- Principio Acusatorio, significa la “distribución de los poderes de persecución penal, donde se puede observar la diferencia y delimitación siguiente: - Fiscal: acusa, - Juez: juzga; 5.- Principio de Oportunidad: que indica que: “La Fiscalía puede no iniciar, suspender, interrumpir el curso de la persecución penal por motivos de utilidad social”; 6.- Principio de publicidad: mediante la cual: “La sociedad tiene el derecho a observar el proceso penal y la forma en que se deciden las causas”; 7.- Principio de inmediación por

medio del cual se enuncia que: “El juez sentencie en mérito a los medios probatorios que han sido rendidos ante él”; 8.- Principio de Oralidad que constituye, por ejemplo, los siguientes hechos: - El fiscal alega oralmente; - El defensor está abogando oralmente; - El juez sentencia oralmente; - Las partes declaran oralmente; - Los testigos atestiguan oralmente; 9.- Principio de Contradicción; que significa dar la posibilidad de que las partes procesales deben y proponen la actuación de sus medios de defensa.

Entretanto cabe anotar que la concepción de la sanción penal, de castigar al delincuente (aquel que ha cometido un delito) suele tener una relación directa con el pensamiento dominante (la política de gobierno, etc.) de la época, y con el fin que persigue en cada tiempo: el castigo. Así, a medida que evolucionaba el pensamiento sobre el fin que cumple la pena, el castigo; también evolucionaba el tipo de sanción y el proceso para llegar a él. En ese supuesto, el acto delictivo definía a la persona y su condición social (su relación con la sociedad). La persona queda pues definida por el delito, esto supondría que no la persona en su integridad, sino sólo aquella parte más resaltante, supuestamente más representativa (ser un delincuente) era lo importante para el sistema penal, y en base a ello se imponía la pena, sanción o castigo. El fin dominante de los anteriores sistemas procesales penales eran pues más que de resocialización o rehabilitación, un acto definitivo: el castigo, que tenía como finalidad servir como estrategia para subordinar a los individuos delictivos antes que perseguir la readaptación del delincuente. Esa posición habría que cambiar (en teoría) porque no correspondía ya pues con la modernidad, sino con los sistemas monárquicos, imperialistas, o dictatoriales.

Desde la aparición del concepto del Tercer Estado (la sociedad) como el elemento social más importante que los otros grupos sociales (monarca, nobleza), se transformó todo el sistema punitivo, y por consiguiente la finalidad de la sanción. Así pues el castigo ya no sería un acto de subordinación del individuo al monarca, dictador, etc., sino un acto de acatamiento de los órdenes jurídicos de la sociedad

que requería vivir en paz y sin delincuencia. Se transforma el acto punitivo como “bien individual”, de una persona (el monarca) en un sistema para el bien de la sociedad, “bien común”. Todo parece subvertirse en una estructuración punitiva diferente, en un nuevo sistema de ingenios para desarrollar la nueva teoría: el Tercer Estado es lo importante (diría Sieyes). Cambio cismático que permite comprender actualmente la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal.

Con el anterior sistema de procedimientos penales, sistema inquisitivo, teníamos una presentación aritmética del proceso penal y de la penalidad, donde se sumaban los actos delictivos, se restaban las acciones de redención como el trabajo o la educación, como expresaba la teoría absoluta de la pena, y sucedía que “...por ejemplo, la negación del mal, producido por el delito, mediante la imposición de un mal al responsable constituía una ficción, puesto que, en la realidad, los efectos negativos se acumulaban, en lugar de que el castigo hiciera desaparecer el delito realizado”, según explica Hurtado Pozo. La nueva concepción de la pena y del proceso penal no debe ser ya simplemente aritmética (suma, resta, multiplicación o división de la pena, del investigado o acusado, por determinados factores) sino una concepción geométrica de la sanción, es decir, toma en cuenta otros elementos que no son planos, como las sumas o restas, etc., sino toma en cuenta el espacio, el tiempo, la historia, el azar, la responsabilidad penal, la imputabilidad, tipicidad, el interés social, no contaminación del juez, inmediación, publicidad, supremacía y garantías de los derechos del ser humano, adversalidad, contradicción, diferenciación, o función discriminatoria, así como participación y control social, ponderación, negociación, oportunidad, oralidad, etc., elementos no necesariamente cuantificables, o planos, sino amplios y dimensionales.

Por otro lado, es necesario observar que, en la doctrina, a la explicación del derecho a castigar, *ius puniendi* del Estado, se le llaman teorías de la pena, dentro de las cuales tenemos a las teorías absolutas, “que niegan que la pena cumpla con alguna función utilitaria específica”. “La pena es concebida, así, como un fin en sí

mismo”, según describe Hurtado Pozo, quien agrega: “La influencia de la concepción absoluta de la pena se debió, en gran parte, a su sólido fundamento filosófico. Éste fue establecido, en particular, por Kant y Hegel. Según el primero, castigar al culpable es una exigencia esencial de la moral, un “imperativo categórico” que no debe ser mancillado por ningún utilitarismo. Para Hegel, la restauración del derecho objetivo violado voluntariamente requiere la anulación de la voluntad del delincuente mediante la violencia de la pena. Así, la negación (expresada mediante la pena) de la negación del derecho (mediante la comisión del delito) permite restablecer el derecho. Si Kant invoca la Ley del Talión, Hegel prefiere referirse a la equivalencia entre la gravedad del delito y la severidad de la pena. Sin embargo, ambos coinciden en negar a la pena otro fin que el de la redistribución.”; así antes de aplicar estas penas es necesario un método que las justifique, que impida la arbitrariedad; este método es el proceso penal.

Es necesario también ingresar en una reflexión importante sobre lo que producirá el nuevo sistema procesal penal en uno de los valores fundamentales con los que trabaja la penalidad: la Libertad. Como puede verse de la estructura procesal y punitiva anterior, de acuerdo al Código Penal, como una pirámide, en la cúspide tenemos a las penas privativas de la libertad. Eso supone poner en el más alto nivel valorativo la libertad. La función que cumple la pena es por ello doble: por un lado aísla al delincuente del resto de la sociedad, y por otro, castiga al delincuente. Luis Díez-Picazo diría que la ley penal no pretende rehabilitar, sino solo castigar; siendo este su fin y no otro (podría estar dentro de la teoría absoluta de la pena). Sin embargo nada puede escapar a los efectos que produce una acción. La aplicación de la ley penal, independientemente de su finalidad (que castigue buscando hacer cumplir la justicia – teorías absoluta de la pena; o que prevenga o tenga una finalidad utilitaria – teoría relativa de la pena) surte ciertos efectos colaterales, o, en otros términos podríamos decir, externalidades, para con el individuo o la sociedad. Estos efectos no siempre se pueden medir matemáticamente. La sanción penal no puede medirse en sus efectos porque éstos son muchos más de los numéricamente percibidos; los efectos pueden ser, por

ejemplo, aquella irradiación de desconfianza en las personas, en la justicia; y también percepción de que los propios sentenciados a pena privativa de libertad responden mayoritariamente de cierta forma negativa al salir de la cárcel, puesto que ésta surte ciertos estigmas característicos que influyen en su comportamiento en la sociedad –esta es la regla-. Además, no se puede medir el daño moral o psicológico que se instaura en el agente delictivo, en el inculcado, sentenciado, reo libre o reo en cárcel. Esas categorías no son medibles racionalmente, con estadísticas o encuestas; sin embargo puede diagnosticarse una aproximación al destino de los excarcelados, que siempre parece ser negativa.

Desde este enfoque, no es vano afirmar que la libertad no es el mayor valor jurídico, sino la vida; por eso “la vida es intocable”, puesto que no tenemos forma de recuperarla como la libertad. No obstante, “la libertad” a los 20 años no es igual que a los 45, 50 o más años, después de haber estado “interno” en algún penal. Un año en prisión implica imponer al lado del castigo en sí (la privación de la libertad) otros castigos adheridos, como el tipo de “relaciones sociales” que se desarrollan en la reclusión. Y este tipo de relación es obligatoria. Por hábito, las malas conductas se aprenden inconscientemente. La cárcel no cumple un fin readaptador, ni podría cumplirlo porque la sola privación de la libertad no genera readaptación. La prisión genera sus propios “desvaríos”, sus propias “perturbaciones” que se interiorizan por la fuerza de la cotidianeidad creando “sus propios valores”, que no por ser negativos a la sociedad ordinaria dejan de tener los efectos de un valor delictivo, es decir, de un factor que tiene peso y condiciona, influye o direcciona la conducta del encarcelado. Asimismo, el costo de las prisiones puede ser altamente corrosivo a la propia sociedad, porque funciona como una bomba de tiempo, se mantiene latente el delito dentro de un recinto, pero no se lo anula. La prisión es por definición aquel lugar donde se acumulan y concentran los males, las conductas nocivas al orden social. ¿Cómo pues ingresar a él sin contaminarse? Por eso para prevenir todo esto se usa también el proceso penal, que debe perseguir castigar sólo al culpable, y es en este sentido que la sociedad tiene la obligación y hasta la necesidad de invertir en el

aislamiento y prisión de los delincuentes “incurables”; pero para que esto no sea una arbitrariedad se ha creado un método llamado debido proceso.

### **LAS PRISIONES EN EL SISTEMA PROCESAL.-**

Michel Foucault esboza como una de sus conclusiones sobre las prisiones y el poder: “es menos oneroso vigilar que castigar”. Pero este fenómeno ha sido evolutivo. Foucault parece haber llegado a esa conclusión partiendo del discurso de Bentham, y el panoptismo. El panoptismo que es una especie de torre, rodeado de un anillo dividido en celdas, en las cuales se encuentra enclaustrado, como objeto de observación, un ser humano clasificado por su actividad laboral o profesional. En la cima de la torre existe un ojo encerrado en un triángulo, representando al Estado. El Estado es pues un ojo que todo lo ve, que ve todos los movimientos de los seres humanos que están encerrados en las celdas del anillo, y que por lo tanto puede prever o normar las conductas de la sociedad en base a esa información observada, en base a ese “vigilar”.

Vigilar es menor oneroso que castigar, prevenir antes que castigar, “Economía del poder”, “eficacia”, “rentable”. El poder no se ejerce a posteriori de los hechos, sino a priori, antes que suceda; eso posibilita la extensión de nuestra vida, la proyección de nuestro presente. La sociedad se organiza como con un oráculo, intenta saber o decidir cuáles son las conductas que van a adoptarse.

Foucault hace un análisis, una descripción de cómo ha sido el proceso o el sistema penitenciario, de cómo se ha pasado del castigo a la vigilancia, y se pregunta sobre: “El momento en el que se ha apercibido que era, según la economía del poder, más eficaz y más rentable vigilar que castigar. Ese momento corresponde a la formación, a la vez rápida y lenta, de un nuevo tipo de ejercicio del poder en el siglo XVIII y a comienzos del XIX.” (Foucault, Michel. *Microfísica del Poder*. Pp. 88).

El punto relevante de todo ese análisis está en un hecho económico; este es la rentabilidad de los actos que se realizan para conseguir organizar a la sociedad en rededor de un poder; el poder es, por supuesto, lo trascendental. El poder organizado, ejercido y mantenido de otra manera. Se trata, entonces, de un nuevo tipo de “ejercicio del poder”. Este poder en la edad moderna pasa a manos del Estado. El Estado, pues, intenta subordinar y monopolizar el poder. Hay también una historia de la represión, y en esta Foucault intenta encontrar y describir “el paso del castigo a la vigilancia”.

Por otro lado, históricamente parece que el Estado nunca ha tenido la verdadera intención de crear centros de rehabilitación en las prisiones, porque esa nunca ha sido su función. La función es más bien social, instaurar el miedo, prevenir sobre la superioridad del poder, y sobre la oscuridad con la que el individuo que se desvía puede enfrentarse, el hombre así, no puede hacer lo que quiera sino estar sometido a las reglas del Estado. El principio de la prisión es mantener un edificio que signifique el poderío del Estado, un emblema de lo que debe ser la sociedad, representación y subordinación del individuo al Estado, a un orden superior a él. Ya no es la divinidad la encargada de ejercer este dominio sobre el hombre, pero si existe; este dominio no desaparece sino que se transmuta con otros fundamentos. Esto es lo espeluznante del fenómeno de las prisiones, porque todos saben que las prisiones nunca regenerarán al delincuente, sino todo lo contrario; pero no se lo elimina por dos razones: uno, la imposibilidad de encontrar otro método de mantener alejado a los delincuentes de los que no lo son, y por lo tanto los no delincuentes deberían sentirse amados y protegidos; dos, como una función de poder. Si no existen delincuentes no puede haber forma de establecer la obligatoriedad de las normas, no puede haber subordinación, las prisiones se constituyen en un factor meramente de poder, de perpetuación del poder, de justificación de la existencia del Estado y de sus aparatos de coacción.



#### **SUBCAPÍTULO IV: LA PRISIÓN PREVENTIVA**

“Podremos cerrar los ojos y quedarnos con la consideración simplemente exegética o dogmática; pero ello no sería sino una falsedad más; y una ciencia hipócrita sólo forma seres hipócritas en una sociedad falsa.”

Alberto M. Binder

“La cuestión está en saber hasta qué punto ese juicio favorece la vida, conserva la vida, conserva la especie, quizá incluso selecciona la especie”.

Friedrich Nietzsche

#### **I.- EL CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA**

De acuerdo con la doctrina y la legislación la Prisión Preventiva es un instrumento procesal penal que tiene como finalidad asegurar el debido proceso, prevenirse sobre cualquier riesgo procesal, como de cualquier obstaculización del proceso, peligro de fuga del imputado, y así impedir la impunidad. Se la considera una medida cautelar aplicada sólo cuando preexistan graves y fundados elementos de convicción sobre la responsabilidad penal del imputado o su vinculación con el delito. Se la llama también prisión provisional. Podríamos resumirla como una presunción de culpabilidad.

Al respecto, Binder escribe: "La realidad nos muestra, al contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones, por defectos del procedimiento, la sociedad "debe dejar salir", a pesar de que "ya" fueron "condenados", en la denuncia o por los medios masivos de comunicación. / Los fenómenos de los "presos sin condena" -en prisión preventiva-, de la utilización del proceso como método de control social, de las restricciones a la defensa, en especial a la defensa pública, de la enorme cantidad de presunciones que existen en el proceso penal, de la utilización del

concepto de "carga de la prueba" en contra del imputado, del maltrato durante la prisión preventiva, del simple modo como los detenidos son "paseados" por los pasillos de tribunales, etc., son signos evidentes de que el principio de inocencia es un programa a realizar, una tarea pendiente. / Podremos cerrar los ojos y quedarnos con la consideración simplemente exegética o dogmática; pero ello no sería sino una falsedad más; y una ciencia hipócrita sólo forma seres hipócritas en una sociedad falsa." (Binder, 2000, pág. 129, 130). Binder ha dado en el blanco: sociedades falsas, hipócritas que no permiten el real avance o progreso del individuo y de la sociedad, porque falsean su propia realidad. Lo grave es que esta falsificación la promueven, instruyen y ejercitan aquellos que han sido preparados para evitarlas, los abogados, fiscales, jueces. Las argumentaciones o fundamentaciones teóricas sobre si la prisión preventiva es o no es una sanción penal sólo nos revelan este problema y confunden la concepción de justicia. Si la prisión preventiva va a aplicarse debe empezarse no por ocultar su calidad de sanción, su calidad de pena, sino aclarando su imposición 'necesaria', 'de última ratio'. Porque sobre las falsificaciones de la realidad la justicia siempre se ve desvirtuada, también falsificada, y se deslegitima.

De la conceptualización de la prisión preventiva se desprenden los factores: 1) La responsabilidad penal del inculcado, 2) La gravedad del delito, y 3) El riesgo o peligro procesal.

La prisión preventiva, o esta condición, puede encontrarse ya explicada en la obra de Francesco Carrara, quien, respecto al proyecto de Giuseppe Puccioni, escribía sobre la prisión preventiva, o custodia preventiva, indicando: "Sin embargo, no quiero continuar sin señalar, entre las diversas ideas que han llamado más mi atención, la que se refiere a la custodia preventiva de los inculcados. / Conservaba Puccioni, en su proyecto, el principio de justicia absoluta por el cual debe descontarse de la pena infligida a cada delincuente, aquella cantidad de tiempo que el mismo inculcado pasó en las cárceles de custodia durante el estadio inquisitorio, más allá del breve espacio indispensable para la compilación de cada

procedimiento. La custodia preventiva de los reos debe decretarse solamente según normas indefectibles dictadas por la ley, y de ella no debe hacerse un derroche inútil, sino ordenarla solamente para los delitos más graves. Malo es prodigarla para los lapsos menores, en los que falta toda su razón de ser, y peor aún dejarla a las eventualidades del arbitrio. Y cuando una suprema necesidad imponga usarla, justo es que el culpable la tolere mientras dure el tiempo necesario para el procedimiento, porque la necesidad del procedimiento fue consecuencia de su delito. Pero cuando dura más, ella es consecuencia o bien de la inercia de los oficiales públicos, o bien de fortuitos que no deben recaer sobre el imputado, por culpable que sea, porque su culpabilidad representa un demérito al que la justicia del legislador juzgó que le corresponde aquella cantidad que él amenazó como pena, de suerte que todo suplemento es injusto. / Por eso, todas las buenas legislaciones fijan hoy un término más allá del cual, si la detención se prolonga, debe ese suplemento ser restado de la pena que se aplique cuando se demuestre la culpabilidad. / El proyecto de Puccioni, al convertir estos preceptos en artículos de ley, les daba un desenvolvimiento ulterior, añadiendo que el cómputo de la prisión preventiva, cuando el reo estaba confeso, debía comenzar aun antes del término legal, es decir, desde el día de su confesión.” (Carrara, 2007). Texto en el cual resalta que la prisión preventiva sólo podría imponerse ante una “suprema necesidad”, y definirla mejor como “custodia preventiva del inculpado”.

Más recientemente Gunther Jakobs, en una entrevista hecha por Esteban Mizrahi, señalaría que en su país: “(...) La prisión preventiva es más breve, tiene plazos estrictos, si no, el preso queda en libertad. Y además la clase baja es menos indigente que allá. Ustedes tienen gente más pobre y menos instruida de la que hay acá. De manera que pienso que lo que allá se llama clase baja es otra cosa que lo que aquí se llama así. Pero también nuestra clase baja está en las prisiones.” (Jakobs, Mizrahi, 2012, pág. 50).

Esteban Mizrahi entrevistando a Jakobs escribiría:

"M: Entonces sabe que nuestra realidad es completamente diferente de la de aquí. El 70% de los presos pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad. Aproximadamente el 67% se encuentran con prisión preventiva. Si un sistema penal funciona así, ¿qué consecuencias pueden esperarse para la sociedad? ¿Cómo describiría usted, desde el punto de vista de la teoría de los sistemas, una eficacia del derecho como esa?

J: Bueno, la alemana tampoco es tan brillante, por eso es que no está presa la clase media, sino mayormente la clase baja, y cada tanto algún famoso que cometió un delito económico grave. Pero estimo que aquí también el 70% de los presos provienen de las capas más bajas, en eso no hay mucha diferencia.

M: Solo que en nuestras cárceles el 67% de los presos está con prisión preventiva, que puede durar años.

J: Eso sí es diferente aquí. La prisión preventiva es más breve, tiene plazos estrictos, si no, el preso queda en libertad. Y además la clase baja es menos indigente que allá. Ustedes tienen gente más pobre y menos instruida de la que hay acá. De manera que pienso que lo que allá se llama clase baja es otra cosa que lo que aquí se llama así. Pero también nuestra clase baja está en las prisiones" (Jakobs, Mizrahi, 2012, pág. 50).

El comentario de Jakobs, respecto a que el 70% de los presos provienen de las capas sociales más bajas de su país, puede sugerir varios aspectos; que la delincuencia sea cometida siempre por los más pobres, o que los de clase se provean de los mejores abogados. En nuestro país, de variopinta conformación social y económica, no puede decirse que el delito es propio sólo de la clase baja o pobre; baste para corroborarlo las noticias cotidianas de escandalosos casos de corrupción de gente de todo tipo de clase, desde asaltantes al paso, hasta funcionarios de alto nivel, como magistrados, rectores, ministros, congresistas, ex

presidentes, empresarios, y personajes de lo más variado en posición, estatus económico o clase social. Sin embargo, creo que existe un factor común que puede explicar por qué son los de clase más baja quienes ocupan mayoritariamente las prisiones: la poca capacidad adquisitiva -económica- para proveerse de los mejores abogados. No encuentro otra razón, pues en nuestro medio la convivencia con lo ilícito es no sólo común, sino pareciera formar parte del modus vivendi de nuestra sociedad; a tal grado es este fenómeno que existen profesiones, trabajos que parecen tener su cimiento económico en la corrupción, como la policía, o el propio ejercicio de la abogacía. Realidad grave, donde se delinque impunemente desde, por ejemplo, obtener la licencia de conducir, hasta mandarse a hacer la tesis de maestría o doctorado, o hacer un trámite en la administración pública.

Por su parte, José María Asencio Mellado, escribiría que “La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse.” (Asencio Mellado, Instituto de defensa legal).

Por su lado, una investigación del Instituto de Defensa Legal, titulado: “La prisión preventiva en el Perú: ¿Una medida cautelar o pena anticipada?”, se expresa: “La prisión preventiva -o el sometimiento por parte del Estado de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad- suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos, mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, la investigación se pueda llevar a cabo sin obstaculizaciones

indebidas y que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplan con la pena impuesta.” (De la Jara et al, 2013, pág. 7).

Por su parte, CEJAS expone que “La prisión preventiva es una medida judicial por la cual se encarcela a las personas sujetas a una investigación penal por un delito. De acuerdo a las normas internacionales, la prisión preventiva debe ser excepcional y, corresponde aplicarla, cuando median razones suficientes y sustentadas, de que la libertad del investigado representa un riesgo relevante para la consecución del proceso penal y para la posible sanción al responsable del delito imputado” (Cejas , 2010, pág. 7).

Para Ana C. Calderón Sumarriva la Prisión Preventiva “Es una medida estrictamente jurisdiccional que se adopta a instancia del Ministerio Público, cuando resulte imprescindible privar de la libertad al imputado para conjurar un peligro de fuga o un riesgo de entorpecimiento de la investigación. ROY FREYRE la define como la privación de la libertad ambulatoria decretada por el Juez Penal al inicio o en el curso del proceso, tanto para asegurar el sometimiento del encausado a la aplicación de una pena con prognosis grave o relativamente grave, como también para evitar, al mismo tiempo, que perturbe la actividad probatoria. El artículo 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. Lo mismo queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) que precisa que sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el imputado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación intimidando a los testigos, o destruyendo la evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al

derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa” (Calderón, 2011, págs.. 230, 231). Con lo que la conceptualización de prisión preventiva quedaría clara en su descripción, elementos necesarios para fundarlo, pero no en sus efectos.

## **II.- LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR:**

Dentro de nuestro sistema normativo, y específicamente, el procesal, tenemos un instrumento, o institución, que cumple una función anticipativa, preventiva, garantista, que es la medida cautelar. Esta se manifiesta como una expresión de la capacidad y técnica futurística del ser humano, en salvaguarda del ejercicio o uso externo y posterior del Derecho. La persona, mediante la razón, puede prever el futuro y anticiparse a él, asegurarlo y disponer sus consecuencia o efectos mediatos, claro que sólo dentro de la medida de lo cognoscible, o de lo posible de racionalizar. La medida cautelar es, por lo tanto, un método o técnica utilizada a priori para determinar a posteriori un efecto deseado, una consecuencia pretendida y garantizada por el Derecho. Como técnica se enmarca y desarrolla sólo dentro de la norma jurídica.

Juan Monroy Gálvez escribe que la medida cautelar es “un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba” (Monroy, 2000, pág. 547).

En el concepto expuesto anteriormente encontramos varios elementos que dan forma y constituyen a la medida cautelar. Por tanto, decir que es un instituto procesal es afirmar que tiene validez y conformación estructural, que es reconocido y que se compone de ciertos elementos teóricos conceptuales que permiten su comprensión y uso. Una institución jurídica por ser tal tiene no sólo reconocimiento de la existencia del mismo sino un lugar determinado en el

sistema jerárquico del derecho, desde donde puede ser aplicado, efectivizado, operacionalizado. La existencia de este instrumento como *instituto* le da el amparo del Derecho y logra la validez del mismo; validez que significa, parafraseando a Marcial Rubio Correa, “la cualidad para que algo surta los efectos propios de su naturaleza” (Este concepto de validez es insertado por Marcial Rubio Correa en su libro Sistema Jurídico, en el capítulo referente a las fuentes formales del Derecho). La validez jurídica también es tratada por otro gran jurista, de talla más bien universal, como es Luis Diez Picazo, en su libro Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel. Otro filósofo Lyotard, habla también sobre la validez y la legitimidad en su libro sobre la Postmodernidad). Una institución jurídica es un objeto y sujeto jurídico con historia, es decir, ha sido conformado, registrado y creado a través de todo un proceso social que le ha dado solidez, y que contiene sus propios fundamentos. Es más, una institución jurídica se define por sus elementos internos y externos; los internos son aquello que lo compone como el derecho mismo, y lo externo supone sus efectos, el interés social, etc. El hecho de que una institución sea jurídica significa que tiene su fundamento último en la sociedad, en el bienestar social, en la composición, organización y estructuración social, es decir se halla implícito o implicado dentro de lo social, dentro de lo social normativo. Por último, al ser un instituto procesal se completa la idea de la medida cautelar como medio, o instrumento, porque como instrumento procesal no define el derecho, sino que coadyuva, colabora en la determinación de este derecho. No tiene pues un fin valorativo, sino técnico, de medio, y no de fin. No dice el Derecho, sino que es más bien un camino, un instrumento para que se pueda decir el derecho, o se lo pueda crear.

Juan Monroy Gálvez repite el concepto de Medida Cautelar en un artículo sobre la Acción de Amparo “Genéricamente, medida cautelar es el instituto procesal a través del cual el juez –a pedido de parte- asegura el cumplimiento del fallo final, sea anticipando algunos efectos del fallo o todos, u ordenando se mantenga inmodificable la situación material conforme al momento de la demanda.” (Monroy, 2000, pág. 273).



Las medidas cautelares son medios de garantizar el futuro, se presentan como una decisión anticipada, que garantiza un final también anticipado, pero no necesariamente unívoco. Sucede que “el juez debe anticipar su opinión”. Y al hacer eso está prejuzgando, “En estricto, al dar o negar una medida cautelar el juez prejuzga” (Monroy, 2000, pág. 274). Según el mismo Juan Monroy Gálvez, la institución de la medida cautelar, en el derecho procesal en general, tiene algunos rasgos identificatorios, como son: el prejuzgamiento (anticipación de una opinión), la apariencia de derecho, la contra cautela, la provisionalidad y la variabilidad (Monroy, 2000, pág. 274).

### **III.- LA REGLA Y LA EXCEPCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

La prisión preventiva puede tomarse como instrumento para medir el temperamento político criminal de la aplicación del nuevo código procesal penal ayuda a determinar cuáles son en realidad las reglas y las excepciones procesales penales, si realmente se está garantizando el cumplimiento del debido proceso, la tutela efectiva, la garantía de los derechos fundamentales, como la presunción de inocencia, o por lo contrario si existen otros elementos contradictorios como el principio de culpabilidad, etc. La norma procesal en el texto positivo es clara, pero la misma tiene que someterse al barniz de la realidad, de la experiencia, del requerimiento de satisfacción de ciertas necesidades penales sociales, como por ejemplo, la alta tendencia social a desear la aplicación inmediata, urgente, de la prisión preventiva, desconociendo u obviando el marco de respeto de los derechos fundamentales dentro de los cuales debe circular todo acto procesal penal e incluso cualquier restricción a la libertad.

Así, al parecer, se tiende a confundir la regla con la excepción, y se invierten los papeles, al pensar que “privar de libertad” al presunto infractor, imputado, es la regla y no la excepción, cuando de acuerdo a la Constitución y al nuevo esquema procesal, la regla es: la defensa de la persona, la presunción de inocencia, que tiene su razón de ser en garantizar los derechos fundamentales del ser humano

como individuo, no como conjunto social, por lo que no se puede permitir el error (meter preso a un inocente), ni aunque sea sólo a un individuo, puesto que nuestro sistema constitucional está basado en la real condición “individual”, del ser humano, y en este sentido tiene que ser protegido como “único e irrepetible”, incluso por encima de la sociedad que no existiría si no existiese el individuo agrupado.

Bajo esta concepción es que el Derecho Constitucional define, previene y defiende al ser humano como primer precepto normativo, poniéndolo en la categoría de “supremo”, de jerárquicamente “superior” al colectivo, a la sociedad, al Estado, y por eso la regla es la protección del individuo, la presunción de inocencia como regla y no como excepción. Nuestra Constitución tiene claramente planteada esta prevalencia del ser humano, y es en aquella medida que el Derecho Procesal Penal se viene intentando ejecutar.

Conviene agregar que a su vez el Derecho Penal es sólo de uso de última ratio, de “última razón”, y que contiene en consecuencia también principios concordantes como “la duda favorece al reo”, etc.; por lo cual si existiera alguna duda de la culpabilidad o responsabilidad de algún imputado sobre su participación como infractor de la ley penal, debe presumírsele inocente, como regla. Cosa diferente sucede con la prisión preventiva, que se presenta, de declarándosela fundada, como “una excepción a la regla”, pues en la etapa donde el fiscal requiere al juez de Investigación Preparatoria aún no existe prueba, es decir, veracidad y certeza, de la responsabilidad del imputado, sino sólo “graves y fundados elementos de convicción”, que vinculan al imputado con los hechos delictivos. Esto conlleva muchas veces a causar problemas en la concepción social respecto a la eficacia de la administración de justicia y específicamente respecto de la aplicación del nuevo sistema procesal penal, garantista, puesto que la respuesta social siempre es más inmediateista, es decir, no exige los “graves y fundados elementos de convicción” y otros elementos necesarios para aplicar prisión preventiva, sino –de acuerdo con

lo observado-, se da por sentada la responsabilidad y culpabilidad del imputado, y se exige su internamiento.

El nuevo proceso penal, a fin de cumplir con su finalidad garantista (no vulneración de los derechos fundamentales, respeto al derecho a la libertad, presunción de inocencia, etc.), exige, para la internación del imputado por prisión preventiva, se presenten graves y fundados elementos de convicción; que exista riesgo de peligro procesal como el peligro de fuga, o de obstaculización de la investigación o el proceso, sea tanto en el nivel de la etapa de la investigación preparatoria, juzgamiento o juicio oral; y que el delito imputado tenga prescrito una pena superior a los cuatro años. Cabe insistir, en este contexto, que utilizando los argumentos y factores expuestos anteriormente se ha fundamentado y justificado la prisión preventiva, amparados además en la falacia de que ésta no es una sanción penal, sino una forma de asegurar el debido proceso, la efectiva tutela jurisdiccional, etc.; sin embargo no puede negarse que internar a un imputado en prisión produce efectos similares a los de la pena privativa de la libertad de una condena, contradiciéndose en la realidad lo que en la teoría se niega u oculta con títulos diferentes para un mismo efecto.

La prisión preventiva, sea o no considerada una sanción penal es siempre, en la realidad, una “privación de la libertad”, una “afectación al derecho a la libertad” y a aquellos otros derechos que se adhieren por su propia naturaleza al derecho a la libertad, como por ejemplo, el riesgo o peligro de afectación al derecho a la integridad física, psíquica, entre otros. Es claro y evidente que la prisión preventiva produce todos los efectos que causa la pena privativa de la libertad (sanción penal). Por eso la pregunta debería ser: ¿qué pasa con el tiempo, la vida que ha llevado, su salud y los derechos del internado si este es posteriormente declarado inocente?, ¿pueden estos repararse? La respuesta es obvia: no. Esa afectación y vulneración a la libertad, a la vida, a la salud, y a los derechos conexos, habiéndose sufrido en el pasado son irreparables, puesto que –aún no tenemos la ciencia y tecnología para ello- no se puede reparar el pasado, ni

siquiera compensarlo (la lesión a la vida, la salud, la integridad física psíquica, etc., no se encuentran en las categorías, niveles o factores similares con otros, no son intercambiables). En esa línea, no se puede aducir que considerando a la prisión preventiva como una medida cautelar y no como una sanción penal se anulan inmediatamente los efectos propios de todo internamiento en prisión, sean estos por prisión preventiva o por pena privativa de la libertad en una sentencia final porque los efectos –y daños a la vida y salud física y mental- son idénticos en ambos casos. ¿Será quizá por eso que el nuevo sistema procesal penal considera a la prisión preventiva sólo como una excepción y no como la regla? , puesto que al margen de las opiniones justificadas magistralmente a través del discurso jurídico, afirman que la prisión preventiva no es una sanción, se debe tener muy en claro que la sanción penal se define por sus efectos y no por su definición escrita, y sus efectos siempre serán los de la privación de la libertad y daños conexos. No obstante ser tan obvio este razonamiento, la falacia persiste en considerar que no es una medida punitiva y no vulnera a la Constitución. Error –a nuestro parecer- que está en todos los niveles normativos, incluso en el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias ha incurrido en estas falacias inexcusables. Un solo ejemplo, en la Sentencia recaída en el Exp. N° EXP. N.º 01014-2011-PHC/TC, ante un Recurso de Agravio Constitucional, se argumenta, en principio, que la "detención judicial" es una "medida provisional", que por tal -temporalidad de la medida- no es inconstitucional, no es una "medida punitiva" ni afecta la "presunción de inocencia". Sin embargo dicho presupuesto tiene, a nuestro parecer, un razonamiento errado, pues se la evalúa por sus fines, y no por sus reales efectos, por lo que significan en si (Recordemos que un hecho se define por sus efectos en la realidad, no por su teorización). La prisión preventiva puede no "catalogarse" como "medida punitiva", sanción final que decide darle un castigo al infractor de una ley, al delincuente, etc., pero esto no enerva, disuade, disminuye, detiene, evita, impide que se provoque o imponga un "perjuicio" al individuo, un "daño físico psíquico" que sólo puede justificarse en una sentencia firme (determinación de culpabilidad), por lo que la prisión preventiva además de atentar contra el derecho a la libertad vulnera la presunción de inocencia, pues ya

no se presume como regla constitucional que el imputado es inocente, sino todo lo contrario, se presume que es sospechoso o culpable. Por ello, no hay congruencia en la afirmación del Tribunal Constitucional al afirmar que esto no es así, que la prisión preventiva no es una sanción, y que por tal no es inconstitucional, porque una acción, decisión, y ejecución penal, debe "definirse" por lo que es su constitución, por lo que provoca, no por lo que intenta perseguir. Por ejemplo, preguntaríamos nuevamente, ¿si se declara inocente al imputado de los cargos aludidos a él, inmediatamente "desaparecen" todos los daños a su libertad, integridad física psíquica?, pues no. Entonces se tiene que comprender que existen bienes jurídicos que son fundamentales, y por tal no se pueden negar bajo argumentaciones erráticas como alegar que la prisión preventiva no es una medida punitiva, cuando en la realidad su aplicación al imputado cumple exactamente los efectos de las medidas punitivas; en este contexto por se el Tribunal Constitucional se vuelve inconstitucional al negar la realidad; afirmación que estoy seguro será confirmada por la historia.

#### **IV.- UBICACIÓN EN LA NORMATIVIDAD**

La Prisión Preventiva se halla enmarcada en el Nuevo Código Procesal Penal, aprobada mediante Decreto Legislativo 957, en su Título III, y en cual se contienen esencialmente los siguientes factores:

##### **1.- De los presupuestos materiales en la norma**

En el capítulo I del texto indicado, se describen los presupuestos materiales de la prisión preventiva; el primero de ellos es que sea a solicitud del Ministerio Público, del fiscal, que traslada dicho requerimiento al juez para que éste a su vez recién tenga la posibilidad de ejercer el poder para ordenar la prisión preventiva, tomando en cuenta para ello los siguientes presupuestos: a) Existencia de fundados y graves elementos de convicción de un delito y su vinculación con el autor o partícipe; b) El delito sea tipificado con sanción superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad; c) El peligro de fuga u obstaculización del proceso. Además se considera de ser el caso: d) Pertenencia a una organización

delictiva y el uso de aquella para fuga u obstaculización del proceso. Siendo que al hacer el requerimiento el fiscal tiene que sostener dichos elementos de hagan de suprema necesidad la prisión preventiva, sucede en la realidad que ante la falta de dichos elementos, el juez se ve en la imposibilidad de decretar la medida cautelar personal. Esto adolece de un defecto, que el juez no pueda basarse en otra información si no es en la vertida por el fiscal y el abogado, resta su capacidad para administrar justicia, y siendo la falta de información la causa procesal (sea responsabilidad del fiscal o no) esto provoca un brusco problema de compatibilidad social. Ahora bien, si estamos ya en una etapa cultural con un sistema informático avanzado, ¿por qué no permitir que el juez pueda verificar la peligrosidad del imputado, su récord delictivo, su arraigo domiciliario, etc., si tuviera esta información en la base de datos de su judicatura? Según se observa de las noticias radiales y periodísticas un gran número de imputados que tienen antecedentes delictivos no se les aplica la medida cautelar de la prisión preventiva por causas y deficiencias documentarias atribuidas al fiscal (no presentó los debidos fundados elementos de convicción). La respuesta está en la interpretación de la nueva normatividad procesal penal, que en un afán por no contradecir el principio de legalidad, el juez se abstiene de tener discrecionalidad, o capacidad para decidir sobre elementos no expuestos por las partes. Esto sin embargo cae en un vacío legal, y es conocido el principio que el juez no puede dejar de administrar justicia incluso ante este supuesto. Sin embargo, en el Derecho Procesal Penal, el Juez se abstiene. Aquí la sinopsis es simple, lo importante es utilizar instrumentos, elementos de convicción que sean fundados, que tengan asidero en la veracidad, en la solidez y confiabilidad de los mismos, que no sean falsos, y que puedan demostrar su validez no necesariamente quién los ha presentado o quien los ha dejado de presentar, sino quien tiene dichos efectos documentarios probatorios. Sin embargo, ante una cuestión tan simple la judicatura, y todo el sistema procesal penal, se detienen y perturba.

## **2.- De la calificación de peligro de fuga**

De acuerdo con el Art. 269° del NCPP, para calificar si existe o no peligro de fuga el juez tendrá en cuenta: 1) Arraigo en el país del imputado (domicilio, residencia habitual, asiento familiar, negocios, trabajo, facilidad para abandonar el país); 2) Gravedad de la pena esperada (más de cuatro años de pena privativa de la libertad); 3) Actitud del imputado para resarcir el daño; 4) Conducta y sometimiento al proceso penal.

## **3.- Del peligro de obstaculización del proceso**

De acuerdo con el Art. 270° del NCPP, se tendrá en cuenta si el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

## **4.- De la audiencia y resolución**

Según el Art. 271° del NCPP se establece que la Audiencia de procedencia o no de Prisión Preventiva se realizará dentro de los dos días (48 horas) siguientes al requerimiento del Fiscal, siendo obligatoria su participación, así como la del imputado, defensor (privado o público). Sin embargo, si el imputado se niega a estar presente en la audiencia será representado por su abogado y se llevará a cabo la audiencia notificando al imputado con la resolución de la audiencia dentro de los cuarenta ocho horas (48) de concluida la misma.

## **5.- De las responsabilidades de los operadores del Derecho**

El juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no lleva a cabo la Audiencia de Prisión Preventiva. También el fiscal y el abogado serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia.

## **6.- Motivación de la resolución de la Audiencia de Prisión Preventiva**

El auto de prisión preventiva será: a) Especialmente motivada; b) Con expresión

sucinta de la imputación; c) Con fundamentos de hecho y derecho, y; d) Con las citas legales pertinentes.

### **7.- Medidas que puede adoptar el juez en una Audiencia de Prisión Preventiva**

El juez puede optar a la conclusión de la audiencia por: a) Declarar fundado el requerimiento y dictar prisión preventiva; b) Declarar infundado el requerimiento y dictar medida de comparecencia restrictiva o simple.

### **8.- Duración o plazo de la Prisión Preventiva.-**

La duración de la prisión preventiva puede ser: a) Hasta nueve meses, en casos comunes; b) Hasta dieciocho meses (un año y medio) en casos complejos. Cabe agregar que de acuerdo con los fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre agravio constitucional, en el Expediente N° EXP. N.º 01014-2011-PHC/TC, este expresa: “*b*) resulta impertinente la motivación de la Resolución de fecha 15 de octubre de 2010, en cuanto argumenta que “*la prolongación de la prisión preventiva de 9 meses a 18 meses es automática*”. El plazo y la prolongación de la pena privativa de la libertad no sólo deben solicitarse por el fiscal, sino que no puede ser “automática”, como se indicó en la resolución recurrida.

### **9.- Libertad del imputado**

La libertad del imputado se dará al vencimiento del plazo de la prisión preventiva, sin la sentencia de primera instancia.

### **10.- Cómo procede la libertad de quien cumple prisión preventiva**

El juez decretará la libertad al vencimiento del plazo de prisión preventiva a) De oficio; b) A solicitud de las partes.

### **11.- Prolongación de la prisión preventiva**

La prisión preventiva se puede prolongar sin exceder los dieciocho meses (un año y medio), en casos complejos, por petición del fiscal.



## **12.- Apelación de la prisión preventiva**

La resolución de Prisión preventiva podrá ser impugnada mediante recurso de apelación presentada ante el juez de Investigación Preparatoria, elevada a la Sala Penal respectiva, quien conocerá del mismo.

## **13.- Instancias en las que se conoce la Prisión Preventiva**

La prisión preventiva es conocida por: 1) Juez de Investigación Preparatoria [inicio del proceso. En esta etapa se da el requerimiento de prisión preventiva por parte del fiscal]; 2) Juez Penal Unipersonal [demanda de Hábeas Corpus por exceso de carcelería, superación del tiempo de prisión preventiva]; 3) Jueces Penales Colegiados; 4) La Sala Penal de Apelaciones (en apelación, demanda de hábeas corpus); 5) Tribunal Constitucional (en recurso de agravio constitucional contra la Sala Penal respectiva).

## **V.- PRESUPUESTOS MATERIALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA DOCTRINARIAMENTE**

La Prisión Preventiva debe considerar previamente la existencia de ciertos “presupuestos procesales”, que son las garantías que aseguren el dictado de dicha medida como *excepcional*, por cuanto se afecta un derecho fundamental como la libertad ambulatoria; siendo además que esta *excepción* tiene efectos directos en el derecho a la vida y conexos; cuestión que parece no haber sido considerado puesto que cuando se priva de libertad al imputado, su internamiento afecta directamente a su integridad física y mental. Los presupuestos materiales son los siguientes: 1) Elementos de convicción; 2) Prognosis de la Pena; 3) Peligro Procesal.

### **1.- ELEMENTOS DE CONVICCIÓN SOBRE LA VINCULACIÓN DEL IMPUTADO CON EL DELITO**

Este presupuesto material consiste, de acuerdo con el Artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal, en que el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, mandar a la cárcel al imputado, si

atendiendo a los primeros recaudos, investigaciones preliminares, puede determinarse la concurrencia de “fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”. En este presupuesto deben concurrir los factores: a) Graves y fundados elementos de convicción; b) Vinculación del imputado con el delito.

Al respecto, José Ascencio Mellado escribiría que “No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero si, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes.” (Ascencio, pág. 5).

Por su parte, José Neyra Flores indicaría la necesidad de existencia de los siguientes elementos: **“a. Vinculación a los hechos o fumus bonis iuris.-** Este presupuesto es un análisis acerca de la apariencia de la comisión del delito, es decir si existen suficientes elementos de convicción que señalen que el imputado ha cometido el delito -pero no en grado de certeza que solo se exige en los fallos condenatorios-, en ese sentido San Martín Castro (11) (citando a ORTELLS) señala dos reglas del fumus bonis iuris o fumus delicti commissi: 1. La constancia en la causa de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, que debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; 2. El segundo está en función del juicio de imputación contra el inculcado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad- acerca de su intervención en el delito.”. A su vez el mismo César

San Martín mediante Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, respecto a Circular sobre Prisión Preventiva, de fecha 13 de septiembre del 2011, escribe en el Segundo Considerando: “**SEGUNDO.-** Que el primer presupuesto material a tener en cuenta -que tiene un carácter genérico- es la existencia de fundados y graves elementos de convicción -juicio de imputación judicial- para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti commissi*]. / Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos -del material instructorio en su conjunto, de que el imputado está involucrado en los hechos. / No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad). / Luego, como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosismo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico. El Juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad. / Si no se cumple con el primer presupuesto material y el inicial motivo de prisión, el Juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal. / Por el contrario, si en el caso específico se cumple con ambas exigencias el Juez debe valorar, como segundo motivo de prisión, la presencia de los peligros de fuga y/o de obstaculización probatoria -de menor intensidad, en especial esta última, conforme avanza el proceso-. Ello es así porque la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, (i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena].”

Así, se puede entender que los elementos de convicción son respecto a la efectiva realización de la comisión de un delito, y de la vinculación del imputado a dicho delito. Es decir, primero tiene que determinarse si existe el delito, y luego si éste se puede imputar o “vincular” a determinada persona.

En una primera acepción propia, consideramos que esta operación, la de vincular al imputado con el delito, no puede hacerse sobre la base de testigos, porque estos pueden o no decir la verdad, porque dichas declaraciones son susceptibles de error, demasiado frecuente; o porque puede ser subvertido muy fácilmente a través de dádivas, amenazas, incentivos, etc.; y, puesto que el Derecho Penal no puede basarse en presunciones, pues su constitución (aplicar una pena privativa de la libertad o internamiento provisional) y efecto no pueden ser reparados ni resarcidos. No debe olvidarse que lo afectado en un internamiento es siempre la vida (calidad, integridad, salud, mental o física) y no sólo el derecho ambulatorio.

¿Cómo vincular al delito con el imputado? Pues a través de *instrumentos ciertos y verificables* (como hubiera dicho Karl Popper, con su teoría del falsacionismo). Si dicho elemento no puede ser verificable, no puede surtir como indicio y menos como elemento de convicción. Así, para vincular dos objetos de conocimiento, un hecho (delito) con un sujeto (imputado), es necesario tomar en cuenta: 1) El tiempo, 2) El espacio, 3) El motivo, 4) Las probabilidades de ejecución, 5) Los instrumentos de ejecución, 6) Las condiciones psicosomáticas del imputado, entre otros factores, que permita muy alta o máxima probabilidad de certeza y una muy reducida o mínima proporcionalidad de error. Esto debe medirse siempre como porcentaje de certeza versus porcentaje de error. Surge inmediatamente la pregunta de cómo se miden estos porcentajes mínimos y máximos. Ensayemos una respuesta y propuesta matemática. Si existen cuatro elementos (o más) de certeza (peritajes, documentos, huellas, etc.) y un elemento de error (que el imputado afirme documentariamente no haber estado en el lugar de los hechos), se puede tener una apreciación de mayor proporción en la certeza y menor en el

error. Ahora bien, los instrumentos documentarios deben ser equivalentes para poder medirse o compulsarse. Una fórmula de lo que planteamos sería:

$$FP = \frac{MC}{ME} = P_{Final}$$

$$MC = \frac{IC}{IE}$$

$$ME = \frac{IE}{IC}$$

**Donde:**

FP = Fórmula de ponderación

MC = Margen de convicción

ME = Margen de Error

IC = Instrumentos de convicción

IE= Instrumento de Error

**GRAVES Y FUNDADOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN**

En nuestra actual legislación se preceptúa como requisitos para poder imponer la prisión preventiva que ésta se motive en graves y fundados elementos de convicción, que son -según sea el tipo delictivo- un grupo de instrumentos que causen convicción respecto a la autoría o participación del imputado; estos pueden ser, por ejemplo, documentos, declaraciones, actas, pericias, hallazgos, intervenciones, certificados médicos, certificados psicológicos, actas de registro domiciliario, protocolos de necropsia, fotografías, etc., los mismos que servirán para construir argumentativamente fundados elementos de convicción, siempre y cuando se planteen de tal forma que no quede duda de aquello. La convicción se refiere a que el juez pueda prever que de no dictar la prisión preventiva como última ratio, se atente contra un debido proceso, se permita la impunidad, se

ponga en peligro la salud pública, se arriesgue los bienes jurídicos fundamentales protegidos por todo Estado de Derecho, exista riesgo de obstaculización del proceso, fuga del imputado, etc.

A fin de darnos una noción global del asunto, es necesario enunciar cuáles son los comunes y más utilizados instrumentos postulados como "graves y fundados elementos de convicción", observando en primer lugar que estos se constituyen de acuerdo con el tipo delictivo en debate. Para ello usaremos la experiencia en el Distrito Judicial de Huara, de donde se ha extraído la siguiente información estadística en la aplicación de la Prisión Preventiva (Esto de acuerdo con lo observado en las actuaciones judiciales penales de la Corte Superior de Justicia de Huaura; agradeciendo los valiosos aportes de una magistrada penal, en dicha jurisdicción).

**a) En los delitos de Robo Agravado.-**

En este tipo de delitos, enunciados como contra el patrimonio, se han observado como factores o instrumentos utilizados para acreditarse como graves y fundados elementos de convicción, las declaraciones del agraviado, declaraciones testimoniales, las Actas de hallazgo y recuperación (que pueden haber sido realizadas por unidades de la policía, como la Sección de investigación de robo vehicular, etc.), Actas de registro vehicular, Acta de situación vehicular, Acta de intervención policial, Acta de registro domiciliario, Acta de registro personal, Acta de Incautación, Acta de verificación con cámara fotográfica de la toma de huellas para homologación de impresión de huellas obtenidas en la escena del crimen, municiones encontradas sin percutir, cantidad y calibre, manifestaciones policiales, Intervención vehicular registrada en Acta, Informe de la Región Policial, Fotografías de bienes muebles inmuebles (casas), o hechos ilícitos, Certificados Médicos Legales, Registros de empadronamiento vehicular de la municipalidad, Reglamentos de las instituciones pertinentes, como por ejemplo, el Reglamento Nacional de Transporte Público Especial de Pasajeros en vehículos motorizados o no motorizados (Decreto Supremo N° 055-2010-MTC),

Declaraciones testimoniales, Actas de entrega de detenidos por civiles o Arresto ciudadano (caso de Serenazgos), Actas de reconocimiento de rueda del vehículo de los imputados (en el caso por ejemplo de vehículo usado para delinquir), Actas de registro personal e incautación practicado a intervenidos, etc.

Todos los instrumentos o actos enunciados corresponden a prácticas realizadas por la policía, peritos, etc., por lo que cabe preguntarse si estos sistemas pueden ser falseados, si puede haber la posibilidad que, por ejemplo, se "siembre" indicios, o elementos que incriminen o vinculen un hecho delictivo a una persona determinada. Este problema, que al parecer pasa por lo general desapercibida en las teorizaciones jurídicas es un tema fundamental para garantizar los derechos fundamentales; más si se tiene como folclore o cosa común que los integrantes de la policía, por ejemplo, tengan fama de corruptos, y que trafiquen con los hechos y datos de sus intervenciones policiales, ya sea infraganti o en sus informes. No cabe despreciar dicha preocupación si recordamos las contradicciones aún en disputa de un peritaje realizado por la Fiscalía contradicho por peritaje privado en el caso de la famosa cantante peruana Edita Guerrero, fallecida en circunstancias que también se debaten entre muerte por suicidio, enfermedad, asesinato. El problema en este caso residirá sobre la seriedad y veracidad de lo afirmado por diversos peritajes, con instrumentos que se pretenden científicos, o técnicos. Recordemos que un conocimiento es científico si puede ser una ley universal, además de verificable. Si dicho conocimiento no puede ser verificable deja al instante de ser científico, ciencia.

Los instrumentos para acreditar graves y fundados elementos de convicción se ajustan siempre al tipo delictivo, así en un robo agravado, los instrumentos presentados deben ser aquellos que acrediten la tipificación del delito cometido y la relación de este hecho con el imputado. Estos instrumentos deben someterse a cierto control de veracidad, probidad, confiabilidad y certeza, porque de lo contrario podrían presuponerse arbitrarios o inventados. Por ejemplo, ocurre en la realidad que muchos casos en los cuales interviene la policía y que son de mera

rutina, y en las cuáles interviene obligatoriamente la fiscalía como parte del sistema de control de la legalidad del acto, puede ocurrir que la fiscalía sólo firme en su despacho, simulando su participación. Aquí cabe hacer una estadística sobre en cuántos actos policiales el fiscal tiene la posibilidad de firmar el acta policial sin realmente haber asistido a dicho acto, por diversas causas, imposibilidad física, material, económica, etc. (Esto será materia de otro libro, denominado: “Las pruebas inventadas en el Derecho”).

En este punto, la afectación es el patrimonio, la sanción debería corresponder o ser proporcional al mismo, es decir, si hay afectación al patrimonio ¿por qué se castiga el cuerpo, la vida y la salud, con la prisión preventiva? No hay, a nuestro parecer, correspondencia entre delito y sanción o medida cautelar de prisión, a pesar que nuestro sistema penal tiene larga data, y en la cual habríase superado incluso las cláusulas de la antigua Ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente), parece que el principio de correspondencia que buscaba dicho enunciado no se ha perpetuado. La correspondencia no supone causar un daño irreparable (como la prisión), sino ser congruente, proporcional, correspondiente con el tipo delictivo. No se entiende entonces el fenómeno de la sanción privativa de libertad en los delitos patrimoniales; siendo lo peor de dicha circunstancia que el derecho procesal, sujetado en el positivismo, no busca ya otras soluciones sino da vueltas sobre las mismas, perpetuando el error.

#### **b) En los delitos de Violación Sexual.-**

En este tipo delictivo los instrumentos utilizados para fundamentar "graves y fundados elementos de convicción", pueden ser, entre otros, las siguientes: Declaraciones de las agraviadas a nivel de la Fiscalía, Declaración indagatoria de testigo, Reconocimiento fotográfico de Imputados, Ficha de Reniec (utilizada para el reconocimiento fotográfico, por ejemplo), Paneux fotográfico en carpeta fiscal, Declaración de testigo clave, Acta de reconocimiento de imputado, Certificado médico legal practicada a agraviada, Protocolo de pericia psicológica, entre otros.



Este tipo de delito tiene que observarse desde otra óptica, diferente a aquellos delitos que afectan al patrimonio, puesto que una violación sexual significa una vulneración mucho más grave por el hecho en sí, y por los efectos permanentes e irreparables causados (recordemos que en el delito contra el patrimonio éste puede recuperarse, por ser un objeto, que si bien afecta a nuestra propiedad e incluso a nuestra capacidad, -posibilidad de riqueza o posibilidad de acumulación legal de riqueza económica-, aquella no se dirige contra nuestra integridad física o psíquica). Es necesario recalcar, por ello, que en los delitos de violación sexual no existe posibilidad de resarcir el agravio causado, de reparar o volver a anterior estado o situación, lo que define este tipo delictivo.

En este tipo de delitos (violación sexual) la afectación siempre va en partida doble. Por un lado, la afectación física, al cuerpo, pues cuando una mujer ha sido ultrajada sexualmente sufre un desgarramiento o lesión en su integridad corporal y se produce además aquel acto produciendo un efecto inmediato de dolor físico (independiente del psíquico). Este dolor físico sufrido no puede resarcirse, no se puede luego tampoco reparar, porque es inmediato a la afectación, además es irreversible. El dolor puede detenerse pero no repararse (como sí se podría reparar el robo de una laptop devolviendo al dueño la laptop, por ejemplo); por eso el agravio y daño es permanente e irreparable. El daño es una experiencia (algo que ya pasó, inmodificable, y que puede servir como medida de conocimiento) en negativo. Así, en la violación sexual se pueden observar dolor físico y daño físico. Cabe aclarar que el dolor físico es distinto al daño físico causado; pues mientras el dolor físico se produce en el mismo acto de vulneración el daño físico nacido en dicho momento se perpetúa en el tiempo. No obstante, estos dos (dolor y daño físico) están íntimamente ligados, pero mientras uno puede desaparecer en el tiempo, el otro queda como un reflejo permanente en cicatrices, o lesiones, que a su vez puede producir una nueva físicas o mentales que han modificado el anterior estado corporal de la víctima. Así, el dolor físico es un daño temporal mientras que el daño psíquico es permanente (mientras exista recuerdo), que a su vez puede producir un nuevo dolor –esta vez mental.

En este contexto, se observa siempre en todo delito dos tipos de afectaciones, agravios, que pueden variar de género, grado, intensidad, temporalidad, centro u objeto de afectación (patrimonio, la integridad física, la vida, la salud, etc.), que son la afectación material o física y la afectación psíquica; ésta última parece ser la afectación más grave (exceptuando, por supuesto, la vida), pues el daño no es observable necesariamente, es difícil o imposible medirlo claramente, y por lo tanto, no se puede saber a ciencia cierta cuáles serán los efectos exactos de dicho fenómeno; y esto repercute en la sociedad que se verá afectada en cuanto el individuo interactúe.

Desde el lado psíquico, la vulneración es a la voluntad de la persona, aquel factor que permite al ser humano, entre otras, decidir que conducta asumir, que preferencias tener, que tipo de vida elegir, que pareja elegir, con qué persona tener relaciones sexuales, y con cuáles no, por ejemplo. Por eso, el delito de violación sexual se configura siempre y cuando la "voluntad" (en este caso capacidad para decidir elegir con quien tener relaciones sexuales) ha sido vulnerada, impedida, trasgredida, violada.

Ahora bien, la dificultad de poder verificar, comprobar la trasgresión de la voluntad hace más complicado un juicio sobre este tipo delictivo. Ante el hecho, si no es flagrante, ¿cómo se comprueba que existió una violación de la voluntad?, Recordemos que no es la relación sexual, o la vulneración de la sexualidad lo que se debe probar, sino la violación de la voluntad de tener esa relación sexual, lo afectado es nuestra capacidad de elección de sexualización.

Así, una certificación del médico legal, sobre si existen indicios de la relación sexual (semen en el interior de la vagina, desgarros vaginales recientes, equimosis en las paredes vaginales, en la entrepierna, etc.) pueden demostrar que hubo relación sexual, pero no necesariamente demuestran que fue contra la voluntad, porque éste es un fenómeno subjetivo, interno, mental, y no existe un instrumento

que pueda medir exactamente el contenido de la voluntad, del pensamiento, del querer o no querer. No existe la medida de la voluntad como se puede medir un objeto, con una balanza. ¿Cómo poder demostrar entonces que se ha violado la voluntad? Sólo los instrumentos externos nos pueden dar indicios inmediatos de aquello, u otros directos, como por ejemplo, un video, un audio, fotos; pero incluso aquellos no son la voluntad, sino expresiones, representaciones de la voluntad. Los gritos de repudio, el llanto de la víctima, los forcejeos, son representaciones de la voluntad, pero no son la voluntad. Se está ante un fenómeno difícil de aprender, y por eso es mejor tener un grado mayor en pronunciarse sobre el mismo. La violación sexual es un acto reprobable, cruel, sancionable drásticamente, pero imputar aquello a un inocente es igual de reprobable, cruel, injusto.

Vista esta singularidad, la práctica de pericia psicológica es muy importante. No obstante, este instrumento no es infalible, no es cien por ciento exacto pues las relaciones que se pueden hacer en test psicológicos, pueden responder a lineamientos mentales, pero la mente de cada ser humano es siempre diferente, con sus similitudes. Bajo esta perspectiva, la psicología es sumamente importante pero no infalible. Ahora bien, siendo la afectación directa a la voluntad (capacidad para decidir tener o no relaciones sexuales, y con quien tenerlas), podría preguntarse si este tipo de afectación es diferente en una u otra persona. Si el daño afecta a unas más que a otras. Esto es obvio que sea así. Por eso la sanción debe también graduarse en medida del daño causado, y los efectos del mismo, para la imposición de la sanción.

Por otro lado, las declaraciones testimoniales en estas causas son importantes, pero tampoco pueden ser concluyentes, porque lo que observa, piensa, concluye un individuo puede ser diferente del otro. Además la veracidad de lo testificado sólo puede apreciarse entrecruzando información, por no ser una prueba directa, sino indirecta. Así, en todos estos casos las supuestas pruebas son indirectas porque la voluntad es interna, está en la persona, como un sentimiento, un

pensamiento, y como tal no puede apreciarse directamente, sino a través de sus comunicadores, o representaciones, como el llanto, la ira, una determinada conducta, etc.

El tema sería sencillo si por ejemplo la simple palabra de la mujer, o de la persona violentada sexualmente se tomara como cierta, pero cabe la posibilidad que tal dicho sea falso. Y además porque siendo la voluntad una representación no es posible verla objetiva y directamente, sino representada a través de determinados instrumentos.

Vemos que en este tipo de casos lo priorizado es la afectación a la voluntad antes que la afectación al cuerpo, pues toda lesión producida se subsume, integra, o sucumbe dentro de la afectación a la voluntad. Los otros aspectos, como por ejemplo, que se haya usado violencia, concertación de más personas, lesiones en el cuerpo, etc., se subsumen, no se convierten en otro tipo delictivo (como podría ser el de delito de lesiones, etc.).

#### c) En los delitos de Femicidio

Se aprecia que se han usado como instrumentos para acreditar los "graves y fundados elementos de convicción, entre otros, Declaraciones testimoniales practicadas en el Ministerio Público, Constancias de propiedad de arma con el que se cometió el homicidio, que es emitida por la Discamec, Declaraciones testimoniales, etc.

El delito de Femicidio, introducido en nuestra legislación recientemente en el Perú, ha enfatizado la defensa y protección de la mujer, así como el castigo a quienes atenten contra la vida de las mismas. En la teoría, el Femicidio es un tipo de homicidio, agregándole la condición que dicho acto ilícito se dirija contra un tipo de persona, clasificada, identificada por su género, que sea mujer. Esto tiene una priorización de la mujer por su cualidad de indefensión o de inferioridad física frente al hombre.

La ley de Femicidio se aprobó y promulgó, y no por ello se pueden establecer ya disminución en los agravios o violencia contra las mujeres. La solución aún está por construirse; no necesariamente con normas, sino con estrategias y políticas educativas, de manejo y autocontrol demográfico, de natalidad, etc. El Derecho está precisamente creado para regular estos temas, para impedir los excesos de poder, de humillación, o para detener, castigar o reparar los daños causados ilícitamente.

En los delitos de Femicidio los instrumentos o graves y fundados elementos de convicción juegan un papel mucho más importante, porque se trata no de una persona que atenta contra el patrimonio de otras personas, sino contra un derecho fundamental por su naturaleza intrínseca: la vida. El riesgo es mayor, porque de dejarse libre a un culpable la vida de otros seres humanos puede correr peligro; y, por otro lado, si se encierra a un inocente la vida de éste se daña irreparablemente.

Las razones del Femicidio por lo general son producto de los celos; esto nos remite al instinto, a reacciones emotivas que por pareciera no se pueden controlar; sin embargo, los celos nacen de condiciones sociales no naturales necesariamente. Aunque esto no esté debidamente explicado, puesto que incluso en la naturaleza existen grupos de animales que pelean por su pareja animal. Los celos son un producto social, nacida de una sociedad conservadora e hipócrita que educa que una mujer sólo debe tener una pareja, que sólo puede tener relaciones sexuales con una persona, y que si por el contrario tiene varias parejas sentimentales o sexuales, estaría dañando la integridad moral del hombre, su vanidad viril; provocando este conocimiento conductas, tensiones, resistencias, según sea el grado de tolerancia del individuo, pero en todo caso siempre produce un sentimiento adverso.

Lo anteriormente reseñado nos muestra cómo nos encontramos con un fenómeno muy complejo producido por un fenómeno cultural, no natural. Evitar los

feminicidio, como ahora se denominan a los homicidios de mujeres, no se inicia con la sanción, porque este es un castigo no una solución; aunque el castigo tiene que imponerse pues debe evitarse la impunidad. Pero la solución de este fenómeno delictivo no se encuentra en la sanción sino en la prevención, en la cultura antes que en el Derecho. Evidentemente la mujer es inferior en fuerza física al hombre, por lo que una lucha entre ambos siempre será desigual. No hay equivalencias de fuerzas. Entonces, se tiene que trabajar en la mente del hombre, por un lado, y en la mente de la mujer por el otro. Lo primero supone reeducar o redirigir la cultura respecto a la sobre exposición del hombre como macho polígamo y a la mujer como hembra monógama. Esto no es fácil, porque involucra factores complejísimo como la vanidad, el ego, el amor propio, el auto reconocimiento, etc. Si el hombre no siente que la mujer debe ser exclusiva de él, entonces no tendría este tipo de celos (estos -los celos- se constituyen de diversa forma, puede ser que presenten como exteriorizaciones de la vanidad -vanidad supondría que una mujer te quiera exclusiva y excluyentemente, etc.). Para poner un ejemplo que los celos -su contenido- pueden ser de diversos tipos podríamos recordar a los esquimales, que narrada extraordinariamente en una película “casi documental”, titulada “Los dientes del diablo”, protagonizada por Anthony Quinn, y basada en la novela “Top of the world” de Hans Ruesch, donde se narra que los esquimales prestaban a sus mujeres a sus visitantes, para que rían (reír, según se observa en la película es tener relaciones sexuales), siendo que allí los esquimales no tenían mayor problema que sus mujeres tuvieran sexo con sus invitados, y por el contrario son ellos quienes ofrecen como acto de cortesía a sus mujeres para tal acto, ofendiéndose si sus invitados no aceptan tener sexo con su mujer. Aquí la pregunta, ¿Qué tipo de celos puede existir en este tipo de sociedades? ¿Puede haber feminicidio, homicidio de una mujer por que ésta tuvo relaciones con otro? Como se aprecia en el ejemplo, los celos pueden derivarse de otro tipo de condicionamientos o discursos culturales, sociales (error de tipo culturalmente condicionado se señala en nuestro ordenamiento jurídico).

La solución, lo remarcamos, puede estar en los condicionamientos culturales sobre las relaciones con las mujeres. Difícil tarea pero plantea que el problema es cultural, mental, en primer lugar. El ordenamiento jurídico no puede regular la mente, sólo puede sancionar los actos derivados y externalizados de ella en las conductas. El problema del feminicidio -si realmente se quiere encontrar soluciones, y no sólo castigos, confundiendo estos con la solución- está en ahondar más en los condicionamientos culturales; esta se refuerza si recordamos que los instintos (como el autoreflejo) también son creados por la mente, y que los celos son un reflejo instintivo creado también por nuestro condicionamiento cultural.

Una persona que actúa por celos está condicionada por sus instintos, que luchan contra la razón, y ésta sólo aparece después, no es anterior sino posterior al instinto. La rapidez en que se reacciona racionalmente es una estrategia que se tiene pues que cultivar, como una lucha contra los descontroles de nuestra naturaleza, de nuestros instintos.

El amor es otro de los factores que se involucran en este tipo de delitos. Los hombres matan por amor. El amor es también un invento social, así como la idea que tenemos de nuestra media naranja. El hombre, así como la mujer, puede amar infinidad de veces. Lo contrario sería reducir y contradecir la propia naturaleza humana. ¿De qué dependen estos sentimientos llamados amor? Necesidad de copulación, sentimiento de felicidad, proyección de la felicidad, entre otros. En todos estos factores está la felicidad involucrada como el patrón o medida que define las posteriores conductas. De esta forma una persona infeliz siempre intentará acabar con dicho estado, se descontrola ante este sentimiento de infelicidad, y termina obnubilándose. Químicamente aquello de la felicidad o tragedia se produce por una composición genética. En este contexto -como Lombroso- podría predecirse los condicionamientos o tendencias de las personas, pero no definirse o determinarse este direccionamiento, porque otros factores - sociales, culturales, biológicos-, los podrían redimensionar y redirigir.

Así, el problema con el amor es que tiene ciertos "condicionamientos culturales" que funcionan como principios que activan la conducta. Por ejemplo, enunciados como los siguientes nos darán una noción general del condicionamiento cultural del amor: "El amor todo lo perdona", "Por amor lo hago todo", "Te pego porque te quiero", "Más me pegas más te quiero", "Déjalo que me pegue, es mi marido", "Lo perdono por nuestros hijos", "Él va a cambiar", "Para retenerlo hazle un hijo", "Si te ama te querrá como eres", y frases de naturaleza absoluta, incondicional, que rompen los ordenamientos normativos sociales, morales, culturales y jurídicos; que son incluso incorporados dentro de los sistemas normativos de aquellos que se encargan de hacer justicia. Y por último cabe señalar como caso a estudiar la obra del ius filósofo Fernando De Trazegnies Granda, con su obra "Ciriaco de Urtecho, Litigante por amor", o la obra de Gabriel García, con su obra "El amor en los tiempos del cólera", donde inserta el prejuicio que el ser humano tiene un sólo amor verdadero en toda su vida. (García Márquez revela en una especie de entrevista en la cual participaban él y Pablo Neruda, que éste último había sido el propulsor de su nominación al nobel).

Lo que pretendo con este mínimo discurso sobre el amor, es explicar que está basado en prejuicios o condicionamientos culturales, alimentados por verdades a medias, de escritores, políticos, educadores, periodismo, sociedad, etc., que esparcen dichos conceptos y contribuyen a permitir o construir los sentimientos que llenarán el contenido de aquello que luego es la causa de los celos, y que puede convertirse luego en un feminicidio.

El Feminicidio no debería ser sólo un producto normativo, sino un intento de resolver problemas que van más allá de la sanción, en los reflejos e instintos producidos por la sociedad, respecto a lo que es y lo que se puede hacer en nombre del amor (todo), y en la falta de fomento del aprendizaje de la celeridad en las reacciones racionales antepuestas a las instintivas. El homicidio de una mujer es, en la mayoría de los casos del feminicidio, producto de un mal



concebido amor, celos machismo, sexualidad exclusiva y exclusiva de pareja, conceptos que se engendran en nuestra sociedad como absolutos, y se interiorizan como celos que pueden culminar, o exteriorizarse en el homicidio de la mujer.

Podríamos preguntarnos por qué no ocurre el mismo nivel o estadística de homicidios de hombres, de hombricidios (nombre tan inadecuado como el de feminicidio); pues porque el inconsciente colectivo permite que los celos respecto a los hombres sean de menor intensidad, sean de distinta conformación. Por ejemplo, una mujer no se sentirá tan defraudada por un hombre si éste le es infiel porque es regla social que aquello sea considerado natural en el hombre y socialmente permitido; que es de machos ser infiel, que es común y merecemos más bien admiración social. De esta forma en el interior, subconsciente de la mujer, este tipo de hechos es natural, común, socialmente condicionado como aceptado, por eso el dolor respecto a la infidelidad del hombre no considerada tan dramática o dolorosa para la mujer, porque aquello ya está condicionado culturalmente. Por el contrario, al hombre le cuesta más aceptar una infidelidad de su mujer. Esto es ¿una cuestión de la naturaleza? No, es un producto de la sociedad, de la germoeducación.

d) En los delitos de violación sexual de menor de edad

En estos delitos (menor de 14 años de edad), los instrumentos utilizados para acreditar graves y fundados elementos de convicción, según se observa, han sido: Declaraciones de los padres de las menores agraviadas, constancias de las psicólogas de las respectivas postas médicas, protocolos de pericia, actas de inspección técnico criminalístico efectuadas por el Ministerio Público, tomas fotográficas, certificados médicos legales (en los cuales se advierta los signos de desfloración antigua, desgarros que hubieran, lugar y dirección de los mismos de acuerdo con la simbología del horario), entre otros.

Este tipo delictivo es complejo de por sí, puesto que se trata de menores de edad, los mismos que son divididos por etapas o edades, de acuerdo con nuestra

legislación, y a los cuales se les asigna un tipo de capacidad -relativa, absoluta-, etc.

Por otro lado, si en la violación sexual apreciamos que el delito afectaba la voluntad de la persona, y que todos los otros derechos vulnerados se subsumían dentro del anterior, en el caso de los menores de edad, las circunstancias se presentan distintas y más graves, porque la voluntad (que en una persona mayor de edad se presume absoluta, completa) no puede ser catalogada de igual forma. La voluntad, o capacidad para decidir qué conducta asumir, qué hacer o no hacer, no está formada totalmente en el menor de edad. De tal forma que el delito de violación sexual no sólo afecta la voluntad, sino se enfrenta ante la imposibilidad del menor de tener una voluntad definida, completa, absoluta, puesto que un niño no tiene aún definidos los conceptos de bueno o malo, de lícito o ilícito, porque estos conceptos provienen de la sociedad y no de la naturaleza, no vienen inherentes al individuo, persona, desde su nacimiento, sino que son adquisiciones, adhesiones, que permite o sufre la persona; por lo tanto, necesario que primero se sepa la diferencia entre uno u otro elemento o conducta, si existe un comportamiento permitido y si existe otro no permitido, no puede atribuirse al menor de edad que sepa sobre el daño que se le está infiriendo, y su voluntad es fácilmente manejable, y, en extremo, podría afirmarse que el menor de edad aún no tiene voluntad –conciencia absoluta del porqué de sus decisiones y conductas.

El procedimiento cognoscitivo, de conocimiento, para conocer del menor de edad puede desarrollarse normalmente, pero no es así de sencillo que discierna sobre lo que es bueno o malo, delictivo o no delictivo, lícito o ilícito, etc.; porque estos son condicionamientos sociales. El ser humano enfrentado a su naturaleza puede saber si algo le gusta o no (esto lo hacen los sentidos), pero en su primigenio estado natural no discrimina entre lo bueno y lo malo, lícito o ilícito, porque estos son conceptos sociales que se originan y necesitan del consenso o imposición social. Así, por ejemplo, un niño no sabrá si tomar un objeto (un televisor, celular) de otra persona y apropiárselo sin consentimiento del dueño, titular, es un delito

llamado hurto, porque estos conceptos son contranaturales, sociales, no responden a los sentidos porque son construcciones mentales. Un niño no sabrá porqué algo que le puede producir placer es vedado o malo para él. De aquí que el conocimiento moral sea antes que el jurídico, que la moral (bueno, malo) se conozca antes que lo jurídico (lícito, ilícito).

Por otro lado, el sistema educativo social se contrapone y antepone al sistema individual. Por eso, adecuar nuestros instintos (o detenerlos) en favor de la sociedad es una perturbación o perversión del individuo, de sus instintos primigenios y naturales (sobre la educación de los niños habría escrito ya Jean Jacobo Rousseau, en su obra "El Emilio"). El delito así concebido es una creación social.

En las violaciones a menores de edad, el caso es complejo, porque no sólo se está atentando contra la voluntad -parcial- de la persona, sino se lesiona el futuro social, mental, cultural, del niño (si todos le dicen que lo que le ha pasado es lo peor del mundo que le puede haber pasado a persona alguna, entonces, este sistema mental repercutirá en el menor de edad).

El agravio a la integridad física y psíquica del menor de edad, en este tipo de casos, es mayor que en el de los mayores de edad, porque el delito aprovecha la capacidad en formación o relativa del menor de edad, de su insuficiencia, de su poca capacidad de reacción física y psíquica para evitar el daño. El consentimiento del menor por ello no es tomado en cuenta, porque su falta de adecuación social a las normas no se ha completado aún, por su imposibilidad genética para comprenderlas, por su incapacidad genética para tener voluntad (conciencia y libre arbitrio absoluto de sus decisiones y conductas).

Por ello es trascendental estudiar las nociones que, sobre la formación del individuo en su menor de edad, hace Sigmund Freud (sus teorías del complejo de Edipo, sobre la interpretación de los sueños, y otros tratamientos mentales, que

pueden darnos una idea de la conformación compleja del niño. Se puede leer también las obras de Mario Vargas Llosa, "Elogio de la madrastra", y "Los cuadernos de don Rigoberto", así como la singular biografía, en su etapa infantil, de autores como John Stuart Mill y Beethoven, concluyendo con las obras de Michel Foucault, sobre la Historia de la Sexualidad.

Los graves y fundados elementos de convicción a utilizar deben versar sobre aquellos instrumentos utilizados para manejar la incapacidad relativa o absoluta del menor de edad, para decidir, o aceptar tener relaciones sexuales (la violación sexual se centra no en la violencia, sino en que la relación se ha realizado contrariando la voluntad, agravada por el uso de la fuerza, o el vencimiento de la resistencia a través del uso de la violencia o fuerza física o psíquica). Los elementos de convicción deben probar cuáles han sido los instrumentos para vencer la resistencia, sean estos físicos, mentales, sociales, culturales, sentimentales, del menor de edad.

Todo esto último parece estar definido; queda sin embargo la cuestión de analizar cuándo nace genéticamente la necesidad del ser humano de tener relaciones sexuales, cuándo es la fecha en la cual la fertilidad -como un signo de preparación- está en su punto. Esto porque, si bien se afecta a la capacidad relativa o absoluta de uso de la voluntad del menor de edad, no se puede soslayar que se tiene que establecer primeramente porqué y cuándo una norma se convierte en prohibitiva de la naturaleza humana.

Si bien es cierto que la normatividad jurídica es siempre una creación racional, que escapa a la naturaleza, o que la contradice por razones de utilidad social, no se puede obviar la capacidad genética que tiene el ser humano para procrear o su condición natural para la reproducción, porque de lo contrario se estaría atentando contra las posibilidades de vida y supervivencia de los seres humanos; es decir, si el individuo tiene la posibilidad de generar, crear un nuevo ser humano, ¿porque se restringiría esta capacidad genética, natural, sino no es sólo por razones de

protección de la propia sociedad? (en China, según versiones de los inmigrantes chinos en el Perú, se permite a las parejas tener sólo dos hijos, puesto que de superar este número serían sometidos a fuertes multas económicas. Cosa curiosa y contraria pasa en Canadá, donde el rumor popular es que la natalidad es escasa, por lo que utilizan estrategias demográficas para aumentar su población, así extienden invitaciones a los extranjeros que quieran procrear, o a mujeres fértiles).

La naturaleza para crear vida, procrear, es distinta a la permisibilidad para tal hecho. Las razones pueden basarse no sólo en la facultad para decidir sobre la relación sexual, sino en otros factores, como el hecho que el menor de edad no tiene posibilidad económica para sostener, sustentar al nuevo ser, ni siquiera para sostener su propio embarazo. En este contexto se puede también especular sobre los costos que generaría un nuevo ser humano para la sociedad, porque estando organizados para satisfacer las necesidades públicas (salud, educación, seguridad, justicia, etc.), este nuevo ser trasladaría sus necesidades a los demás integrantes de la sociedad, sean estos o no sus padres, por la conformación social en la cual nos encontramos, que subvenciona la paternidad, maternidad, vida y necesidades sociales del nuevo ser.

e) En los delitos de comercialización de drogas

Se ha observado que se han utilizado como instrumentos para acreditar graves y fundados elementos de convicción, entre otros: Actas de intervención por personal policial, Acta de comiso de envoltorios de papel cuaderno biblia, en los que se encontraba la droga y en la que se describe los mismos, su cantidad y detalles mínimos, como la descripción del tipo de droga encontrado, pasta básica de cocaína, heroína, así como la cantidad de droga incautada, etc., Acta de registro personal y comiso de los imputados, realizada por la policía, Declaraciones policiales, acta de registro domiciliario y comiso en las que conste el contenido de droga (ketes de PBC), Actas de prueba de campo, orientación, descarte y lacrado de droga, en el que se indique si se ha hallado alguna sustancia blanquecina al imputado, Acta en la que conste la sustancia comisada sometida al reactivo

químico correspondiente y que diera como resultado "indicativo presuntivo para droga PBC", entre otras.

En este caso debe ponerse al margen el tema de la legalización de la droga, puesto que esto plantearía un diferente y nuevo problema: si subsisten o anulan dichos fenómenos delictivos. Holanda y Uruguay parecen haber concedido el beneficio de la duda sobre los beneficios o perjuicios de la droga, al menos de la marihuana.

En este tipo delictivo la discusión legal se concentra en interpretar la ley, pero el derecho, como sistema componedor de las relaciones sociales, no puede quedarse en sólo la interpretación si existen en mérito a ciertas regulaciones normativas efectos diversos, efectos que son necesarios resolver, que son exigibles de solucionar socialmente. Tiene que buscarse todas las variantes para entender el fenómeno normativo.

Hagamos un supuesto. ¿Qué pasaría si la droga se legalizara en nuestro país? Una hipótesis es que todos los sistemas de distribución reducirían sus costos, la droga dejaría de ser difícil de conseguir, escasa, ilícita, prohibida, y por lo tanto ser comercializada por muchos, los costos, por la competencia, se abaratarían, las mafias para la cosecha, siembra, distribución dejarían de existir o se reducirían al mínimo, puesto que lo que eleva el costo de la droga es su prohibición. Ahora bien, otra hipótesis paralela es que si la droga se legalizara todos estarían tentados a probarla, se expendería en bares, discotecas, almuerzos, cafés restaurantes, etc., y habría hasta ciertas especies de bodegas, chacras, y bufet de exposición, como lo hay hoy en el caso de los vinos, piscos, cerveza. Incluso podría haber tours turísticos, denominados: "La ruta de la droga", al igual que existe los caminos "La ruta del pisco", etc. Además, todos aquellos que quisieran consumir podrían hacerlo libremente, cuando y donde quieran, con las respectivas excepciones legales, y sin correr el riesgo que se los confunda con comercializadores. Los envases de la droga estarían debidamente etiquetados y con los sellos del Estado sobre salubridad y pago de sus impuestos, fecha de caducidad, etc. Las arcas del

Estado aumentarían sobremanera, los padres darían los típicos consejos como cuando se da consejos sobre la bebida del licor, etc. ("Hijo, si te drogas no manejes").

Este paraíso de la droga no existe y no se permite aún, por varios factores o hipótesis que afirman que la droga produce adicción, perjudicando al consumidor, quien a su vez se convierte en un problema para la sociedad, por el miedo a que provoquen el caos, desorden, delincuencia, etc.. Estas concepciones se reafirman con la presentación y exposición de casos dramáticos en las cuales se muestran las casas de rehabilitación, confesiones de personas, famosas o no, que han caído en las drogas, y están en desgracia permanente, etc.

Pero, supongamos, que a pesar de saber todo eso, que las drogas producen adicción, que se deteriora la salud física y psicológica del ser humano, aun así, en base al derecho a la libertad, se permitiera ese paraíso de licitud de las drogas, ¿qué pasaría con nuestra sociedad?, ¿todos se drogarían y terminarían en el desastre?, ¿sería excitante, adrenalínico, consumir una droga que ya no fuera prohibida?, o ¿acaso las personas no se cansarían de consumirla porque éstas son adictivas? Una sociedad así es impensable, al menos en nuestro país y tiempo.

En principio pensamos que no hay nada definitivamente adictivo, porque el ser humano, y el cuerpo mismo, se cansan de lo mismo. Experimentemos un poco. Insistamos en tomar todos los días jugo de banana, o de naranja, o de piña, o cualquier otra fruta, y veréis cómo al cabo de unos días ya estáis aburridos. Igual pasa con la gaseosa, que si bien se la bebe porque está sobre expuesta, y porque la variedad de otras bebidas no logran marcar su diferenciación en el sabor, o en la intensidad al tomarla, igual cansa. Todo cansa. Un drogadicto, alguien a quien le gusta drogarse, y en el supuesto de licitud de la droga, tarde o temprano llegará a cansarse, porque el cuerpo y el gusto no son adictivos, porque por naturaleza no podemos permanecer eternamente consumiendo algo, tenemos que variar. Una sociedad en donde la droga se permitiera terminaría regulándose tarde o temprano,

y así el problema de las mafias nacientes de la prohibición, a nuestro parecer, desaparecerían, y surgirían otros fenómenos a regular. Esto es sólo una hipótesis.

Pronostico, por otro lado, que con el tiempo el gusto o no por la droga podrá manipularse genéticamente. Supongo que debe haber un gen que haga que la droga sea atractiva, produzca los efectos que produce, puesto que todo se trata de química; así el mercado, en este caso, empezará a regularse sólo. Esto parece no haberse expuesto, no se ha problematizado el asunto hasta lograr que se pueda entender que no es una cuestión legal, sino médica, genética, y que el consumo de la droga no es un asunto de *verdad* o *ilicitud* sino de libertad. El ser humano debe tener la opción de drogarse o no, pues de lo contrario dejaría de ser humano. Mientras la ley no la permita habrá que obviar el consumo de las mismas porque este se suele confundir con la comercialización que está sancionado penalmente.

Para ahondar en el tema de la droga podría leerse el libro "El Almuerzo Desnudo" de William Steward Burroughs, así como la obra, "El libro de la hierba", o los artículos de Fernando Savater sobre el tema, como "La invención del drogadicto", el ensayo "Paraísos artificiales" de Charles Baudelaire; o a Aldous Huxley, con sus obras "Un mundo feliz", "Las puertas de la percepción", "isla"; el poema Howl de Ginsberg; la obra "Diario de un inglés comedor de opio", de De Quincey; la obra "On the Road" (En el camino), de Kerouac, entre otros.

Concluyendo, la prisión preventiva en este tipo de casos es con un fin, proteger un bien jurídico (en todos los casos se protege bienes jurídicos, como la vida, la propiedad, la igualdad, la libertad, etc.). ¿Cuál es este bien jurídico protegido? ¿Acaso la libertad, acaso la vida, acaso la competencia desleal? ¿Qué estaría protegiendo el Juez al imponer prisión preventiva en este tipo de casos: la comercialización de la droga?, ¿Se pretende entonces que el imputado no venda más droga, que no malogre la salud pública? ¿Se estaría protegiendo la vida y salud de los ciudadanos?, etc.



No creemos que vender o comercializar deba ser tipificado como un delito, porque lo que en última instancia puede ser dañino para la salud no es la venta ni la compra, sino el consumo, y éste es voluntario. Es decir, quien está vendiendo no obliga al comprador a consumir dicha droga. ¿Cómo puede entonces penalizarse la comercialización, si quien infringe la norma o quien se hace daño no es el vendedor, sino el mismo consumidor?

Resalta, por otro lado, que este tipo de delitos ya no son directamente contra un individuo, sino contra el ordenamiento social, contra el Estado, contra el orden u ordenamiento público.

Otro aspecto es que el drogadicto es un problema para la sociedad; pero si es así, y comete delitos, provenientes de su estado de drogadicción, entonces lo que queda hacer es sancionarlo, o mandarlo al hospital, además de hacerle pagar una indemnización por producir costos al Estado, para integrarlo dentro de la sociedad.

Por último, para aplicar la prisión preventiva hay que observar si el imputado reviste peligrosidad (volverá o persistirá en cometer el acto ilícito que se le imputa), y si se corre el riesgo de obstaculización del proceso, como la fuga, etc.

Aquí una de las razones que creo justificables para la determinación de la prisión preventiva de un imputado: Su peligrosidad, es decir, si su libertad puede producir perjuicios en la sociedad o en cualquier individuo. Después de esto, ni siquiera el aseguramiento del proceso, peligro de fuga, etc., nos parece justificable, a menos que la finalidad sea sólo impedir que los culpables queden sin sanción por temor a la impunidad de los mismos y a la perpetuación del delito.

#### **f) En los delitos de Homicidio Calificado**

Se ha observado que en este tipo de delitos, los instrumentos utilizados para acreditar los graves y fundados elementos de convicción, entre otros, han sido, las

declaraciones testimoniales, protocolos de necropsia, pericias, certificados médicos, fotografías, etc., que detallaremos en otro texto.

**g) En los delitos de Lesiones culposas graves, Omisión al socorro y Fuga del lugar.-**

En estos casos se puede considerar como instrumentales para acreditar los graves y fundados elementos de convicción, entre otros, los siguientes: La ratificación, en la audiencia, de su responsabilidad; En el acto de ejercer la defensa material, las declaraciones, el acta de registro vehicular, la licencia de conducir, el acta de inspección técnico policial, el certificado médico legal, etc.

Cabe anotar, como es obvio, que para la aplicación de la prisión preventiva, es necesario la determinación de la comisión de un delito, y luego la vinculación que se hace del mismo a un imputado también determinado, y al cual se puede vincular con el hecho delictivo, en mérito a los instrumentos indicados anteriormente, u otros, como graves y fundados elementos de convicción.

## **2.- PRONÓSTICO DE LA PENA**

Este presupuesto material, el de la prognosis de la pena, es una estimación que marca los límites para aplicar la prisión preventiva, es decir, sólo se refiere a si el tipo delictivo tiene como sanción la imposición de pena privativa de la libertad de cuatro años. Cuando la pena es superior a cuatro años, recién puede considerarse la aplicación de la prisión preventiva. Por lo tanto, el marco punitivo que se debe sobrepasar está ya reflejado dogmáticamente en la pena. Esto permite que el magistrado pueda decidir sobre la aplicación de dicha medida, y tenga sus límites en aquellos tipos delictivos que no superen la sanción de cuatro años. Por lo mismo, lo primero que hará el juzgador será determinar si se cumple con este precepto anterior, por cuanto que se exigen la concurrencia de todos los presupuestos materiales, procesales. Así podemos dar algunos ejemplos:

a) La prognosis en el caso del delito de Robo Agravado, revela que se encuentra dentro de los tipos delictivos en el que el imputado puede ser sometido a una prisión preventiva, por cuanto la sanción en estos casos es superior a cuatro años de pena privativa de la libertad. El delito de Robo se encuentra regulado por el Artículo 188° del Código Penal, con agravante en el Artículo 189°, primer párrafo, numerales 3 y 4, y segundo párrafo, numeral 1, y en la que se preceptúa que el Robo Agravado se encuentra sancionada con una pena privativa de la libertad “no menor de doce años ni mayor de veinte años”; por lo que según la prognosis de la pena, en este tipo si se puede aplicar prisión preventiva.

El presupuesto utilizado en la determinación de la prisión preventiva se encuadra previamente con la prognosis de la pena, es decir, con el pronóstico posible de la pena, el mismo que debe superar los cuatro años de pena privativa de la libertad. Este presupuesto, por tal no corresponde ya al juez decidirlo, sino cumplirlo (El juez boca de la ley), en referencia a lo que la norma penal tipifica como delito y sanción privativa de la libertad. Esta condición talvez debería variar, porque la sanción no puede determinar la condición de la prisión preventiva, puesto que aquella no está intentando lograr determinar la gravedad del delito, sino la gravedad del delincuente; no es una cuestión que responde al tipo delictivo, sino al tipo de riesgo que corre la sociedad, puesto que lo protegido no es ni siquiera al bien jurídico, bien del Estado (sea esta la vida, la salud, la integridad, u otro) sino a toda la sociedad, porque no es sólo una persona lo afectado por el delito sino toda la sociedad como sistema; es decir, se afecta la posibilidad de interrelación de las personas. Sin embargo, esta explicación pareciera ya estar encuadrada dentro del presupuesto, y por tal no debería siquiera fundamentarse, porque la norma al ser dada por el Poder Legislativo -un conjunto de personas que a través de un procedimiento específico aprueban el tipo de delito y la sanción por dicho delito-, presupone haber revisado ya todo el riesgo social que constituye la comisión del delito, lo que en nuestra realidad no es así.

b) La prognosis en el delito de violación sexual se fundamenta en el artículo 170° del Código Penal, que tipifica como delito de Violación Sexual, con una pena no menor de doce años ni mayor de dieciocho años de pena privativa de la libertad, siendo que el presupuesto exige que la pena sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, es aplicable para este tipo delictivo prisión preventiva.

c) La prisión preventiva también es aplicable, por la prognosis de la pena, en el delito de Femicidio, por cuanto, encontrándose tipificada en el artículo 170° del Código Penal, ésta la sanciona con una pena privativa de la libertad no menor de quince años, superando, como se observa, los cuatro años requeridos para la aplicación de prisión preventiva.

d) Según prognosis de la pena, la prisión preventiva también es aplicable a los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego, que se encuentra tipificado en el artículo 297° del Código Penal, y sancionado con pena privativa de libertad de seis a quince años. Asimismo, el delito de Violación Sexual de Menor de Edad, también se encuentran dentro del rango, por ser sancionado con pena privativa de la libertad de cadena perpetua. También el delito de Comercialización de Droga, por encontrarse sancionado con pena privativa de libertad de seis a diez años de pena privativa de libertad. El delito de Homicidio Calificado tipificado en el artículo 180° del Código Penal, se está sancionando con la pena privativa de la libertad no menor de quince años. El delito de Lesiones Culposas Graves, también es delito que tipificado en el artículo 124° del Código Penal, y sancionado con pena privativa de la libertad de cuatro a seis años, entra dentro del marco para poder aplicársele prisión preventiva.

**¿EN QUE DELITOS NO APLICAN O SE ENMARCAN DENTRO DEL INFERIOR DE CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD?:**

La pregunta sería ¿Que conductas, infracciones a la ley penal no se encuentran sancionadas superando la pena privativa de libertad de cuatro años, y por lo tanto

no aplicarían para la aplicación de la prisión preventiva? Algunas de ellas son las siguientes: Las faltas, homicidio piadoso, instigación o ayuda al suicidio, las referidas al aborto, como el autoaborto, aborto consentido, aborto agravado por la calificación del sujeto activo, aborto preterintencional, aborto terapéutico, aborto sentimental o eugenésico, lesiones leves, exposición o abandono a personas incapaces, omisión de socorro y exposición al peligro, Omisión de auxilio a persona en peligro o aviso a la autoridad, Exposición a peligro de persona dependiente, injuria, calumnia, difamación, bigamia, matrimonio con persona casada, alteración o supresión del estado civil, sustracción de menor, inducción a la fuga del menor, omisión de prestación de alimentos, abandono de mujer gestante y en situación crítica, coacción, violación de la intimidad, revelación de la intimidad personal y familiar, uso indebido de archivos computarizados, violación de domicilio, allanamiento ilegal de domicilio, violación de correspondencia, interferencia telefónica, supresión o extravío indebido de correspondencia, publicación indebida de correspondencia, violación del secreto profesional, perturbación de reunión pública, prohibición de reunión pública lícita por funcionario público, atentado contra la libertad de trabajo y asociación, hurto simple, hurto de ganado, hurto de uso de ganado, apropiación ilícita común, sustracción de bien propio, apropiación irregular, apropiación de prenda, receptación, contabilidad paralela, usurpación, daños, delitos informáticos, usura, libramientos indebidos, delitos contra los derechos de autor y conexos, delitos contra la propiedad industrial, acaparamiento, especulación, adulteración, entre otros delitos, no encajarían en el presupuesto para hacer efectiva la prisión preventiva, por cuanto su sanción penal los cuatro años de pena privativa de libertad requeridos como presupuestos procesales concurrentes.

### **3.- PRESUPUESTOS DE RIESGO PROCESAL**

De acuerdo con el presupuesto “Riesgo procesal”, este se fundamenta en que no se haga efectivo, o no se logre el objeto del proceso, por elementos que interfieren por causa del imputado. El riesgo procesal puede presentarse en los siguientes casos: riesgo de obstaculización de la investigación; riesgo de fuga del imputado.

Delinearemos algunas elucubraciones al respecto, según determinados tipos delictivos.

Un presupuesto de riesgo procesal consiste en un elemento que se propone como anterior al juicio debido, o debido proceso, olvidando, obviando, saltando, justificando nociones y preceptos constitucionales como la *presunción de la inocencia*, “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”, o aquellas que expresan que “*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*”, o aquella prescripción, “*El principio de no ser penado sin proceso judicial*” (aunque se considere que la prisión preventiva no es una pena, en la realidad, en sus efectos surte de la misma forma que una pena), o esta otra que señala, “*La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales*”; o normas penales como la que señala que “*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*”, o “*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito*”; o aquellas normas procesales penales como la de “*Presunción de inocencia.- 1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado*”.

El Riesgo Procesal se antepone al Riesgo Personal. Es decir, por aquella concepción sería más importante que se preserve que se pueda llevar a cabo el proceso antes que se preserve asegurar la libertad y vida del futuro procesado. ¿Riesgo procesal antes que riesgo personal? Esto parece no tenerse en cuenta. Por

otro lado, ¿cómo se puede asegurar que un imputado no intente fugarse, no obstaculice se lleve a cabo el proceso? Esto es imposible. El riesgo procesal, por lo tanto, siempre existirá. Habría que considerar que una persona *inocente* tiene el derecho a *rebelarse*, no tendría por qué pasar por un proceso penal, siendo que la carga de la prueba debe estar siempre en quien afirma el delito, no en quien es sujeto de dicha afirmación. Además, en una buena investigación –en forma limitada por cierto- se puede llevar un proceso aún sin la presencia del imputado, en mérito a pruebas. El requerimiento del presunto culpable es a fin de contrastar con su voluntad la verdad de los hechos, pero recordemos que incluso la no autoincriminación es una institución jurídica validada actualmente. La presencia del imputado en juicio no debe tener su referente en demostrar la culpabilidad sino en garantizar la defensa. A mi entender, todo juicio contra una persona inocente es ya una violación a sus derechos. Sin embargo, en una sociedad aún incipiente en formación jurídica y respeto de los derechos fundamentales no se puede evitar el proceso.

#### a) Riesgo Procesal en el delito de Robo Agravado

Respecto al presupuesto de Riesgo Procesal en el delito de Robo Agravado, éste se configura si existe elementos graves y fundamentos de convicción que permitan determinar que existe la probabilidad de “obstaculización del proceso”, a través de la interferencia, influencia del imputado en la voluntad y declaraciones de los testigos, por ejemplo, o a través del riesgo de fuga del imputado.

En este tipo de presupuestos, de acuerdo con las resoluciones respecto a requerimientos de prisión preventiva, se observa que los magistrados, jueces, toman en cuenta también el principio de razonabilidad, actúan considerando de modo objetivo la concurrencia de supuestos que sirvan para considerar que está latente la posibilidad de peligro procesal, así como la forma, el modo, las circunstancias del hecho delictivo, además de la imposibilidad de desvanecerse la relación existente entre el hecho delictivo y el imputado. Así también se toma en cuenta si el imputado puede influir en las otras personas que han participado del

delito, a fin de determinar si existe peligro de obstaculización de la investigación; en tanto que la norma establece que para calificar este riesgo de peligro de obstaculización se toma en cuenta que el imputado no pueda influir en los testigos, peritos, a fin que informen falsamente o se comporten deslealmente o reticente, o que sean inducidos a realizar tales actos. Asimismo se considerará la existencia de alguna causa atenuante de la pena.

En estos casos se observa también si el imputado ha podido ser ubicado, es decir, sobre el elemento de convicción de “arraigo domiciliario”, además se toma en cuenta si ante las notificaciones para constituirse ante los juzgados penales, se han notificado a través del juzgado, edictos, u otros medios.

Los elementos de convicción serían en estos casos, el riesgo procesal de “obstaculización del proceso”. Además para identificar bien cuáles son los elementos de convicción en este presupuesto del “Riesgo Procesal” los enunciaremos: Obstaculización de la investigación; Influencia de los imputados en los testigos, peritos, u otros; Peligro de Fuga; Desarraigo domiciliario; Falta de ubicación del imputado, procesado, en el domicilio indicado en el Reniec, en las notificaciones efectuadas por la Policía, o mediante edictos; Falta de ubicación de domicilio laboral, o falta de acreditación de actividad laboral.

### **Obstaculización de la investigación**

¿Cómo un imputado puede obstaculizar la investigación, el proceso? La respuesta la hallamos en la capacidad o posibilidad del imputado en aquella actividad, de influir, sobre los testigos, peritos, etc. Esto por diversos mecanismos, por ejemplo, si los testigos son sus amigos, familiares, o tienen algún grado de relación o parentesco, o si la víctima tiene también alguna relación familiar o laboral.

Ahora bien, ¿cómo se puede impedir que exista este tipo de actitudes, estas influencias, sobre los personajes antes indicados?



Se toman en cuenta el Artículo 269° del Código Procesal Penal, así como el peligro de obstaculización está regulado en el artículo 270°, inciso 2 y 3 del Código Procesal Penal. Asimismo se considera también lo estipulado el artículo 269°, numeral 3 del Código Procesal Penal, que establece que es necesario tener en consideración la gravedad de la pena”.

### **PELIGRO DE RIESGO PROCESAL**

En las fundamentaciones de la prisión preventiva, por lo general se amparan en diversos factores, como por ejemplo, la utilización del principio de razonabilidad, la observación de los hechos de modo objetivo, la forma y circunstancias del evento delictivo, entre otros factores. Para analizar más detalladamente este tema, haremos un análisis previo, de acuerdo al tipo delictivo:

#### **a) Peligro Procesal en el delito de Violación Sexual:**

De acuerdo con las motivaciones que se dan en las resoluciones de prisión preventiva, se observa que para tal efecto se toman en cuenta diversos factores, como: razonabilidad, objetivismo, formas y circunstancias del evento delictivo; así se enuncian que se valoran los hechos expuestos utilizando el principio de razonabilidad, y la advertencia de dichos hechos observados de modo objetivo, así como la concurrencia de supuestos que permitan considerar como latente la posibilidad de peligro procesal, teniendo en cuenta además, la forma, el modo y circunstancias en que se produjo el evento delictivo; es decir, se utilizan todos aquellos elementos que permitan inferir que la decisión no ha sido tomada arbitrariamente, ni en forma apresurada, mediática, determinando el grado de consecuencias que pudieran derivarse de la decisión de declarar fundada o no la prisión preventiva. Entran en compulsión varios principios y valores jurídicos, el del derecho a la libertad versus la obligación del Estado a imponer sanciones para controlar y evitar la delincuencia; así como el derecho de presunción de inocencia, como la obligación del Estado de garantizar la vida e integridad de las personas, víctimas o futuras víctimas de cualquier acto delictivo.

En caso de peligro de fuga y peligro de obstaculización en los delitos de violación sexual, se tiene en cuenta también el principio de razonabilidad, así como advertir que se ha tomado la decisión de modo objetivo, concurrencia de supuestos que permitan identificar que *existiría una latente posibilidad de peligro procesal, por la forma, por el modo, las circunstancias del hecho delictivo, etc.*

De acuerdo con lo detallado en las resoluciones respecto al requerimiento de prisión preventiva en caso de violación de menor de edad, se puede observar en el punto “Del peligro de fuga y peligro de Obstaculización”, se hace referencia al uso del principio de razonabilidad, y de la apreciación de modo objetivo de la concurrencia de supuestos que permitan considerar como latente la posibilidad de peligro procesal; teniendo en cuenta la forma, el modo, y las circunstancias en que se produjo el hecho delictivo; siendo que por lo general la defensa técnica presenta para rebatir el requerimiento de prisión preventiva, elementos, documentos, que prueben el arraigo domiciliario, que supone que el imputado no eludirá el proceso penal o fugará del lugar, impidiendo de esta manera que se le procese y de ser el caso condene y ejecute la sanción probable.

El arraigo domiciliario es sustentado con boletas de pago; sin embargo estas pueden o no constituir arraigo domiciliario, y el magistrado verificará si es así o no. Por ejemplo, se verificará si las boletas de trabajo son vigentes, pues la presentación de boletas de pago de años anteriores, o del mismo año, pero de fechas muy lejanas, o que no demuestren la continuidad, o permanencia domiciliaria, no es prueba o elemento suficiente para demostrar el arraigo domiciliario. Además, en el caso del delito de violación sexual, estando a la gravedad del mismo, y a la gravedad de la sanción a imponerse, puede presumirse que existirá una marcada posibilidad de fuga; siendo que el arraigo domiciliario, en el caso de un delito de violación sexual de menor, no es considerado necesariamente como suficiente para justificar arraigo domiciliario.

Otra forma que se utiliza para intentar demostrar el arraigo de los imputados es la presentación de documentación diversa que acrediten su situación familiar, como la de tener constituida su familia en dicha localidad, tener esposa, hijos, resaltándose, por ejemplo, que éstos tienen una actividad laboral, social, educativa, en dicha localidad, como que la esposa tiene trabajo, con estabilidad laboral o no en una institución, o como que el hijo viene cursando estudios en un instituto educativo de la localidad, etc. Todo esto, sin embargo, no necesariamente puede garantizar que el imputado se sustraiga a la actividad judicial. Además, según se observa de diversas resoluciones sobre prisión preventiva, que “la prisión preventiva no sólo tiene la finalidad de asegurar la presencia del procesado en la etapa de la investigación preparatoria y juicio oral sino evitar la reincidencia delictiva”.

Siendo asimismo, que se toma en cuenta también lo prescrito en el Artículo 269°, numeral 4, del Código Procesal Penal, que establece que “para calificar el peligro de fuga el juez tendrá en cuenta el comportamiento del imputado ante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida de su voluntad de someterse a la persecución penal”. Se observan también los casos en los que el imputado en sus declaraciones recae en contradicciones, como por ejemplo: “negar tener conocimiento sobre los hechos”. Por su parte la defensa técnica siempre intentará, en el decurso de la audiencia de prisión preventiva, de garantizar que el imputado no se va a sustraer del proceso. Además, se tiene que determinar cuáles son las razones por las cuáles se considera que el procesado, imputado puede influir en los agraviados, testigos, y demás sujetos que participaron del hecho delictivo.

#### **b) Riesgo procesal, peligro de fuga y peligro de obstaculización en el delito de feminicidio y tenencia ilegal de arma**

De acuerdo con las resoluciones sobre requerimiento de prisión preventiva, observadas, en los casos de delito de Feminicidio y Tenencia ilegal de arma, se puede apreciar que se utilizan como argumentos el principio de razonabilidad, así

como la observación de “modo objetivo” de la concurrencia de supuestos que permitan considerar como latente la posibilidad de peligro procesal, por la forma, modo y circunstancia en que se produjo el hecho delictivo. Así mismo, el hecho de haberse notificado por edictos, desconocimiento de domicilio, desconocimiento de trabajo estable o conocido, falta de respuesta a emplazamiento de la Fiscalía para el esclarecimiento de los hechos, falta de concurrencia en la etapa de investigación preparatoria, así como que en la audiencia de prisión preventiva, no se haya acreditado con documentación el arraigo a la zona del imputado. Así también, se puede observar documentación presentada por el Ministerio Público adjuntada en carpeta fiscal respecto a la conducta del imputado de la “proclividad a cometer acto de violencia física y psicológica”, así como la “facilidad para salir fuera del país”; Se toma en cuenta que la prisión preventiva no sólo tiene la finalidad de asegurar la presencia del procesado en la etapa de investigación preparatoria, sino también asegurar la presencia del imputado en la etapa del Juicio Oral. Se debe recordar que para calificar el peligro de fuga, el juez tiene que evaluar o tomar en cuenta el comportamiento, conducta del imputado, ante el procedimiento, o en otro procedimiento, y observar cuál es la “voluntad del imputado de sometimiento a la persecución penal”. Se tiene que tomar en cuenta que el imputado no pueda “sustraerse de la acción penal”.

El peligro de fuga se encuentra prescrito en el Artículo 269°, numeral 4 del Código Procesal Penal, que hace alusión directa a que el juez tendrá que evaluar el comportamiento, del imputado ante el procedimiento o en otro procedimiento anterior.

En lo referido al peligro de obstaculización, éste puede observarse por la influencia que puede tener el imputado sobre sujetos que intervendrían en el proceso, por ejemplo, el testigo al ser hijo de los justiciables. Si el imputado es una persona que tiene antecedentes delictivos, se puede desprender que pretenderá obstaculizar el proceso de la investigación, influir en las declaraciones de los

testigos, peritos, etc., por lo cual correspondería la prisión preventiva para evitar todos estos actos de obstaculización.

**c) Presupuesto de Peligro de Fuga y Peligro de Obstaculización en el caso de Violación Sexual de Menor de Edad**

En los casos de violación sexual menor de catorce años de edad, se toman en consideración el principio de razonabilidad, la concurrencia de supuestos que permitan considerar latente la posibilidad de peligro procesal, ya sea por la forma, modo o circunstancia en que se produjo el hecho delictivo. En estos supuestos – aún si el imputado niegue su participación- no se desvanece el peligro procesal. En el caso de que la agraviada sea sobrina del imputado es evidente que éste puede influir y por lo tanto configurar el peligro de obstaculización. También puede producirse que el imputado durante el debate no haya efectuado alegación que acredite su permanencia en el presente proceso, y por consiguiente su arraigo en la zona.

**d) Peligro Procesal en el caso de delitos de micro comercialización de drogas**

En este caso, en el que el agraviado es el Estado, también se precisa del principio de razonabilidad y la observancia de modo objetivo de la concurrencia de supuestos que permitan considerar latente la posibilidad de peligro procesal, por la forma, modo o circunstancia en que se produjo el hecho delictivo. En el supuesto de negar el imputado su participación, esto no necesariamente es suficiente para prescindir de la prisión preventiva, y se tiene cuenta si se ha encontrado drogas en el domicilio del imputado. Además, se considera si la venta o comercialización de droga era para mayores o menores de edad, siendo que por ejemplo, podría ser la venta por intermediaciones de un Centro Educativo, lo que acarrearía una agravante. También podrá tomarse en cuenta si el imputado ha utilizado la amenaza contra el agraviado, como por ejemplo, amenaza de muerte, etc.

**e) Presupuesto de peligro de fuga y peligro de obstaculización en el caso de homicidio calificado**

En los casos de homicidio calificado, se puede observar en las resoluciones judiciales en las que se resuelve sobre el requerimiento de prisión preventiva, que también se fundamenta en el principio de razonabilidad, que supone que la decisión haya sido razonada, sometida a un proceso racional, que es siempre un análisis final que resulta del proceso mental por el cual el ser humano, examinando el conocimiento, que llega al hecho delictivo, lo procesa con los valores racionales, en contradicción al uso arbitrario de su facultad para decidir en estos casos como potestad judicial. Por lo tanto, cuando se dice razonabilidad, se está aludiendo que dicha decisión no es versada en un subjetivismo contaminado con los propios principios y valores del magistrado que decide, sino en mérito a las conceptualizaciones de lo que se entiende racionalmente por derecho.

Asimismo, se observa en las resoluciones de prisión preventiva, sean estas imponiendo o no la prisión preventiva, que se utiliza también la fórmula de “advertencia de modo objetivo la concurrencia de supuestos que permitan considerar latente la posibilidad de peligro procesal”; esto supone que también se han valorado los instrumentos, documentos, hechos, traídos a conocimiento del juez, utilizando como instrumento de valoración la razón, es decir, el proceso mediante el cual siempre se somete a valoración social, público los elementos conocidos, a diferencia de los procesos subjetivos, éstos no tienen una valoración social, sino individual, siendo que el proceso penal es siempre un acto público, social, dimensionado dentro de los márgenes de lo oficialmente aceptado. Para explicarlo de otra forma, un conocimiento de un hecho delictivo no puede ser observado con la sensibilidad, subjetivismo (por lástima al delincuente, porque tiene cara de ángel, o porque es una mujer bellísima). No obstante, en toda valoración del sujeto imputado siempre entra en juego esta primera impresión, sobre la condición moral del sujeto; incluso la empatía o antipatía, son factores que pueden influir en el juez, y de hecho influyen; sin embargo, para anular dicha influencia, que parcializaría al juez, éste debe premunirse de “objetivismo”, es

decir, de aquel instrumento mental mediante el cual anule sus primeras percepciones sensoriales (vista, oído, simpatía, antipatía, etc.) y someter toda su apreciación a una “valoración objetiva”, sin contaminaciones de subjetividades (que le haya agradado a primera vista el individuo, por ejemplo, pues nunca será igual tratar a un delincuente con cicatrices, maltrecho, con rostro agresivo, que a un delincuente con cara de ángel, personalidad apacible, etc.). Esta es la razón que se valoren “objetivamente” los hechos. Este objetivismo previene de la influencia social.

La tan aclamada “no contaminación del juez”, se halla expuesta en el principio de inmediación, puesto que el ser humano es antes que razón, subjetivo, subjetivista, instintivo, por lo tanto la razón siempre llega después. La pregunta clave sería si es que la razón puede acomodar al objetivismo nuestros instintos nuestras primeras apreciaciones. Esto puede explicarse examinando cómo ingresa la información, el conocimiento, al ser humano, si es a través de los sentidos u otros factores como la intuición, la simpatía, empatía, etc. ¿Pueden estos racionalizarse?, es decir, ¿puede la razón anteponerse a nuestra subjetividad?, ¿puede la información desviarse de las impresiones subjetivas como la simpatía o antipatía?.

La *razonabilidad* alude a utilizar siempre como medida de valoración la razón; así como permite el uso de la ponderación, que es un acto interno, producido en la mente del juzgador. En el caso del uso del objetivismo judicial se refiere más bien a la relación existente entre el juez y la sociedad, siendo que el objetivismo lo previene de cualquier presión social, así observará el hecho delictivo, no la presión social sobre el mismo y sobre el resultado esperado por la sociedad; Así, el objetivismo permite que se observen la forma, el modo, la circunstancia del hecho delictivo, y que analizados estos, entrecruzados como información respecto a un mismo hecho, se puede lograr tener una primera decisión, respecto a la *posibilidad latente de peligro procesal* (obstaculización de la investigación, fuga

del imputado, influencia del imputado en las declaraciones de los testigos, peritos, etc.).

Se puede apreciar también que en estos casos, de homicidio calificado, cuando el imputado niega haber participado en el delito, esto es valorado sólo como un medio de defensa técnica, es decir, como una estrategia para eludir la responsabilidad; sin embargo este tipo de argumentaciones no desvanece el peligro procesal.

Se observa también en algunos casos sobre motivación de arraigo domiciliario, si bien puede considerarse como cierto, esto no sería suficiente para demostrar que el imputado eluda su responsabilidad penal, incluso y a pesar de la presentación de constancias de trabajo de la institución o empresa en la que trabajaría el imputado. En contraposición a esto la magistratura fundamenta muchas veces su decisión en que “la prisión preventiva no sólo tiene la finalidad de asegurar la presencia del procesado en la etapa de investigación preparatoria y juicio oral, sino, evitar la reincidencia delictiva”.

Otro de los efectos de la prisión preventiva es impedir que los imputados influyan en las declaraciones de los testigos, a fin que estos últimos se comporten en las audiencias de forma reticente, no concurren a juicio oral, varíen su declaración inicial a nivel policial, etc.

Otro de los elementos que el juez tiene en consideración o valoración es el hecho de si el imputado se ha puesto a derecho a fin de esclarecer los hechos, y si se conoce su paradero en forma cierta e indubitable.

#### **f) El Presupuesto de peligro procesal en el delito de lesiones culposas graves**

Este presupuesto se fundamenta el peligro de fuga, peligro de obstaculización que puede llevar a cabo el imputado. Para las decisiones al respecto el juez considera el principio de razonabilidad, advierte de modo objetivo si existen supuestos que



permitan considerar *latente* el peligro procesal, observando la forma, modo, circunstancias de los hechos delictivos. Todos estos factores serán tomados en cuenta para la valoración de procedencia o no de la prisión preventiva.

En estos casos puede presentarse que el imputado no niegue su participación en los hechos, y ratificados por su defensa técnica en la Audiencia. Así mismo puede el imputado intentar resarcir el daño causado, con la entrega de dinero, que consta en documento de entrega de dinero, realizado entre el agraviado y el imputado

Una estrategia de la defensa es el reconocimiento del hecho, ante la imposibilidad de negar lo contrario, y en base a esto demostrar que se tiene toda la intención, voluntad y actitud para resarcir el daño. En el caso de homicidio este supuesto no encuadraría, puesto que no se puede reparar el daño de haber causado la muerte. Hay pues ciertos delitos y agravios irreparables. Además, la concepción de reparación es un concepto civil, es decir, pertenece a la esfera de los bienes materiales, y no de los bienes naturales, menos de aquellos que protegen derechos irrepetibles, únicos, fundamentales, como lo es la vida.

La estrategia de asumir la responsabilidad, de invocar la voluntad de reparar el daño, como la dación de dinero, -acreditado por Certificados de Depósito Judicial-, o la alegación de no contar con antecedentes penales, por ejemplo, no son elementos que se puedan utilizar como factores para evitar la prisión preventiva; tampoco es suficiente la voluntad de colaborar con la justicia, con la presencia voluntaria en la audiencia. Sin embargo, todos estos factores pueden servir si la entidad decisora, el juez lo cree pertinente y las utilice concurrentemente, debidamente fundamentadas.

Es importante resaltar que en las resoluciones en los que se dicta prisión preventiva, en este tipo de casos, se exponen factores relevantes como la negligencia, descuido o insuficiencia documentaria de parte del Ministerio Público, en sus requerimientos de prisión preventiva, como no señalar en forma

precisa y objetiva aquellos actos de investigación que requieren obligatoriamente la presencia del imputado, siendo que la no concurrencia generaría la frustración de dicha investigación, entre otros.

Una disposición, si bien no existieran concurrencia de los presupuestos tipo para aplicar la prisión preventiva, que los órganos jurisdiccionales utilizan para asegurar el sometimiento del imputado al proceso, tanto en la etapa de investigación, como en la etapa del juicio oral, dicta “Reglas de Conducta”, fijan cauciones, disponen el impedimento de la salida del país del imputado.

#### **g) El Riesgo de Peligro Procesal en el delito de Lesiones Culposas**

El peligro de fuga y peligro de obstaculización, en este tipo delictivo, se observa en las resoluciones sobre prisión preventiva que se considera el principio de razonabilidad, así como la *“advertencia de modo objetivo de concurrencia de supuestos que permitan considerar como latente la posibilidad de peligro procesal, por la forma, modo y circunstancia”* en el que se producen los hechos delictivos.

Así mismo, se toma en cuenta si el imputado ha aceptado su responsabilidad, si ha prestado auxilio al agraviado, como por ejemplo, llevarla a un centro asistencial. También se observa, si el imputado, a través de la defensa técnica, ha presentado documentos que acrediten su arraigo domiciliario –como Certificados domiciliarios expedidos por autoridad competente, como los Juzgados de Paz-. Y si se ha comprobado como cierta la dirección proporcionada por el imputado.

También se toma en cuenta si el imputado cuenta con trabajo conocido, si trabaja en el servicio público, si tiene antecedentes por accidentes de tránsito –de ser el caso-, si es propietario del vehículo, moto taxi colisionado; si es chofer con documentos y licencias vigentes, si tiene papeletas o multas de tránsito, etc.

En este tipo de casos, para acreditar el arraigo domiciliario los imputados también suelen presentar las Actas de Nacimiento de los hijos, y las anexan en las Audiencias respectivas.

## **VI.- CONCLUSIONES SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA**

Resulta monstruoso, a nuestro parecer, que en pleno siglo, aún se envíen a los seres humanos a la prisión (a excepción de los que cometen delitos contra la vida, el cuerpo y la salud –como el homicidio, la violación sexual, etc., por ser estos bienes jurídicos irreparables), si se conoce perfectamente que los efectos de la reclusión sólo retrasan, o cambian los métodos de la delincuencia (el delincuente puede monitorear sus actos delictivos desde la prisión, puede formar sus propias redes delictivas con los otros internos, etc.); resulta sorprendente que nos autoengañemos tanto, inventando (preferentemente en el Congreso) fórmulas inocuas para aumentar las penas como medida contra la delincuencia. Resultan poco inteligentes estas medidas, que no sólo son instrumentos de popularización, de “inteligencia emocional electoral”. No estamos de acuerdo con la delincuencia, menos en desacuerdo con la emisión de instrumentos, medidas para contrarrestarla, anularla, y combatir cualquier acto delictivo, pero creemos que en este tiempo deberíamos “repensar” cómo asumimos estos temas (mandar a la cárcel a todos es matemáticamente imposible y políticamente, como medida de gobierno para que la sociedad pueda convivir pacíficamente, es ineficiente). Aún no parece verse la monstruosidad de mandar a la prisión a otro ser humano, acto que –estoy seguro- se verá en un tiempo venidero, de la misma forma como se ven en este tiempo a los verdugos (que cortaban la cabeza con un hacha en plena plaza de la ciudad, y para proteger su identidad usaban capuchas que cubrían su rostro, como ahora se usan cargos, títulos, o justificaciones como *juez, fiscal, abogado, autoridad*, para evitar cualquier contradicción a dicha función o actividad, aunque sea monstruoso en beneficio social) de antaño.

Por eso, a contracorriente, nos atrevemos a proponer que todos los delitos cometidos contra el patrimonio, o aquellos que no tengan que ver directamente

contra la vida, el cuerpo y la salud, sean despenalizados de la prisión, y que se adopten con ellos otras sanciones ya existentes o por crear, como grilletes electrónicos –que tan bien son barbaridades pero menos graves que la cárcel-. Es hora de diseñar nuevas categorías represivas más humanas y menos dañosas.

Aún en estudio la siguiente propuesta, pensamos sin embargo que los siguientes tipos de delitos, por ser contra el patrimonio, y que no pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física y psíquica de la persona, deben ser repensados para reducir, o anular la pena privativa de la libertad (cárcel) pues esta no está de acuerdo con el delito sancionado, porque sobrepasa el castigo a la finalidad de la pena; por no existir proporcionalidad entre la pena impuesta y la sanción realmente sufrida (que adhiere a ella la vulneración a otros derechos como la vida, el cuerpo y la salud).

Asimismo, proponemos la despenalización de todos los delitos de Aborto (Auto aborto, Aborto consentido, Aborto preterintencional, Aborto terapéutico impune, Aborto sentimental y eugenésico), Injuria, Bigamia, Matrimonio con persona casada, Inobservancia de formalidades legales, Fingimiento de embarazo o parto, delitos contra el patrimonio que no involucren la defensa de la vida de las personas; además de otros delitos que serán explicados en un libro denominado “¿Qué pena me da el Derecho?”.

El Derecho no puede ser manejado y decidido por una tiranía de la mayoría, mal representada por pequeños grupos que salen a la calle, o por interesados medios de prensa que ejercen presión mediática, social, sobre magistrados para persuadirlos de aplicar medidas de prisión, sea preventiva o definitiva; considerando que como dijera Stuar Mill, en su obra Sobre la Libertad, “La tiranía de la mayoría se incluye ya dentro de las especulaciones políticas como uno de esos males contra los que la sociedad debe mantenerse en guardia”.

Nuestro sistema penal vigente es netamente carcelario, consciente incluso que la prisión no resuelve el problema insiste irracional y emotivamente en el aumento de los años de sanción de carcelería. Inconciencia que se ha devenido en una falaz fórmula para resolver el problema de la delincuencia. Deformándose la noción de civilización y degradándolo a un mero tratamiento organizativo. La prisión preventiva ha suplido una deficiencia social, la impunidad de la delincuencia y el desapego de la participación activa en las soluciones. Instituciones jurídicas creadas para sustraerse de la verdadera solución, como la sustracción de la materia en el campo del Tribunal Constitucional, o la de no intervención en el fuero ordinario, valoración y calificación del tipo delictivo y vinculación del imputado con el delito, o imposición de la prisión preventiva como una «no sanción», sino una medida cautelar personal, sin considerar los efectos reales en el reo, han ido extraviando las soluciones que se deben plantear. Los aludidos graves y fundados elementos de convicción de vinculación del imputado con el delito, que no han servido más que para quitarle la calidad de derecho fundamental a la vida, a la libertad, con la formulación de ser una excepción a la norma general, constitucional, no sanción, y que no se ha violado flagrantemente el principio de presunción de inocencia, que en esta materia, bajo los argumentos o justificaciones de «razonabilidad», «ponderación» han sucumbido a la realidad, puesto que un principio que deja de ser tomado en cuenta como prioritario, como «principio» y no «secundario», revelan que algo está pervertido en nuestro sistema procesal penal, y peor, en nuestro sistema mental; justificando con el texto, la dogmática, el positivismo, lo que en la realidad se revela contrario a la naturaleza del Derecho: servir al ser humano. Elementos como «riesgo procesal» que han olvidado el «riesgo humano, individual, personal» que corre *la vida, la libertad, la integridad física y psíquica*, han sido obviados enmarañados por una priorización del objeto antes que del sujeto, priorización del proceso antes que del ser humano. Riesgo procesal, obstaculización del proceso, peligro de fuga, que existirán siempre –que deben ser considerados legítimos en caso de inocentes, y que deben contemplarse de la misma forma como se valora el principio de no autoincriminación-, han sido los otros elementos para pervertir el sentido del

sistema procesal penal: impedir la delincuencia, impedir la impunidad, lograr el bienestar de la sociedad, proteger los bienes jurídicos. La rebelión contra un *debido proceso* debe tomarse de igual forma como se considera un derecho *la insurgencia* en caso de contravenir los derechos fundamentales de la persona. De esta forma el inocente no sólo tiene el derecho de fugarse, no asistir al proceso, sino el deber de rebelarse contra todo acto contrario a la ley. No se puede permitir, en un Estado de Derecho legítimo y verdadero, las excepciones en este tipo de casos. La presunción de inocencia o existe o no existe. No hay un ratio intermedio. El juez no puede formarse con elementos convincentes de la posible vinculación del imputado con el delito, debe estar seguro. Pero de hacer esto sin un debido proceso, el juez estaría «prejuizando», haciendo un «prejuicio», y esto invalida su accionar. El problema es mucho más *grave y fundado*, puesto que incluso las prescripciones de las sanciones penales con el delito a combatir, o en su peor caso, sólo sancionar, es desproporcional a todas luces. El absurdo, descarado y grotesco como se cierran los ojos ante esta evidencia *grave y fundada*, basadas en el lente del texto, de lo ya racionalizado y puesto en el texto, e incluso argumentado en la nueva diosa de las fuentes del Derecho en nuestro medio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que sin el mayor descaro, premunido de *presupuestas razones o argumentos* preceptúan a la prisión preventiva –reiterativamente– como una no sanción, como acto no violatorio de la Constitución. ¿Qué mayor violación que la pérdida de la libertad y la exposición a peligro, sin haberse probado –debido proceso– la debida responsabilidad del imputado? ¿Cómo internar al imputado por «presunciones, acaso graves y fundados elementos de convicción» que no han sido tamizados por la prueba y la falta de «duda razonable»? Acaso no existen –o no se pueden inventar legítimamente– formas de evitar el riesgo procesal, la impunidad, u otras medidas penales diferentes a la prisión preventiva? Aclaremos, de nuevo, que no estamos a favor de la impunidad, ni de la delincuencia, tampoco en contra de los magistrados, jueces y fiscales, sino a favor del respecto «absoluto» de los derechos fundamentales de la persona, como la *vida*, la *libertad*, la *integridad física y psíquica*.

## **SECCIÓN II: ¿ES EL JUEZ ES UN DELINCUENTE CUANDO EMITE PRISIÓN PREVENTIVA?**

Nuestro discurso, sobre la prisión preventiva quiere empezar por hacer una pregunta acaso insolente, pero no insidiosa ni en contra del juez, sino para poner en el debate si el ser humano debe seguir deshumanizado, ataviado, o tapado con los ropajes o vendajes de la ley que parece justificar lo obvio.

### **1.- ¿Es el Juez un delincuente per se?**

Preguntar sobre si el juez es un delincuente cuando emite una resolución de prisión preventiva puede traernos problemas, pues ¿cómo atreverse a blasfemar contra la dignidad de un magistrado? ¿Alguien acaso se ha atrevido acaso a pensar sobre aquella posibilidad? Y digo aquello no para ofender al juez, ni para agraviarlo o reducirlo a un simple y común delincuente, sino para advertir sobre la condición acaso equívoca o extrema de la actuación respecto a la aplicación de la prisión preventiva.

Responder a la pregunta de si el Juez es un delincuente per se, cuando emite una resolución de prisión preventiva tiene dos alternativas de respuesta: que si, y que no.

### **2.- Las hipótesis afirmativas.-**

En la hipótesis afirmativa, es decir, que consideran al juez como un delincuente al emitir una sentencia de prisión preventiva, podemos apuntalar los siguiente argumentos:

#### **a) Exposición de la integridad física, psíquica**

Por esta hipótesis nosotros entendemos que el juez cuando emite resolución de prisión preventiva a un imputado, sea este cual fuere, está «exponiendo a peligro la integridad física y psíquica del imputado», esto como consecuencia de su

internamiento en la cárcel, que tiene en si efectos externos a los deseados por el magistrado, pero que éste obvia, olvida o no toma en cuenta cuando emite su resolución de prisión preventiva.

**b) Conciencia del juez de poner en riesgo de de exposición a peligro del imputado**

Esta hipótesis supone que el juez sabe, es consciente que el imputado puede sufrir daños en su integridad física y psíquica en el penal, por lo tanto, ¿no constituiría una agravante de su acto?

**c) Desproporción entre el delito y la sanción**

Nuestra hipótesis es que el imputado enviado a prisión preventiva puede ser por una causa, hecho, o ilícito que no amerite necesariamente la prisión, porque éste es de última ratio, y porque el imputado –en ciertos casos- es enviado a prisión por delitos contra el patrimonio, siendo que la libertad y el patrimonio no son categorías que se corresponden, sino son diferentes, y no entran en el mismo nivel o categoría de relación; puesto que el patrimonio puede repararse, pero la vida, la integridad física o psíquica e incluso la libertad limitada no se puede resarcir, devolver, porque son bienes perecibles en el tiempo, mientras que un objeto, un patrimonio es resarcible o reparable, y que el tiempo no le afecta como al imputado el tiempo de su encarcelamiento. Por eso creemos que existe un obvio y evidente desproporción –en los casos de delitos contra el patrimonio- entre el hecho delictivo y la prisión preventiva.

**d) Concepción extensa de delincuencia**

No se puede valorar la gravedad de un hecho si no se lo encuadra dentro de las categorías legales, jurídicas, por lo que la delincuencia debe enmarcarse no sólo como aquello que está expresamente en la ley (este hecho es sólo un mecanismo para protegerse de la arbitrariedad de la autoridad judicial etc.) sino como todo aquello que cause agravio, daño a otra persona. De allí resulta que incluso si una conducta no se encuentra dentro de la ley, pero existe el daño obvio, evidente,



probado, este hecho tiene que considerarse delictivo y el agente, persona o personas que lo cometen tienen que ser considerados «delincuentes», es decir, sujetos responsables y culpables, pasibles de ser sancionados penalmente. Un caso extremo de acto delictivo es aquella que cause agravio irreparable a la persona.

**e) Razones científicas de la exposición a peligro, daño a la integridad de la persona**

1.- En Argentina se realizó un debate “La salud en las cárceles”, que fuera organizado por la Fundación Ciudad y Nación, y en la cual se señalaba: *“Entre las enfermedades que aquejan a los internos, las más preocupantes son las llamadas emergentes, las infectocontagiosas y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Tuberculosis, hepatitis, herpes y el HIV castigan a las poblaciones sobredimensionadas en los principales penales.”* (<http://www.lanacion.com.ar/79136-en-prision-toda-enfermedad-parece-peor>)

2.- Según la International Committee of the Red Cross en América Latina “Las cárceles son bolsones de tuberculosis”, además señalan: *“En 2003 y en 2007, la Organización Panamericana de la Salud realizó dos encuestas sobre la situación de la tuberculosis en los sistemas penitenciarios en varios países de América Latina. Ambos sondeos muestran que en los penales de esos países se tiene una incidencia de tuberculosis hasta veinte veces más elevada que en la población en general. Son los penales en Perú y Bolivia los que están más afectados por esta enfermedad.”* Y sobre la tuberculosis en las cárceles se indica: *“Para que esta enfermedad no se expanda, se debe brindar un espacio saludable con ventilación y luz natural, y se tiene que combatir el hacinamiento. A esto se añade la necesidad de ofrecer una buena alimentación a los internos para que éstos puedan tener resistencia a la enfermedad. En América Latina, la problemática de la TB en las cárceles está abordada de manera incompleta, por lo tanto facilita el desarrollo de la tuberculosis y, lo que es peor, de bacilos resistentes a los medicamentos.”* (<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/peru-interview-220310.htm>).

Hay innumerables informes sobre la exposición a peligro de contagio de enfermedades infectocontagiosas como la tuberculosis, u otras en las prisiones, muestras científicas de dicho fenómeno irrefutables y que no se han tomado en cuenta cuando se internan a los imputados en las cárceles, porque la norma no contempla esta situación, debiendo existir un principio de “proporcionalidad entre el medio ambiente a habitar –cárcel-, y una certificación de salud del imputado”.

**f) Las razones matemáticas de la exposición a peligro, daño a la integridad física y psíquica en las prisiones**

Una forma de probar la exposición a peligro o daño en la integridad, salud física o psíquica de los internos es remitirnos a las matemáticas, es hacer sumas, restas, divisiones, ecuaciones, fórmulas científicas sobre los internos y sus posibilidades de resocialización, curación etc., o posibilidades de adiestramiento o especialización en la delincuencia, contracción de enfermedades de todo índole, respiratorias, corporales, inmunodeficiencias, sexuales.

Si sumamos el número de internos –o aforo- para los que científicamente están contruidos como capacidad las prisiones y la comparamos con el número de internos tendremos a la vista el “hacinamiento”, es decir, la desproporción entre la capacidad de las cárceles y el número de internos. Matemáticamente es ilícito que existan más internos de los que de acuerdo a los informes técnicos de edificación se enuncian pueden haber. Los edificios y su capacidad de albergue, de personas que pueden ocuparla, está determinada por ley, de acuerdo a estudios técnicos. En las prisiones estas normas de seguridad de controlar el número de albergue de los edificios es vulnerada, violentada evidentemente y matemáticamente probada, pero aun así no existen correcciones inmediatas, por la imposibilidad física de aquello.

De acuerdo con lo señalado en la normatividad contenida en la pág. Web.: [http://www.vivienda.gob.pe/documentos/documentos\\_ds\\_010/4/Norma\\_A.130\\_R](http://www.vivienda.gob.pe/documentos/documentos_ds_010/4/Norma_A.130_R)

equisitos\_de\_Seguridad.pdf, se enuncia que: “Para calcular la cantidad de ocupantes de una edificación se podrá utilizar de forma parcial, total o interrelacionada cualquiera de las 3 siguientes opciones: 1) Cálculo basado en coeficiente o factores de ocupación; 2) Cálculo sustentado en un estudio por análisis estadístico; 3) Cálculo basado en la norma NFPA-101 (RNE A-010-ART.2).

#### **g) Ilegitimidad de las normas penales por no ser la voluntad general**

Según nuestra hipótesis incluso las normas penales pueden o pierden legitimidad al ser producto de consensos congresales, es decir, de la voluntad representada por unos pocos, demasiado pocos para dar normas que afecten a la vida, a la libertad y a otros derechos fundamentales o no. Por aquello pensamos que una norma penal debe ser previamente aprobada por cada ciudadano, porque aquello le puede afectar directa o indirectamente, así, con el uso del internet se puede tomar algunas medidas para lograr la legitimidad de las normas penales, puesto que la afectación penal es irreparable.

#### **g) La sentencia como arbitrariedad**

Un acto es arbitrario cuando se lo realiza sin los requisitos o exigencias necesarias que concilien la voluntad de unos con otros. Una sentencia es una potestad otorgada a una persona o grupo de personas para que decidan el derecho de todos. Eso también, la elección de los jueces, debe ser un proceso no por delegación de un grupo de selección de magistrados, sino de elección o participación de todos los ciudadanos, porque de lo contrario, todo intento de representación siempre será insuficiente.

### **3.- Hipótesis negativas o que contradicen el supuesto de la prisión preventiva como acto delictivo**

También es necesario partir del lado contrario, es decir, de aquel hecho que los jueces si cumplen efectivamente sólo la ley, y no se convierten –en un supuesto doctrinario- en personas que cometen actos ilícitos o delictivos cuando emiten sus

resoluciones de prisión preventiva. Las nociones o fundamentaciones para ello son –entre otras- las siguientes:

**a) Legitimidad para obrar**

Según esta noción el juez está legitimado para obrar, es decir, está autorizado por mandato expreso de la ley para emitir resoluciones de prisión preventiva, por lo cual no podría estar cometiendo un acto ilícito, y menos delictivo, sujeto a responsabilidad penal.

**b) Nombramiento legítimo**

Por este supuesto se puede considerar que siendo el juez elegido por diferentes sistemas legítimos, como el concurso público que lleva a cabo el Consejo Nacional de la Magistratura, o los procesos de selección de jueces supernumerarios, llevado a cabo por el Poder Judicial, el nombramiento como juez es legítimo, legal, garantizado por el sistema normativo y estatal.

**c) Cumplimiento de su función**

Por este supuesto, el juez sólo estaría cumpliendo su función, pues emitir una resolución de prisión preventiva, cuando corresponde, es sólo una atribución o facultad que le otorga la ley, y que de no hacerlo estaría incurriendo en prevaricato u omisión de funciones de cargo.

**d) Mecanismo necesario para mantener el orden social**

Supuesto por el cual la necesidad de administrar justicia está instituida por la propia Constitución Política, y que exige o requiere del juez para mantener el orden social a través del derecho.

## **V.- SUBCAPÍTULO V: LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **SECCIÓN I:**

#### **LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Antes de leer sobre los delitos contra la administración pública, que es una categoría lingüística jurídica, es preferible releer primero a Emil Cioran y sus sentencias sobre la vida, la desesperación, la amargura, “la tentación de existir”, para comprender que el ser humano construye siempre sus propios desgarramientos, sus propias convicciones carcelarias, aquellos matices que logren sacarlo de la molición y la inmovilidad, para preservarse, como un acto u actos de supervivencia. Cioran habla “en las cimas de la desesperación”, sobre “el inconveniente del ser”, sobre la verdadera consistencia del ser humano: su tragedia. Luego podrá uno comprender sensiblemente qué son los delitos contra la administración pública, cómo afrontarlos por ser construcciones culturales, específicas y modernas (en la edad primitiva no existían), y cómo combatirlos dentro de un sistema que cada vez se hace más específico pero a la vez más complejo, definiendo y describiendo en lo mayor posible qué conductas se convierten en delictivas contra los bienes y servicios públicos, que la técnica jurídica penal ha convertido en delitos contra la administración pública. Dos nociones se concluyen: las conductas llamadas “delitos”, y los bienes jurídicos colectivos o sociales vulnerados reunidos en un concepto político social-jurídico: “administración pública”. No se puede leer e investigar un delito sin tocar las fibras más internas de nuestra naturaleza. No puede hacerse una investigación sobre delitos sin intoxicarse un poco con lo nocivo de la verdad prescrita en leyes, códigos, juzgados y penitenciarias. Por aquello, esta parte de la investigación no tiene el supuesto de encontrar las técnicas para “procesar” a una persona imputada

delictivamente, tampoco sólo describir qué conductas son tal o cual modalidad delictiva en los delitos contra la administración pública. Esta parte de nuestra investigación es una forma de encontrar soluciones al problema del derecho penal y procesal penal: su abundante sobre estimulación para crear condiciones y características para castigar al ser humano. Esta parte del texto no se basa en encontrar técnicamente la descripción del delito, sino en liberar al ser humano de interpretaciones, conceptos y formulaciones arbitrarias y contrarias a la libertad, inocencia y la vida del ser humano. Esto en una idea central, el Derecho Penal y Procesal Pena ha sido construido para proteger al ser humano, no para castigarlo – como se piensa actualmente. El sistema penal es un instrumento para la supervivencia del ser humano, y no para su tortura y agonía. El Derecho en sí, como marco general, se ha inventado para “componer” las relaciones intersubjetivas y no para destruirlas.

### **1.- Los delitos contra la Administración Pública.-**

Entrar en el discurso de los delitos contra la administración pública requiere previa delimitación de lo que se entiende por *administración pública*, y establecer el campo conceptual de su competencia y jurisdicción, por lo cual empezaremos con un breve análisis del mismo para luego hacer un análisis de cada modalidad delictiva respectiva.

*La Administración Pública* es la entidad del Estado (instituciones públicas, personas con poder público, servidores y funcionarios públicos, etc.) debidamente organizada que concentra, proporciona y distribuye bienes y servicios públicos necesarios e indispensables a la sociedad, de tal forma que permitan lograr una convivencia pacífica y justa. Estos bienes y servicios pueden ser: la salud, educación, justicia, seguridad, etc., que siendo de categoría social colectiva son delegados al Estado para brindarlos por medio de un procedimiento de delegación del poder individual para crear un poder colectivo o público; así, cuando alguien altera el normal funcionamiento de la administración pública (este dar bienes y servicios, en forma justa, a la colectividad) comete delito, porque desnaturaliza

cómo se distribuyen, reparten, administran estos bienes y servicios, provocando con ello un daño político, económico y la vulneración a los derechos de los ciudadanos, como por ejemplo: desigualdad, discriminación, corrupción, abuso de autoridad, violación de derechos, malversación de fondos, peculado, colusión, etc., que constituyen Delitos contra la Administración Pública, es decir, la alteración o distorsión culposa o dolosa (por negligencia o intencional), de la distribución de los bienes y servicios a la colectividad. La Administración es un sistema de organización de los recursos humanos que se pueden aplicar tanto al área privada (empresas), o al área pública (Estado) puesto que dichos recursos del Estado –e incluso el Estado mismo- han sido generados por la aportación de todos los ciudadanos, a través de diferentes mecanismo como por ejemplo la cesión de la riqueza privada para formar la riqueza pública (tributos) o la cesión de parte de nuestro poder, fuerza –monopolio de la violencia- para dársela en monopolio al Estado -a través de los cargos públicos sometidos a elección popular, concurso- a fin de asegurar la seguridad y el orden social, etc.

*La Administración Pública* es la organización objetiva, de los bienes y servicios, con carga de responsabilidad subjetiva y pública; organización, estructuración, diseño, fuerza y poder organizativo público. Entelequia gramatical que encierra, crea, justifica y fundamenta un sistema de organización de objetos o factores que en el marco del Estado se identifican como bienes y servicios públicos.

La Administración Pública es un concepto lingüístico, por lo que resulta siendo antes una noción lingüística que social; y su expresión es un proceso cognoscitivo, de transferencia y posicionamiento como descripción de una finalidad, diagnóstico de una necesidad y afirmación de un mandato, a través del sistema lingüístico. La carga lingüística contiene el espíritu y el poder del pasado, presente y futuro, representación de la voluntad social imperativa. Es, además, un sistema público que organiza y garantiza el funcionamiento eficaz de la distribución de los bienes y servicios públicos. La Administración supone la existencia de «recursos públicos», y la condición de «indispensables» de los

mismos. En síntesis, la *Administración Pública* son las conductas (acción u omisión) para prestar bienes o servicios que tienen la calidad de públicos, porque nacen y se dirigen al público o sociedad toda.

Los delitos contra la administración pública son aquellas conductas humanas (acción u omisión) que violan los deberes de función pública, son transgresiones a los bienes y servicios públicos, que son aquellos emanados de toda la sociedad. Este tipo delictivo son, entonces, conductas típicas, antijurídicas, punibles que violan los deberes de función pública, transgreden los bienes y servicios públicos.

## **2.- El concepto de los delitos contra la administración pública.-**

Los delitos, en general, son construcciones legales mediante la cual se prescribe que una determinada conducta es ilícita, típica, antijurídica y punible. Los delitos contra la *administración pública* son una modalidad o tipo delictivo, que se centra en aquellas conductas que violan el bien jurídico *administración pública*, es decir, la transgresión son contra los *bienes y servicios públicos*, que el Estado tiene el deber de proporcionar.

El delito ha sido definido por la doctrina como aquella “conducta (acción u omisión), típica, antijurídica y punible”, que podría graficarse en la siguiente fórmula:

$$\underline{D = C + T + A + P}$$

Donde:

D = Delito. C = Conducta. T = Típico. A = Antijurídico. P = Punible.

En este mismo contexto la fórmula para los delitos contra la administración pública sería:

$$\underline{DCAP = C (\text{map}) + T + A + P}$$

Donde:

DCAP = Delito contra la administración pública. C = Conducta. map = modalidad que afecta a la administración pública (bienes y servicios públicos). T = Típico.



A = Antijurídico. P = Punible.

El factor que define la modalidad del tipo delictivo es la “conducta”, el modo (m) de conducta. Por ejemplo, en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad, los modos de conducta delictiva son: Violencia o Resistencia. La fórmula sería:

$$\underline{DVRA = C (v \text{ ó } r + a) + T + A + P}$$

Donde: DVRA = Delitos de violencia y resistencia a la autoridad. C = Conducta.

v = violencia. r = resistencia. a = autoridad. T = Típico A = Antijurídico.

P = Punible.

### **3.- La finalidad en los delitos contra la administración pública.-**

La Administración Pública es una entidad (organización, entidad, sujetos relacionados por la condición de servicio, etc.) que organiza los recursos públicos (bienes y servicios) y cuya finalidad es el bien común.

El Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia respecto a la finalidad de la persecución de los delitos contra la administración pública, indicando que ella es «el correcto funcionamiento de la administración pública»; concepción expuesta en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 00017-2011-PI/TC-LIMA-FISCAL DE LA NACIÓN, se establece en el numeral 4.3.14, que los fines constitucionales atribuidos de la persecución penal de los delitos contra la administración pública “(...) ha sido justificada desde el Derecho penal en el «correcto funcionamiento de la administración pública». Asimismo, agrega la sentencia del Tribunal Constitucional que “... la intervención en derechos fundamentales (...) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que ostentan contra principios constitucionales derivados esencialmente (...) los enunciado en el capítulo IV, *De la Función Pública*”, artículos 39º y siguientes de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, en la misma sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 00017-2011-PI/TC- LIMA - FISCAL DE LA NACIÓN, numeral 15 se prescribe: *“Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39º de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” (Cfr. Exps. Nsº 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44º de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N.º 008-2005-AI, fundamento N.º 14). A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. Exp. N.º 1271-2008-HC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. En esta misma línea el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece que: “Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”. (subrayado agregado).*

Así también en el mismo Exp. N.º 00017-2011-PI/TC- LIMA - FISCAL DE LA NACIÓN, numeral 16, ampliando su explicación se enuncia: *“Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la*

*corrupción, la cual establece que: «la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.»*. Así, el Tribunal Constitucional contiene innumerable jurisprudencia respecto a la concepción y necesidad de defensa del correcto funcionamiento de la administración pública, defensa de las instituciones públicas y valores democráticos.

#### **4.- Clasificación de los Delitos contra la Administración Pública**

Nuestro ordenamiento jurídico penal ha organizado y clasificado a los Delitos contra la Administración Pública en tres partes esquemáticas; sin embargo cabe aclarar que es mejor esquematizarlo en dos, por el sujeto que lo comete. Así diremos que los delitos contra la administración pública pueden (pero no deben) cometerse por: 1) particulares; y, 2) funcionarios y servidores públicos. No obstante el Código Penal peruano separa en un capítulo específico a aquellos delitos cometidos contra la administración de justicia, que se refiere a los magistrados, jueces, fiscales, servidores y auxiliares judiciales. Así la clasificación legal de los delitos cometidos contra la administración pública sería:

Delitos contra la Administración Pública:	1) Delitos cometidos por particulares
	2) Delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos
	3) Delitos cometidos por funcionarios y servidores judiciales

Esquemáticamente los delitos contra la Administración Pública han sido clasificados en nuestro ordenamiento jurídico penal de la siguiente manera:

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **CLASIFICACIÓN GENERAL:**

#### **I.- Delitos cometidos por particulares**

- 1.- Usurpación de Autoridad, Títulos y Honores
- 2.- Violencia y Resistencia a la Autoridad
- 3.- Desacato

#### **II.- Delitos cometidos por funcionarios públicos**

- 1.- Abuso de Autoridad
- 2.- Concusión
- 3.- Peculado
- 4.- Corrupción de Funcionarios

#### **III.- Delitos contra la administración de justicia**

- 1.- Delitos contra la función jurisdiccional
- 2.- Prevaricato
- 3.- Denegación y retardo de justicia

### **CLASIFICACIÓN ESPECÍFICA:**

#### **CAPITULO I**

#### **DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES**

##### **I: USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES**

- 1.- Usurpación de función pública
- 2.- Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce
- 3.- Ejercicio ilegal de profesión
- 4.- Participación en ejercicio ilegal de la profesión

##### **II: VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**

- 1.- Violencia contra la autoridad para obligarle a algo

- 2.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones
- 3.- Resistencia o desobediencia a la autoridad
- 4.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión
- 5.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión
- 6.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios
- 7.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios
- 8.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios
- 9.- Violencia contra autoridades elegidas
- 10.- atentado contra la conservación e identidad de objeto
- 11.- Negativa a colaborar con la administración de justicia
- 12.- atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso
- 13.- Sustracción de objetos requisados por autoridad

### **III: DESACATO**

- 1.- Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función

## **CAPITULO II:**

### **DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS**

#### **I: ABUSO DE AUTORIDAD**

- 1.- Abuso de autoridad

- 2.- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios
- 3.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales
- 4.- Denegación o deficiente apoyo policial
- 5.- Requerimiento indebido de la fuerza pública
- 6.- Abandono de cargo
- 7.- Nombramiento o aceptación ilegal

## **II: CONCUSION**

- 1.- Concusión
- 2.- Cobro indebido
- 3.- Colusión simple y agravada
- 4.- Patrocinio ilegal
- 5.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares

## **III.- PECULADO**

- 1.- Peculado doloso y culposo
- 2.- Peculado de uso
- 3.- Malversación
- 4.- Retardo injustificado de pago
- 5.- Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia

## **IV.- CORRUPCION DE FUNCIONARIOS**

- 1.- Cohecho pasivo propio
- 2.- Soborno internacional pasivo
- 3.- Cohecho pasivo impropio
- 4.- Cohecho pasivo específico
- 5.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales
- 6.- Cohecho activo genérico
- 7.- Cohecho activo transnacional
- 8.- Cohecho activo específico
- 9.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo
- 10.- Tráfico de influencias
- 11.- Enriquecimiento ilícito

- 12.- Decomiso
- 13.- Adjudicación al Estado de bienes decomisados

### **CAPITULO III**

## **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

### **I.- DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL**

- 1.- Denuncia calumniosa
- 2.- Ocultamiento de menor a las investigaciones
- 3.- Encubrimiento personal
- 4. Encubrimiento real
- 5.- Excusa absolutoria
- 6.- Omisión de denuncia
- 7.- Fuga del lugar del accidente de tránsito
- 8.- Falsedad en juicio
- 9.- Obstrucción de la justicia
- 10.- Revelación indebida de identidad
- 11.- Avocamiento ilegal de proceso en trámite
- 12.- Falsa declaración en procedimiento administrativo
- 13.- Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial
- 14.- Evasión mediante violencia o amenaza
- 15.- Favorecimiento a la fuga
- 16.- Amotinamiento de detenido o interno
- 17.- Fraude procesal
- 18.- Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano
- 19.- Insolvencia provocada

### **II.-PREVARICATO**

- 1.- Prevaricato
- 2.- Detención ilegal
- 3.- Prohibición de conocer un proceso que patrocinó
- 4.- Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial

### **III.- DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA**

- 1.- Negativa a administrar justicia
- 2.- Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales
- 3.- Omisión de ejercicio de la acción penal

### **IV.- DISPOSICIONES COMUNES**

- 1.- Funcionario o servidor público
- 2.- *Inhabilitación*
- 3.- Inhabilitación accesoria y especial

### **5.- Sujetos de Derecho de los Delitos contra la Administración Pública.-**

En el Derecho Penal se ha denominado como sujetos activos a los que cometen los delitos. En el presente caso, en los delitos contra la administración pública, los sujetos activos pueden ser clasificados en dos categorías o tipos de persona: 1) Personas particulares; 2) Funcionarios públicos. En tal sentido, el tipo delictivo se configura "cuando una persona particular, o un funcionario o servidor público altera el orden u organización, establecida por ley, de cómo se distribuyen los bienes y servicios públicos a la sociedad". Esta conceptualización responde a varias razones, como, por ejemplo, que la Administración Pública es un organismo que proporciona bienes y servicios "necesarios e indispensables" a la sociedad para posibilitar la pacífica y justa convivencia social, teniendo como objetivo el bien común; por lo que quienes alteran este orden, lo vician, vulneran, corrompen, lesionan, violan, limitan, distorsionan, desnaturalizan, y por lo tanto, cometen delito, que deja de tener un objetivo penal (castigar) y se sostiene como la tutela (protección, garantía, permanencia, etc.) de los bienes jurídicos (derechos).

La conceptualización como «sujeto de derecho», que apareciera como la designación de un «objeto», «cosa», es más bien la determinación de la «objetividad» o «racionalidad» con la que se distribuye las categorías que integran el sistema procesal penal, y permite darle un espacio en el esquema legal, de aquel



esquema que pronuncia y permite la determinación de una sanción, pena, o la desestimación de la misma.

#### **6.- Sujetos activos del Delito contra la Administración Pública.-**

En los delitos, cometidos contra la administración pública, existe una diferencia clara, para identificar la gravedad del fenómeno delictivo. Así, dichos delitos pueden ser cometidos por particulares, o por funcionarios públicos; de esta forma se establece la ubicación de los agentes delictivos. En términos comunes se puede decir que "cualquier persona puede cometer este tipo de delitos", siendo individualizado o "responsabilizado", según la "condición" o personalidad (persona particular, persona con calidad de funcionario), con la que ha actuado u omitido actuar, conducta del cual se deriva directa o indirectamente un perjuicio al bien jurídico denominado "administración pública". En paridad el daño es a varios factores; por un lado se afecta la organización u orden establecido como "administración pública", por otro lado, se afecta el patrimonio social (nacido del pacto social), las arcas fiscales, los bienes patrimoniales del Estado (es decir, que pertenecen a la sociedad y sólo están siendo administradas por el Estado. El agravio o daño es a la organización política administrativa, a la riqueza del Estado, a la representación delegada de administrar, política, económica y socialmente los bienes y servicios que se desprenden o provienen de cada individuo que conforma cada miembro de la nación. Así el agravio es a las propias instituciones públicas como entidades u organizaciones, al individuo en su calidad de ciudadano que paga sus tributos y cumple con los deberes establecidos por el Estado; así como el agravio es también a las arcas del estado, a la economía del Estado que permite organizar y distribuir los bienes y servicios públicos.

Por el agravio político el "delincuente" o infractor de la ley penal desvirtúa, desvía, daña el sistema de organización gubernamental, es decir, la relación de gobierno acordada entre los gobernantes y los gobernados; esto último entendiendo que la política se refiere a la «relación de gobierno».

Por el agravio económico, el delincuente viola, vulnera, rompe, quiebra, causa pérdida, etc., de aquella economía o presupuesto ingresado a las arcas del Estado a través de los tributos pagados por todos los ciudadanos, y que el Estado tiene el deber de conservar, utilizar adecuadamente, dar cuenta de su uso, controlar e invertir en beneficio de todos los ciudadanos a través de la "administración pública" como un bien o servicio jurídico.

Por el agravio jurídico social, colectivo, el Estado administra los bienes públicos con la finalidad, entre otras, de asegurar la igualdad, preservación de los derechos oportunidades, y no para que exista un desequilibrio producido por la mala utilización de los recursos públicos, afianzando lo colectivo, el interés colectivo frente al interés individual.

## **SECCIÓN II: DESARROLLO DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **TÍTULO I: DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES**

#### **1.- Generalidades.-**

Los delitos contra la administración pública cometidos por particulares es una modalidad delictiva, que teniendo como vulneración los bienes y servicios públicos son atribuidos o identificados por el tipo de sujeto que lo comete, o su condición civil, al de particulares, ciudadanos desprovistos de cualquier encargatura pública, por lo que no tienen, en el momento de cometer el delito, ningún poder público. Esta condición de no tener poder público no lo exonera de responsabilidad penal, aunque no tiene la misma (y mayor) gravedad de aquellos funcionarios o servidores públicos porque estos últimos además por dicha condición tiene el deber de no vulnerar o agravar los bienes y servicios públicos. Recordemos que la administración pública como un bien jurídico tutelado y garantizado por el

Estado son todos los bienes (tesoro, inmuebles, muebles, riqueza, etc., público) y los servicios (justicia, seguridad, salud, educación, etc.) El poder público por el cual ha sido investido una persona (en mérito a selección, concurso, confianza, examen, etc.) establece solo el poder o facultad para administrar lo público (bienes y servicios ( y a la vez prescribe el deber de no vulnerar los, pero a la vez, de no usar inadecuadamente, ilícitamente , perjudicialmente, aquel poder público del que ha sido investido o empoderado.

El particular no tiene un deber directo de cuidar la administración pública (bienes y servicios) puesto que no se le ha encargado directamente, su uso o administración, sin embargo si vulnera los mismos también comete delito porque vulnera un derecho protegido, un bien jurídico protegido (administración pública).

Por lo que la consideración específica de los delitos cometido por particulares solo esboza una de las variedades desde donde pueden ser cometidos los delitos, contra la administración pública, y la realidad hasta donde alcanza las posibilidades de la persona particular para vulnerar la administración pública.

Las modalidades por las que una persona particular puede cometer este tipo de delitos son de orden de: 1) apropiarse ilícitamente de un poder público (usurpación pública; 2) Ejercer violencia, o fuerza contra el ejercicio del poder público, que a su vez significa oponerse por la fuerza contra el poder de subordinación del Estado, ejercicio por el precepto de soberanía del estado; 3) poner resistencia o fuerza contra un mandato expresado del poder público resistencia es un acto que opera siempre y cuando hay una violencia contra la persona y este responde, resiste o se opone a cumplir dicho poder público. También es un quebrantamiento o afronta directa contra el poder de subordinación del Estado; 4) Desacato que es un poder particular para no obedecer al poder público.

Estas modalidades deja en claro que se puede cometer delitos contra la administración pública tanto desde fuera de la administración pública (por particulares sin poder público), como desde dentro de la administración pública, (funcionarios, servidores o trabajadores públicos).

La clasificación o definición de las modalidades de esta sección en donde se enmarca a los particulares parece dejar en el vacío otros tipos delictivos como los delitos cometidos por funcionarios públicos o servidores (peculado, colusión, concusión malversación, corrupción, etc.), dejando la sensación de impunidad en estos casos a los particulares porque aquellos habrían sido descritos y prescritos solo tomando como eje de referencia a los propios funcionarios o servidores públicos; y aunque la norma considera como ¿cómplice primario?, a los particulares que intervienen en dicho actos delictivos funcionales (delitos de función) y se considera como extraneus a los particulares, siempre existe esta percepción de impunidad de falta de tipos delictivos específicos para los delitos funcionales respecto de los particulares.

La discusión parece no supera los condicionamientos del concepto propios de los funcionarios públicos, es decir, que los particulares no han sido considerados como núcleos de los delitos funcionales (peculado, colusión, etc.) ¿esto podría resolverse agregando al tipo delictivo un adjetivo que identifique al autor del delito? Por ejemplo, peculado público y peculado particular; colusión pública y colusión particular, malversación pública y malversación privada? No obstante los conceptos actuales no supera el margen de los funcionarios o servidores públicos y se quedan aún en solo diferenciar los doctrinalmente como intraneus y extraneus.

Por lo pronto el debate está propuesto, a fin de incluir como autor directo y con delito específico a los llamados extraneus.

Los delitos contra la administración pública cometidos por particulares se ha subdivido en las siguientes modalidades: 1) Usurpación de autoridad, título y

hombres; 2) Violencia y resistencia a la autoridad; 3) Desacato. Dichos delitos tienen un eje de violación de la administración pública en la “usurpación”, en la “transgresión o violencia contra ella”, en la “resistencia contra dicha administración pública, y en el desacato.

Los delitos cometidos por particulares contra la administración pública, son aquellos delitos que un individuo, civil, que sin tener cargo o función pública, vulnera, transgrede, viola, el orden de la administración pública. La vulneración es contra el poder público, la supremacía estatal.

Esta clasificación parte de un tipo determinado de sujeto: una persona particular, que en otros términos significa, una persona sin uso ni poder público, en condiciones comunes a todo individuo. La frugalidad de esta concepción radica en un principio público básico el de soberanía estatal, por la cual toda persona dentro de una determinada sociedad debe someterse, subordinar su voluntad a la supremacía del Estado; esta última es una fuerza monopólica que tiene el estado, que reduce la fuerza del individuo justificado en el bien común.

La sub clasificación o modalidades de estos delitos son tres: 1) usurpación de autoridad, títulos y honores; 2) violencia y resistencia a la autoridad; 3) desacato. No hay que olvidar que en el centro de estos tipos delictivos se encuentra el poder público, sea esta denominada autoridad, títulos, honores, la conducta, siempre se tratará de una afectación a este poder público.

## **2.- Esquema de los delitos contra la administración pública cometidos por particulares.-**

El esquema de los delitos contra la administración pública cometidos por particulares es el siguiente:

<b>Delitos contra la administración pública</b>	
I. Delitos cometidos por particulares:	1) Usurpación de autoridad, título y honores
	2) Violencia y Resistencia a la Autoridad
	3) Desacato

### **3.- Los delitos de Usurpación Pública**

El delito de usurpación de poder público es una modalidad propia, creada en base a que consideramos que la modalidad delitos de usurpación, autoridad, títulos y honores están enmarcados dentro de una género mayor que es la usurpación del poder público, esto es que autoridad emana de un poder público los títulos honores son tal por estar revestidos del poder público. Así concluimos que la modalidad general es delito de usurpación del poder público.

Los códigos penales toman diversas modalidades para significar el delito de usurpación pública, así se preceptúa como tipos: la usurpación de autoridad, usurpación de títulos, honores, usurpación de funciones, etc. Todos estos tipos son sólo –a nuestro entender- modalidades de una demarcación general englobadora: la «usurpación pública», pues todas las submodalidades son sólo formas de «usurpar» lo construido dentro de lo definido como público, entendiendo éste como el poder, potestad, cargo, entidad oficial creada y justificada por la necesidad de lograr el bien común.

El Código Penal establece dentro de los “Delitos cometidos por particulares”, los siguientes delitos: 1.- Usurpación de Autoridad, Títulos y Honores; 2.- Violencia y Resistencia a la Autoridad; 3.- Desacato.

Los delitos de usurpación de poder público, o usurpación pública, es el marco general para explicar la conducta que regula y sanciona esta modalidad; la usurpación pública; que es una conducta específica por la que

una persona que no tiene aquel poder o encargatura pública, se apropia ilícitamente, sin derechos y sin título o encargo lícito.

Usurpar es la conducta; y público es aquello de lo que se ha apropiado por la usurpación. Usurpar es poseer sin derecho, o utilizar un derecho, cargo, función pública, sin tener justo título, sin legalidad, y menos legitimidad. Usurpar es la conducta pública, es el tipo de poder usurpado.

Este tipo delictivo es aquella conducta (hacer o no hacer) típica, antijurídica, imputable, culpable y punible, que se diferencia de los otros tipos delictivos por la modalidad de conducta ilícita y por los bienes jurídicos vulnerados; la conducta es la usurpación, y el bien jurídico es la administración pública; una singularidad sin embargo, que quien usurpe el poder público (autoridad, títulos, honores, etc.) tenga la condición de civil, persona particular, sin condición o poder pública usado en la ejecución del delito. Si el hecho fuera cometido por una persona en ejercicio de su cargo público (autoridad, etc.) el hecho delictivo no es usurpación (privado) sino puede ser abuso de autoridad, y este último solo puede ser perpetrado por un funcionario o servidor público (con poder público).

La usurpación es en su concepto mismo un acto contrario a derecho, que tiene en sus efectos varias variables; por un lado es una vulneración de la soberanía del Estado y de su poder para otorgar facultades pública a ciertas personas y negar, excluir o no incluir a otras personas; la soberanía así se afecta con la usurpación; por otro lado, se afecta también al individuo usurpado, que con justo título le corresponde el poder público que le ha sido arrebatado por el usurpador; el agraviado así no es solo el Estado en su soberanía y monopolio de la organización y funcionamiento de la administración pública, sino el individuo y su derecho a ejercer parte del monopolio de la administración pública; además surge un tercer agraviado directo, la sociedad, que es quien sufre las consecuencias de un ejercicio nulo, inadecuado y perjudicial de los servicios y bienes administrados para su bien común. Aquí no acaba el listado de agraviados, porque además debe

considerarse que el mismo imputado es una porción social y la desorganización social sufrida por el delito público afecta directa o indirectamente al propio imputado. Esta última consideración se desvanece frente a la imputación, porque el causante es el mismo, aunque el delito también afecta al imputado.

Usurpar requiere comprobar si aquel no tiene título justo para realizar actividad pública. Usurpar requiere que se determine las fuentes que autorizan el ejercicio de cierto poder público; así, un alcalde solo podrá ejercer las funciones si ha sido designado a través de un proceso de elección y cuyas credenciales le hayan sido otorgadas por la autoridad competente. El fenómeno se centra en demostrar la existencia del título justo que acredite, habilite, para ejercer un acto funcional o para utilizar un cargo funcional. Surge una pregunta inevitable ¿en una entidad privada puede existir el delito de usurpación?

El delito de usurpación pública es el ejercicio de un poder o facultad nacida del orden público, poder que le pertenece a otra persona, y por lo tanto, surte en aquel una afectación dañosa.

La usurpación es el acto de arrebatar, desojar de un bien que no le corresponde, exige que existe previamente aquel poder público que pueda ser objeto de usurpación. Tres sujetos se encuentran entrelazados, usurpador, usurpado y poder público. En consecuencia se presenta un agente delictivo, sujeto activo (usurpador) y dos sujetos agraviados (usurpado y poder público o Estado).

#### **4.- Esquema del delito de usurpación pública.-**

El delito de usurpación pública puede esquematizarse de la siguiente manera:



<b>Delitos contra la administración pública</b>			
I. Delitos cometidos por particulares	Delito de usurpación pública:	1) Usurpación de autoridad, título y honores:	1.- Usurpación de función pública
			2.- Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce
			3.- Ejercicio ilegal de profesión
			4.- Participación en ejercicio ilegal de la profesión

El delito de usurpación pública se comete cuando una persona en su condición de particular “usurpa”, ejerce un poder público sin título legal y legítimo. Esto porque los poderes públicos nacen de la delegación directa o indirecta de la representación social; es decir, nacen de toda la delegación del poder de toda la sociedad. La “usurpación” se define como el uso de un poder que no se tiene legítimamente; es decir, no le corresponde. Así, no es sólo posesión del poder público, sino ejercicio de las bondades, beneficios o facultades que da ese poder público.

La usurpación no es solo el acto de querer arrebatar, etc., sino constituye un ejercicio o uso del bien o poder público arrebatado, ajeno. Por ejemplo, a una persona se le encuentre en su poder una insignia (de juez, fiscal, etc.) o un carnet de autoridad, no constituye, dicha posesión delito de usurpación de autoridad más propiamente podría tratarse de un delito de apropiación ilícita, hurto, robo, puesto que la posesión (no es propietario) de un instrumento conteniendo el poder público (carnet de autoridad), no es suficiente, es necesario la posesión y el ejercicio del poder público que no le corresponde, que le pertenece a otro.

Otro fenómeno se presenta cuando una persona ejerce un poder privado, por ejemplo, suplanta la identidad para otro, lo que podría constituir una modalidad de estafa.

La usurpación, además, es un término que individualmente puede constituir un delito diferente, como es el caso de nuestro ordenamiento jurídico penal con el delito de usurpación que es una modalidad del delito general de delitos contra el patrimonio y que consiste en apropiarse, apoderarse ilegítimamente, sin título justo de un terreno ajeno.

El poder es a su vez público y privado. El poder público es aquel dado por el Estado, y están determinados en cargos o funciones públicas, desde el de presidente de la república, hasta el de trabajador público. Su origen es entonces dado dentro de ciertos requisitos públicos establecidos y protocolarmente ejecutados. Este poder público da competencia para desenvolverse dentro del marco de los bienes y servicios públicos, es decir, dentro de los bienes y servicios que son posibles gracias a que nacen de la delegación de la representación dada por toda la sociedad, puesto que se origina en la sociedad, a través de diversos mecanismos como las elecciones políticas, los tributos, etc.

El poder privado es aquel que no viene de los mecanismos de delegación social – elecciones políticas, tributos-, sino de las relaciones entre los individuos particulares por diversas circunstancias, que no tienen que relación directa con el poder público. Cabe una pregunta: ¿cómo se regulan aquellos casos en los cuáles una persona particular usurpa un poder privado?, se hace pasar, por ejemplo, jefe de una tienda comercial, etc. Esto podría constituir un delito de estafa, o un delito que estuviera dentro de los supuestos cometidos por particulares.

## **CAPITULO I:**

### **DELITO DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES**

#### **1.- Generalidades del delito de usurpación de autoridad, títulos y honores.-**

Los delitos de usurpación de autoridad, título y honores, son aquellos en los cuales una persona usurpa una función pública, ostenta distintivos de función o

cargos que no ejerce, hace ejercicio ilegal de una profesión, o, participa en el ejercicio ilegal de una profesión.

## 2.- Esquema del delito de usurpación de autoridad, título y honores.-

El esquema es la siguiente:

<b>Delitos contra la administración pública</b>		
I. Delitos cometidos por particulares	1) Usurpación de autoridad, título y honores:	1.- Usurpación de función pública
		2.- Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce
		3.- Ejercicio ilegal de profesión
		4.- Participación en ejercicio ilegal de la profesión

\*\*\*

La «usurpación» en sentido general es el falseamiento de una condición profesional, social pública, con carga delictiva, y proyección a exposición futuro del desequilibrio, desorganización de la estructura social del poder público. Aniquilamiento de las estructuras o factores públicos del poder, que conciben o definen posiciones y posicionamientos. La usurpación de autoridad como aquel hecho por el cual una persona se posiciona en el lugar, cargo, facultad pública de otro, en forma ilegítima, dañina y arbitraria. De esta forma sólo puede haber usurpación de un derecho o facultad reconocido, protegido o tutelado como condición pública. Por ejemplo, si una persona usurpa el nombre de otra persona, este solo podrá ser si es que el nombre ha sido o sufrido un proceso de interiorización o adhesión al ordenamiento público, como el hecho de haber sido registrado vía documento municipal de Partida de Nacimiento, estar consignado en el Reniec, Registro nacional de identidad civil. De la misma manera, cuando se refiere a la usurpación de autoridad se hace referencia a que se ha posesionado en el derecho y atribuciones delegadas por el Estado, delegadas a su vez -a través de la delegación popular- por el ciudadano.

Los delitos tipificados cometidos por los particulares contra la administración pública son: 1.- Usurpación; 2.- Violencia y Resistencia a la Autoridad; 3.- Desacato.

El delito de usurpación de autoridad, es una modalidad que se refiere a la vulneración de una submodalidad de la administración pública; la autoridad. Expliquemos, la sociedad está organizada por una entidad monopólica que a la vez que integra a todos, también designa específicamente a quienes van a cumplir un rol para su funcionamiento. De tal manera el Estado está organizado por entidades concentradoras del poder público, y por específicos individuos empoderados para hacerse cargo de una parte pequeña del funcionamiento del estado, que tiene como fin último el bien común y la paz social. El Estado se organiza así con entidades y personas para su administración, las entidades son los poderes del Estado como el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, así como las instituciones autónomas, los gobiernos regionales, los gobiernos municipales y todas las otras entidades públicas; a su vez estas entidades requieren personas naturales, reales, que realicen las funciones para las cuales han sido creada las instituciones públicas, como administrar justicia (a cargo de jueces), administrar la salud (a cargo de médicos), administrar la seguridad interna (a cargo de los policías), administrar la educación (a cargo de los profesores), y administra todos los servicios y bienes públicos en pro del bien común. Estos administradores de los bienes y servicios públicos han sido organizados y denominados según sus funciones o actividades realizados. A un grupo definido de personas que tienen la responsabilidad de dirigir, gestionar, decidir cómo se administran los servicios y bienes públicos se les ha denominado autoridades, es decir “autorizaos por el Estado para ejercer actos de decisión, decidir cómo funciona el servicio y bien público; los que cumplen la orden que provienen del encargado del decidir, se denomina

servidores o trabajadores públicos, porque trabajan para el Estado, y no deciden, respecto del funcionamiento, sino cumplen las órdenes de dirección.

La autoridad es que el funcionario público que ingresó al Estado a través de los diversos mecanismos de ingreso (selección, elección, concurso, etc.) tiene el derecho y el deber de decidir el funcionamiento de las actividades requeridas por el Estado para cumplir sus funciones sociales. Este proceso de ingreso legal al servicio del Estado da un título justo para ejercer (dentro de un área determinada) el ejercicio del poder público. Así son autoridades públicas aquellos que cumplen una función decisoria pública específica; siendo que sin dicho título justo para ser autoridad no adquieren la condición de aquel.

Por la que cuando existe un delito de usurpación de autoridad, se refiere a aquella conducta por la cual una persona sin título justo, realiza funciones de dirección que solo le corresponden a la autoridad (autorizada para tales actos funcionales). Esto en mérito a la monopolización y determinación de las funciones públicas, y de quienes lo pueden realizar.

El delito de usurpación se comete de hecho, es decir en la praxis; ahora, si el imputado se atribuye o presenta un título presuntamente lícito pero realmente ilegal, se quede sumar el delito de falsificación genérica de documentos.

El núcleo de este tipo delictivo es que no exista título que acredite la calidad de autoridad.

Es necesario además explicitar a quienes se considera autoridades, las que se encuentran en nuestro ordenamiento legal. Así, son autoridades públicas los representantes o titulares de los poderes del Estado o de las instituciones públicas autónomas y de todas las instituciones públicas; entran en este rango, el presidente de la república, los congresistas, los jueces, los ministros de Estado, los gobernadores regionales, los alcaldes municipales, los directores ministeriales, regionales, y todas aquellas que

tienen a su cargo la dirección o algún acto de decisión respecto de la administración pública.

La ley del procedimiento administrativo general la constitución y el código penal prescriben quienes son considerados autoridades, funcionarios públicos.

Respecto a la usurpación de títulos la norma se refiere a la categoría pública que acredita la profesionalización (condición académica profesional) que da el Estado, o garantiza; así son títulos públicos los que acredita el Estado como tal. De esta forma quien se atribuye o usurpa títulos que no le corresponden comete delito de usurpación de títulos.

Respecto a la usurpación de autoridad es suplantar o ponerse en la posición de una autoridad; mientras que la usurpación de funciones es suplantar una conducta, no a una persona (como en la usurpación de autoridad), sino usurpar una función (conducta determinada).

### **3.- Concepto del Delito de Usurpación de autoridad, títulos y honores.-**

La *usurpación* es definida como el acto de “apoderarse de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro, por lo general con violencia”. También es conceptualizada como el hecho de “arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro y usarlos como si fueran propios”. Usurpar significaría apoderarse ilegítimamente (sin título justo) de los derechos, facultades, atribuciones, poderes, que corresponden legítimamente a otro; y utilizar dicha posición para efectuar operaciones propias de los derechos del usurpado. Por lo cual, comete delito de usurpación quien se posiciona, usa, disfruta –sin justo título- de los derechos, potestades, o atribuciones que le corresponden a otra persona.

Dos factores en el concepto de usurpación: 1) Apropiarse de un cargo, puesto, título, dignidad, etc.; 2) usar, disfrutar, manejar, etc., dichos cargos, puestos, títulos, dignidades. Usurpación es apoderarse ilegítimamente de una posición, cargo, título, dignidad, etc., que le pertenece a otra persona. Esto conlleva a presuponer que existe un derecho anterior, reconocido legalmente en norma

jurídica. La preexistencia de este derecho, entonces, es pre requisito para que se pueda configurar cualquier usurpación; si este derecho no existiera en acto cierto y legal no podría denominarse usurpación. ¿Qué se puede usurpar? Derechos, honores, títulos, cargos, posiciones.

El delito de usurpación de autoridad, títulos y honores es básicamente un delito de usurpación de un poder público, éste último representado en una categoría funcional, como la de *autoridad, título u honor*. La autoridad es un categoría nacida del poder público que es a su vez sólo creada por efecto de representación para la administración de los bienes y servicios públicos. Así, quien *usurpa* una autoridad, título u honor, esta ejerciendo un poder que no le corresponde, porque no tiene dicha autoridad, título u honor en mérito a un legítimo procedimiento, sino que ilícitamente, sin poder, ni representación alguna, hace suyo una condición (autoridad), título u honor.

El delito de usurpación de autoridad, título y honores –dentro de los delitos contra la administración pública cometidos por particulares- es aquella conducta (acción u omisión) que usurpa –ejerce sin tener derecho- un poder público, que puede tomar las modalidades de: a) usurpación de función pública; b) Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce; c) Ejercicio ilegal de la profesión; y, d) Participación en el ejercicio ilegal de la profesión; Dicha conducta es ilícita, típica, antijurídica y punible que transgrede los bienes y servicios públicos que el Estado a través de la buena administración pública tiene el deber de proveer.

##### **5.- Delito de Usurpación de Autoridad en el Código Penal.-**

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal se establece en el Código Penal lo siguiente: “**Artículo 361.-** El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor

de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. "

El Código Penal en este punto es reiterativo y hasta tautológico porque expresa que usurpa una función pública, "el que sin título o nombramiento"; siendo que quien tiene título o nombramiento no puede, por sobreentendido cometer usurpación de función pública si es que realiza actos que derivan de su potestad o facultad de estar determinado por la condición dada por su título o nombramiento.

#### **6.- Tipos o clases de delitos de usurpación de autoridad.-**

Los tipos o clases de delitos de usurpación de autoridad son los que se consignan a continuación: 1.- Usurpación de función pública; 2.- Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce; 3.- Ejercicio ilegal de profesión; 4.- Participación en ejercicio ilegal de la profesión.

### **SUB CAPÍTULO I:**

#### **USURPACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA**

##### **1.- Generalidades del delito de usurpación de función pública.-**

El ordenamiento jurídico penal peruano ha subclasificado al delito de usurpación de función pública por debajo del delito de usurpación de autoridad, títulos y honores, siendo que éste último sería clasificado dentro de la modalidad de delitos cometidos por particulares contra la administración pública.

##### **1.1.- Complejidad de la concepción del delito de usurpación de función pública**

En este tipo de delitos aún no ha quedado suficientemente clasificada dentro de un concepto marco que pueda discriminar otros tipos delictivos y unir solo aquellos que se encuentran dentro del marco general del tipo delictivo. Para ello se puede recurrir al tipo de sujeto activo (imputado) o sujeto pasivo (agraviado), al bien jurídico agraviado, tipo de agravio, etc. Hemos encontrado un marco que nos



parece encuadrar en este tipo delictivo, como propuesta. En todos ellos se trata de la usurpación del poder público, que puede darse pues en los subtipos o modalidades de usurpación como «de función pública», «de autoridad», «de ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce», «ejercicio ilegal de profesión», «participación en ejercicio ilegal de la profesión». El tipo general debería ser el de «Usurpación», sin embargo este término también se utiliza para configurar un delito contra el patrimonio, que es el delito de usurpación, que trata de la usurpación de bienes inmuebles.

### **1.2.- Delitos de Usurpación de funciones**

De acuerdo con la Enciclopedia Jurídica en línea, la usurpación de funciones requiere de requisitos esenciales, como: “el ejercicio de actos propios de autoridad o funcionario público”, que serían “aquellos comprendidos taxativamente en la disposición legal o reglamentaria que regula tales actos y aquellos que están comprendidos en la línea general o en el contexto de las atribuciones conferidas a la autoridad o funcionario público”. Asimismo, se agrega que otro de los requisitos “consiste en atribuirse carácter oficial” “para ejercer los actos propios de esa autoridad o funcionario público”. Según esta concepción, “El delito de usurpación de funciones públicas es un delito de simple actividad, es decir, que no requiere resultado lesivo alguno para su perfección. Sujeto activo de este delito puede serlo cualquier persona, incluso una autoridad o funcionario público que realice actos que estén fuera o al margen de su competencia específica”. Además se agrega que en dicha legislación – Valencia- “Con respecto al componente subjetivo del delito, el Código Penal no prevé la forma imprudente, por lo que sólo puede ser cometido en forma dolosa, bastando el dolo eventual.”. (Enciclopedia Jurídica).

Como dijimos, el delito de usurpación de funciones públicas es aquella conducta ilícita mediante la cual un sujeto ejerce el poder público sin título o nombramiento legítimo. Una función es una conducta (acción u omisión) con carga pública, es decir, que tenga su origen, justificación, y posibilidad de ejecución, en una

necesidad pública (administración de los bienes y servicios públicos), y que por tal tenga el carácter de conducta pública, en el sentido que está cargada o adherida siempre a un poder público, aquello que el Estado tiene la obligación de realizar y que para tal efecto, delega en las personas específicas para realizarlas, como condiciones fundamentales para lograr el bien común.

Usurpar es tomar el lugar, la posición, el cargo, la conducta, que le corresponde a otra persona en su calidad de servidor o funcionario público. No puede haber usurpación, entonces, si es que a quien supuestamente se usurpa, no goza de dicha potestad, facultad, conducta, acción u omisión usurpada. Usurpar es un término definitorio porque considera una alteración, o violación de un derecho, facultad, poder. Una persona que toma el lugar de otra, pero por procedimientos permitidos, o delegación legítima no estará cometiendo usurpación. Asimismo, una función pública sólo puede ser aquella que está establecida en la ley o reglamentos, en estos casos en las Reglamentos de organización y funciones de las instituciones. Es decir, la existencia de todo el organismos estatal, del desarrollo de las actividades producto de la existencia del Estado permite que este tipo delictivo existe. Esto quiere decir, que sin Estado, y desarrollo a través de delegaciones en personas, no podría existir el delito de usurpación de funciones. En este tipo delictivo el indicativo del delito está en el ejercicio, uso y abuso del poder público que le corresponde a otro; no siendo el resultado de este uso, ejercicio y abuso del poder político lo que constituye el delito, sino simplemente la «usurpación», o toma de posición o lugar de sujeto con carga o poder público (servidor o funcionario público), es decir, con el deber de realizar actos, conductas (acción u omisión) que tienen que ver con cumplir administrar los bienes o servicios «necesarios» o clasificados como «indispensables» para lograr el buen funcionamiento de la administración pública en pro de lograr el bien común y por ende proteger, promover y garantizar los derechos que tienen todos los ciudadanos que han confiado en el Estado parte de su poder. El delito de usurpación de funciones públicas, entonces, no afecta al Estado como ente abstracto, sino al poder de todos los ciudadanos que han delegado parte de su poder privado, para

formar, generar y promover conductas (hacer o no hacer) públicas, es decir, «necesarias» para la existencia de la organización social que a su vez es necesaria para una convivencia pacífica, equilibrada y en derecho.

Las funciones públicas, nacen, entonces, de la necesidad de organización de los bienes y servicios públicos, que, por acuerdo, o representación delegada de los ciudadanos ha recaído en el Estado, que a su vez por delegación ha dado a cada persona, atribuyéndole un poder público (capacidad de hacer o no hacer) para cumplir con los fines públicos.

### **1.3.- De los Bienes Jurídicos protegidos del delito de usurpación de función pública.-**

Respecto de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho, la teoría clásica ha denominado así a dichos efectos, derechos; sin embargo, aunque los bienes jurídicos se han clasifica en bienes materiales e inmateriales, bienes muebles e inmuebles, creemos que el concepto de bien está más bien dentro de las categorías de las «cosas» u «objetos», por lo que creemos más bien que deberían llamarse no bienes jurídicos protegidos, sino «Derechos»; esto en razón a que los «derechos» se refieren más bien inherentemente a una cualidad, garantía, peculiaridad, o aspecto natural al ser humano, que tiene en si carga propia. No es lo mismo que la vida es un bien jurídico, que la vida es un derecho; por el primer concepto, la vida como bien jurídico es un objeto, y en el extremo un sujeto de derechos; en el segundo caso, si la vida es un derecho, tiene una carga intrapersonal, adherida a la persona, siendo la vida no un objeto, sino un sujeto de derecho. Dicho aquello es necesario determinar cuál es el bien jurídico –usando la teoría anterior para no confundirla con nuestra propuesta- tutelado en los delitos de usurpación de función pública.

Los doctrinarios, jueces, fiscales, abogados y escritores contemporáneos han concebido que el bien jurídico protegido en los delitos de usurpación de funciones públicas es el «buen y correcto funcionamiento de la administración pública»;

cosa que me sorprende porque lo que el Derecho pretende no es determinar el funcionamiento de una cosa: administración pública, sino regular las conductas, que por tener una carga en la voluntad –facultad para decidir hacer o no hacer algo-, tienen en la sociedad también una carga de responsabilidad, ya sea civil o penal. El bien jurídico protegido no es a nuestro parecer sino más que la conducta en los actos de administración pública, es decir, en los actos sobre bienes y servicios públicos. Según Fidel Rojas el bien jurídico protegido es “...el correcto funcionamiento de la administración pública. El objeto específico es el de garantizar la exclusividad en la titularidad y ejercicio de las funciones públicas a los órganos y agentes estatales.” (Rojas, Grijley, pág. 653).

Nos parece que se pierde de vista el objetivo del Derecho Penal, que es el de sancionar las «conductas delictivas», que atenten o violen los «bienes jurídicos tutelados». En este entendido lo que el Estado busca con el Derecho Penal es que el poder entregado a un particular sea ejercido por persona distinta, es decir, sin haber pasado y obtenido las credenciales para el ejercicio de determinada función. La Administración pública no es la única afectada en este tipo delictivo, sino toda la sociedad porque la administración pública existe para garantizar se provean los bienes y servicios públicos. La Administración pública es una función, no un derecho, ni un principio. Lo vulnerado es la voluntad general.

#### **1.4.- Sujeto Activo y Pasivo en los delitos de usurpación de función pública.-**

Respecto al Sujeto Activo, éste puede ser cualquier persona y el servidor o funcionario público. Sujeto Activo se le denomina a quien comete el acto delictivo, llamado imputado, y en el proceso judicial de diversas maneras: imputado, denunciado, acusado, reo, etc. Sin embargo es claro precisar que no estamos de acuerdo con la denominación de «Sujeto Activo» a este personaje delictivo, puesto que cabría más denominarlo «Sujeto Delictivo», puesto que el Derecho no está hecho para los especialistas sino para la generalidad de la sociedad. Asimismo, pensamos que tampoco cabe el nombre de sujeto pasivo, al agraviado, sino, como propuesta, debería ser denominado «Sujeto Agraviado».

El Sujeto activo, para nosotros «Sujeto Delictivo» puede ser:

- Cualquier persona natural que usurpe una función pública
- Cualquier servidor o funcionario público que usurpe una función pública

El Sujeto pasivo, para nosotros «Sujeto Agraviado», podría ser:

- El Estado por ser el titular de la «administración pública»

Y aunque la norma no recoge esta opinión, creemos que también debería ser sujeto agraviado, aquella persona a la cual se le ha «usurpado en sus funciones públicas», en el caso de existir directo agraviado.

En este tipo de delitos se presupone que el agraviado es siempre el Estado, y este se concibe dentro de la «Administración Pública», como un objeto o bien que debe tutelarse por el Derecho; sin embargo, no es exactamente «La Administración Pública» lo relevante, puesto que siendo aquel un objeto, lo que se regula no son los objetos, sino las conductas que se producen respecto de un objeto determinado. Por ejemplo, la administración pública consiste, en este contexto, todas las conductas de las personas (hacer o no hacer) que tienen carácter «oficial», conductas con carga de «oficial», es decir, de representación, o en representación del Estado, que en el fondo resultaría siendo la representación de toda la sociedad. Una función pública es entonces, una conducta oficial, que se realiza por delegación del poder público u oficial.

El sujeto pasivo, no es entonces sólo el Estado, sino toda la sociedad, y además la persona a la cual se ha usurpado la función. Esta idea es necesaria afianzar porque si bien el Derecho Penal tiene en su esencia y por su efectividad, el carácter de «instrumento para sancionar», su fuente de inspiración no debe ser la sanción sino la reparación penal, y digo penal, porque no se trata sólo de mandar al penal, a la cárcel a un individuo que ha cometido un delito, que ese debe dejar de ser el contenido existencial, real, y actual, del Derecho Penal, sino que debe «servir»

para algo que trascienda al simple castigo. Todo el Código Penal nos muestra que la concepción de aquella pareciera ser sólo una respuesta al ente delictivo, no al fenómeno delictivo. Es decir, imponer una sanción al criminal, delincuente, no reparar, resarcir, reconducir y producir un efecto en el delincuente. Las sanciones penales muestran lo que se indica; los artículos penales, aparte de tipificar el ilícito en un delito o falta, tienen como sanción penal como eje principal y no la reparación penal, que parece no existir. El Código Penal dice, por ejemplo, que ante la comisión de tal delito, la persona será sancionada con pena privativa de la libertad de tantos años hasta tantos años, pero no agrega que el sancionado «debe estar obligado a reparar penalmente el daño»; el delito en esta concepción queda impune, porque la cárcel no resuelve el problema, no produce una compensación suficiente o eficiente como respuesta social. Un delincuente tiene que devolver el daño y transformarlo –a través de una conducta impuesta- en un beneficio para el agraviado y la sociedad toda.

#### 1.5.- **Clasificación de Sujetos** de los delitos de usurpación de función pública:

Para nosotros existe la siguiente clasificación de sujetos:

##### **a) Sujeto delictivo (Sujeto Activo)** de los delitos de usurpación de función pública.-

Que en el caso de los delitos de usurpación de funciones podrían ser, según la modalidad, conducta adoptada y calidad o facultad de la persona (persona privada, servidor o funcionario público):

- Cualquier persona particular que haya usurpado funciones públicas
- Cualquier servidor público que haya usurpado funciones públicas
- Cualquier Funcionario público que haya usurpado funciones públicas
- Cualquier autoridad que haya usurpado funciones públicas

Por persona particular debemos entender aquella persona que no tenga un cargo público, es decir, que no trabaje en una institución del Estado. Por servidor

público entendemos a todo trabajador del Estado que no tiene «capacidad de decisión» o «dirección». Por Funcionario Público se considera a los trabajadores del Estado que tienen «capacidad de decisión y/ o dirección» de las actividades públicas. Por Autoridad se considera a aquellas personas que han sido designado o nombradas como tales mediante procedimiento legal respectivo.

**b) Sujeto Agraviado (Sujeto Pasivo)** de los delitos de usurpación de función pública.-

Será aquel que ha sufrido el daño o la vulneración de un bien jurídico, que en el caso de los delitos de usurpación de funciones es el Estado; pero este ¿por quién es representado en el juicio? El fiscal es una entidad pública, que representa al Estado pero no directamente a la administración pública, sino que atañe a todos los delitos; mientras que el Procurador Público de cada institución, que se encarga de la defensa del Estado, es siempre una persona pública indirecta, pues no es el verdadero afectado con el hecho delictivo; por ello el servidor o funcionario público del cual se ha usurpado la función pública es esencialmente el sujeto agraviado. No olvidemos que una función pública es la conducta oficial encargada por ley para que se actúe en representación del Estado.

### **1.6.- Funciones Públicas.-**

Las funciones públicas se encuentran establecidas en la Constitución, leyes, reglamentos, directivas y demás normas en las cuales se determinen cuáles son las “funciones públicas”, como los Manuales de Organización y Funciones de las instituciones. Siendo el Derecho Penal taxativo, expreso, y típico, es necesario que la función alegada usurpada en los delitos de usurpación de funciones se encuentre expresamente escrita en una ley o norma jurídica específica.

Según el Diccionario Jurídico elemental de Cabanellas, se expresa: “\*FUNCIONARIO. Aunque palabra muy difícil de concretar, por las diversas opiniones acerca de su amplitud, cabe establecer provisionalmente que funcionario es toda persona que desempeña una función o servicio, por lo general

público. La Academia, se inclina resueltamente a la equiparación de funcionario con empleado público. PÚBLICO. Quien desempeña una función pública. \*FUNCIONES PÚBLICAS. El tratadista Mayer entiende por función pública "un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación de Derecho Público de servirle (...) Público: De autoridad o funcionario, como contrapuesto a lo privado. Oficial." (Cabanellas, 1993, pág. 142).

#### **a) Las funciones públicas en el Tribunal Constitucional.-**

El Tribunal Constitucional tiene su Manual de Organización y Funciones, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 119-2011-P/TC, y en la cual se encuentran la siguiente estructura u organización de funciones: Alta Dirección: Pleno del Tribunal Constitucional, Presidencia, Secretaria General, - Oficina de Trámite Documentario. Órgano de Control Institucional: Oficina de Control Institucional. Órgano de Defensa jurídica: Oficina de Procuraduría Pública. **Órganos de Asesoramiento:** Oficina de Proyectos, Oficina de Proyectos, Oficina de Planeamiento y Desarrollo, Oficina de Asesoría Jurídica, Oficina de Presupuesto y Estadística. Órganos de Apoyo: Dirección General de Administración: - Oficina de Administración de Personal, - Oficina de Contabilidad y Tesorería, - Oficina de Abastecimiento, - Oficina de Imagen Institucional, - Oficina de Tecnologías de la Información. Órganos de Línea: Gabinete de asesores Jurisdiccionales, Secretaría Relatoría. Órgano Académico y de Investigación: Centro de Estudios Constitucionales

#### **1.7.- Estructura según cargo en el Tribunal Constitucional:**

Cargo Estructural: Magistrados del Tribunal Constitucional. Pleno del Tribunal

**a) Cargo Estructural.- Pleno del Tribunal:** Magistrado del Tribunal Constitucional, Secretaría II, Auxiliar Administrativo I, Asesor de Presidencia. **Secretaría General:** Secretario General, Secretaria II, Coordinador Parlamentario, Analista de Sistemas I, Asesor de Magistrado, Técnico



Administrativo II, Técnico Administrativo I, Técnico Administrativo I, Chofer, Chofer, Auxiliar Administrativo I. **Oficina de Trámite Documentario y Archivo:** Jefe de Trámite Documentario, Especialista I, Técnico Administrativo II, Técnico Administrativo I. **Órgano de Control Institucional:** Jefe de Control Institucional, Abogado I, Auditor I. **Órgano de Defensa Jurídica:** Oficina de Procuraduría Pública, Procurador Público, Abogado II. **Órgano de Asesoramiento:** Oficina de Proyectos, Jefe de Proyectos, Analista de Proyectos I, Oficina de Planeamiento y Desarrollo, Jefe de Planeamiento y Desarrollo, Asistente de Planificación y Racionalización I, Oficina de Asesoría Jurídica, Jefe de Asesoría Jurídica. **Oficina de Presupuesto y Estadística:** Jefe de Presupuesto y Estadística, Asistente de Presupuesto I. **Órganos de Apoyo:** Dirección General de Administración: Director General de Administración, Secretaría II, Especialista I, Especialista I. Oficina de Administración del Personal. Jefe de Administración de Personal, Especialista II, Asistente I, Asistente Social. Oficina de Contabilidad y Tesorería: Jefe de Contabilidad y Tesorería: Especialista II, Asistente I, Técnico Administrativo I. Oficina de Abastecimiento: Jefe de Abastecimiento, Secretaria II, Técnico, Administrativo II, Técnico Administrativo I, Técnico Administrativo I, Auxiliar Administrativo I. Oficina de Imagen Institucional: Jefe de Imagen Institucional, Especialista de Prensa, Especialista de Protocolo I, Especialista en Comunicaciones I, Técnico I. Oficina de Tecnología de la información: Jefe de Tecnologías de la Información, Técnicos de Sistemas II. **Órganos de Línea:** Gabinete de Asesores Jurisdiccionales: Asesor Jurisdiccional, Especialista en Asunto Jurisdiccionales II, Especialista en Asuntos Jurisdiccionales I, Auxiliar Administrativo I; Secretaría Relatoría: Secretario Relator, Especialista III, Especialista I, Abogado I, Lingüista, Técnico en Abogacía II, Técnico en Abogacía I, Técnico Administrativo II, Técnico Administrativo II, Secretaría II, Digitadora I, Asistente Administrativo I, Auxiliar Administrativo I. **Órgano Académico y de Investigación:** Centro de Estudios Constitucionales: Director Ejecutivo, Asistente I, Secretaria II, Director Académico, Técnico Administrativo II, Técnico I, Especialista I, Técnico Administrativo I, Director de Publicaciones y Documentación, Técnico II.

**b) Las funciones públicas en el Poder Judicial:**

El Poder Judicial también está reglamentado por un Manual de Organización y Funciones, y por el Reglamento de Organización y Funciones. Los cargos son los siguientes: Magistrados: Presidente de la Corte Suprema, Presidente de la Sala Suprema, Juez Supremo Titular, Presidente de Corte Superior, Juez Superior Titular, Juez Superior Provisional, Juez Especializado Titular, Juez Especializado Provisional, Juez de Paz Letrado Titular, Juez de Paz Letrado Provisional, Juez de Paz Letrado Suplente. Relator, Secretario de sala (Según Ley Orgánica del Poder Judicial). Auxiliares Jurisdiccionales y administrativos de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 276: Directivo F-2, Directivo F-1, Profesional SPA, Profesional SPB, Profesional SPC, Profesional SPD, Profesional SPF, Técnico STA, Técnico STB, Técnico STC, Técnico STF, Auxiliar SAA, Auxiliar SAB, Auxiliar SAC, Auxiliar SAD, Auxiliar SAE. Auxiliares jurisdiccionales y administrativos según el Decreto Legislativo N° 728: Directivo III: Gerente General, Directivo II: Secretario General, Jefe de Gabinete, Directivo II: Director Centro de Investigaciones Judiciales (CIJ); Directivo II Gerente; Directivo II: Jefe de Oficina; Directivo II: Procurador; Directivo I: Jefe de Renaju; Directivo I: Sub Gerente; Directivo I: Administrador de Sede; Directivo I: Administrador de Lima Suprema; Directivo I: Administrador de Lima Norte, Callao; Directivo I: Jefe de Imagen; Directivo I: Jefe de Unidad. Profesional IV: Asesor Legal de Consejeros; Profesional IV: Coordinador I; Profesional IV: Director de Centros Juveniles; Profesional IV: Asesor I; Profesional III: Procurador Adjunto; Profesional III: Secretario Coordinador; Profesional III: Secretario de Confianza; Profesional III: Analista III; Profesional II: Relator de Sala Suprema; Profesional II: Secretario de Sala Suprema; Profesional II: Administrador II DEC.J.; Profesional II: Administrador de Módulo del Nuevo Código Penal; Profesional II: Administrador I DEC.J.; Profesional II: Administrador I de Módulo Básico de Justicia; Profesional II: Analista II; Profesional II: Asesor de Corte; Profesional II: Especialista Judicial de Sala; Profesional II: Relator; Profesional II: Secretario de Sala; Profesional I: Analista I.

## 2.- Esquema de la modalidad del delito de usurpación de función pública:

El esquema de esta modalidad de delito sería el siguiente:

<b>Delitos contra la administración pública</b>		
I. Delitos cometidos por particulares	1) Usurpación de autoridad, título y honores:	a) Usurpación de función pública

## 3.- Concepto doctrinario de delito de usurpación de función pública

Comete delito de usurpación de función pública "aquella persona que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene".

El delito de usurpación de función pública consiste en que el actor, persona, agente, con su conducta "ejerce una función pública" que no le corresponde ejercer, por no tener la autoridad, título u honor legal correspondiente. La conducta reprimida por este tipo delictivo tiene que tener la calidad de "función pública", es decir, aquellas que están ordenadas o delegadas por la administración pública. Así sólo pueden ser conductas categorizadas como funciones públicas, aquellas que realizan los funcionarios o servidores públicos en el ejercicio dado u originado por la administración pública (el Estado). La función se convierte en este caso en "una conducta", que puede ser un hacer o un no hacer según lo mandado por la norma jurídica al respecto. Una función pública es, en principio, una conducta que hace funcionar el aparato estatal, la administración pública. La función es entonces derivada de un mandato, orden, deber que ha sido impuesto por una autoridad superior, como es el Estado. No puede ser función pública, aquella conducta que no ha sido ordenada para el funcionamiento del Estado. El

delito se tipifica siempre y cuando se haya transformado una conducta en función pública.

La función pública es una actividad o conducta emanando del poder público. Las funciones de los servidores, trabajadores o funcionarios públicos se encuentran reguladas primero en la Constitución, donde se señala quienes son los funcionarios; segundo, en las leyes orgánicas de cada institución pública, y por último en los manuales de organización y funciones (MOF), y Reglamentos de Organización y funciones (ROF), directivas. Por ejemplo, si la ley señala que las resoluciones denominadas las debe realizar el juez, entonces, si es el secretario judicial quien realiza la sentencia, pero firma la misma el juez, ¿aquí existiría una usurpación de funciones? Y ¿si el juez sabe incluso ordena o condiciona a su secretario a realizar sus sentencias, qué tipo de infracción estaría cometiendo? Por un lado podría configurarse el delito de abuso de autoridad (sea el que el secretario lo haga voluntaria o coaccionadamente).

Por otro lado, si ambas partes han concertado para trabajar así esto igual es incorrecto que supone una infracción administrativa, por incumplimiento de sus deberes, hasta una responsabilidad penal, por estafar, defraudar al Estado. Estafa o defraudación estatal.

El delito de “usurpación de función pública” es una sub modalidad del delito de “usurpación de autoridad, títulos y honores”, y éste a su vez es una modalidad de los “delitos cometidos por particulares” contra la administración pública.

#### **4.- Concepto Legal del delito de usurpación de función pública**

De acuerdo con el Artículo 361° del Código Penal, modificado por el Artículo 1 del Decreto Ley N° 25444, publicado el 23 de abril de 1992, se prescribe lo siguiente:

***“Usurpación de función pública.- Artículo 361.- El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. / Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.”. (Concordancias: Ley N° 27765, Art. 6; Ley N° 27770).***

## **5.- Elementos legales del delito de usurpación de función pública**

Del concepto legal enunciado en el Código Penal, se desprenden los siguientes elementos constitutivos: 3.1.- Ilegitimidad de Título o nombramiento; 3.2.- Usurpación de función pública; 3.3.- Facultad de dar órdenes militares o policías; 3.4.- Ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo.

### **5.1.- Ilegitimidad de título o nombramiento**

Esto supone que se haya utilizado "títulos" o "nombramientos" ilegítimos, que carecen de validez, que no son oponibles al derecho. De aquí se desprende el hecho de que todos los cargos públicos son definidos de acuerdo a cierto procedimiento, concurso público, designación, nombramiento, etc. De esta forma una autoridad sólo será aquel si es que tiene un título legítimo expedido que exprese, de acuerdo a derecho, dicha condición.

#### **5.1.1.- Procedimientos públicos para ingresar al servicio público**

Los procedimientos para ingresar al servicio público son los siguientes: 3.1.1.1.- Ingreso a la administración pública por concurso público de personal; 3.1.1.2.- Ingreso a la administración pública por designación; 3.1.1.3.- Ingreso a la administración públicos por elección popular.

#### **5.1.1.1.- Ingreso a la administración pública por concurso público**

De acuerdo con el precepto constitucional el trabajo es un Derecho de la persona humana y un deber de proveerlo por parte del Estado por lo que la regla es que todos deberían tener trabajo. Por esta condición el Estado, o las instituciones que conforman el Estado realizan diversos concursos para proveerse de trabajadores. Estos concursos de selección de personal son de dos tipos: 1) Procesos de selección de personal internos o cerrados, y; 2) Procesos de selección de personal abiertos. Por la primera sólo quienes trabajaban en la institución pública pueden participar en dichos tipos de procesos de selección de personal a fin de cubrir las plazas vacantes, que se producen en el aparato público o institucional, como aumento de presupuesto, cese, destitución, jubilación de personal, etc. En el caso de los procesos "abiertos" de selección de personal, pueden participar cualquier persona sólo adjuntando los requisitos exigidos por las entidades públicas, referidas a currículum, perfil, experiencia y capacitación, y dando los exámenes respectivos. Quien gana el concurso público (cerrado o abierto), por haber pasado todo el procedimiento respectivo, es mediante documento escrito y firmado por autoridad competente, legitimado para ocupar un cargo público, sea este del nivel que sea. A este documento le denominaremos "Título legítimo", y por el cual la persona podrá y deberá ejercer "funciones" específicas para llevar a cabo su trabajo. Se sujetará a un Reglamento Interno de Trabajo, un MOF, Manual de Organización de Funciones, y un ROF, Reglamento de Organización y Funciones, donde están determinados su perfil, derechos, deberes y funciones.

Una función es una conducta que tiene que asumir (hacer o no hacer) una persona por mandato expreso de su condición laboral, o cargo público. Por ejemplo, Una función podría ser la de emitir informes, o autorizar o viabilizar un procedimiento administrativo interno, o aperturar una investigación, etc. Todas estas conductas (hacer o no hacer) tienen que derivar exactamente de las atribuciones que le han conferido su condición laboral. Si el agente realiza conductas (hacer o no hacer) fuera de dichos lineamientos pero que se asumen premunidos o amparados en su condición pública (servidor o funcionario público) en perjuicio de otra persona o

del Estado, estaría cometiendo un delito, determinado por los diversos factores. En este contexto el abuso de función está inmerso dentro del delito de abuso de autoridad por cuanto no puede abusarse de ninguna función si es que no se es autoridad. En el caso concreto de Usurpación de funciones el caso es distinto. No se necesita autoridad para realizar usurpación de funciones, por cuanto si bien la ilegitimidad puede partir del hecho que se realizan funciones sin tener título legítimo (autoridad), también sucede que se necesita que otra persona tenga establecida dichas funciones a las que se está usurpando.

Usurpar es un concepto negativo, que consiste en quitarle o adueñarse de una propiedad, potestad, atribución, derecho, facultad, posesión, etc., que le pertenece a otra persona (por legítimo derecho). En el caso de la "usurpación de funciones", el hecho se especifica, pues no es la propiedad, etc., lo que se usurpa, sino "las funciones", que no es más que un tipo de "conducta pública". No puede ser función si dicha conducta -hacer o no hacer- no tiene que ver con los bienes o servicios públicos derivados u obligatorios del Estado. Es decir, para que haya este tipo delictivo se tiene que convertir la conducta en conducta pública, que por tal se transformará en "función", porque además esta conducta -como función- permite el "funcionamiento" de la administración pública.

#### **5.1.1.2.- Ingreso a la administración pública por designación;**

El ingreso en la administración pública por designación se produce en los casos de los cargos de confianza, o aquellos en los que la autoridad, por la potestad que les da el Estado, puede designar al trabajador en un cargo.

#### **5.1.1.3.- Ingreso a la administración públicos por elección popular**

Este es el caso de los presidentes de la República, Congresistas, Gobernadores de los Gobiernos Regionales, Alcaldes Municipales, etc., que son elegidos por elección popular.

## **5.2.- Usurpación de función pública**

Para que se constituya la usurpación de función pública tiene que haber dos condiciones cumplidas, que se la conducta se puede concebir como un acto “funcional” o «función», y que dicha conducta (hacer o no hacer) tenga la categoría de pública, es decir, de obligatoria y necesaria para el funcionamiento del orden público de la institución pública, de lo perteneciente a todos. Sólo si se ha adoptado una conducta (función) obligatoria y que compete o ha nacido de una potestad de todos (social, público) puede configurarse la usurpación; como acto de posicionarse en un cargo, conducta, disposición, facultad, atribución de un sujeto público, es decir, de alguien que ha conseguido dicha condición por su categoría pública.

De acuerdo con Ejecutoria de la Superior Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, dada el 13 de agosto de 1998, recaída en el Exp. 1173-98 (Según el «Compendio jurisprudencial sistematizado - Prevención de la corrupción y justicia penal. Primera edición, Lima, Perú, Julio de 2014. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – IDEHPUCP), 2014.); en la cual se indica que en los delitos contra la administración pública se protege “el buen funcionamiento” del Estado, “reprimiéndose así [...] la arbitrariedad de la actividad funcional, así como la ilegalidad de la misma”. De lo que se desprende que cuando una persona comete delito de usurpación de funciones estaría actuando «arbitrariamente», sin justo derecho, e «ilegalmente», es decir, sin título o nombramiento legal.

El delito de usurpación pública consistiría en aquella conducta (acción u omisión) mediante la cual una persona toma, se posiciona, ocupa un cargo, posición, lugar, poder, facultad que no le corresponde y por lo tanto se convierte en ilegítima, arbitraria, dañina y delictiva. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española el Delito de Usurpación de Funciones “...consiste en el ejercicio de los actos propios atribuidos a una autoridad o cargo público sin título para ello”. El



delito de usurpación de funciones se configura, entonces, cuando una persona –sea particular, funcionario o servidor público- se comporta, adopta una conducta, ejerce actos que son propios de las funciones de una autoridad, funcionario público o servidor público y que por lo tanto no le corresponden ejercer como propios. Lo sustancial aquí es que la conducta adoptada (hacer o no hacer) se la realice desde la posición funcional de la autoridad, funcionario o servidor público. El uso o ejercicio de dicho «poder público» que se encuentra tipificado en el término «funciones públicas» es la conducta reprimida, ilegítima, ilegal, ilícita, delictiva.

### **5.3.- Facultad de dar órdenes militares o policías**

Respecto a la facultad de dar órdenes militares o policiales, esta es una modalidad de la usurpación de funciones, y que se identifica de qué tipo de cargos o atribuciones se ha usurpado, apropiado indebida e ilegítimamente.

### **5.4.- Ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo**

Consiste en que un sujeto asume o ejerce funciones que le corresponden a otro cargo.

### **6.- Sanciones aplicadas a los delitos de usurpación de función pública**

Las sanciones o consecuencias de la comisión del delito de usurpación de función pública, de acuerdo a la ley, son: 1. Pena privativa de la libertad; 2. Inhabilitación; 3. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado; 4. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

### **7.- Factores y enunciados en el delito de usurpación de función pública.-**

Si se quiere hacer una denuncia o defensa en un caso de «Delito de usurpación de función pública», se tiene que partir de tres factores: a) La condición jurídica de la persona (con título de funcionario, etc.); b) Su conducta (usurpación); c) El afectado (Administración Pública) (usurpación de actividad o función “pública”.

### **8.- Presupuestos generales a considerar en este tipo delictivo**

Se puede alegar para la defensa de este delito lo siguiente: a) Que la persona haya actuado sin título justo; b) Que la persona haya actuado sin nombramiento debido; c) Que la persona haya efectuado un acto de usurpación; d) Que la persona haya usurpado una función pública; e) Que la persona haya usurpado una facultad de dar órdenes militares o policiales.

### **9.- Presupuestos atendiendo a la condición jurídica de la persona**

Para la defensa en este tipo delictivo se tiene que observar qué «condición jurídica» tiene la persona imputada, acusada como autor, autor mediato, coautor, cómplice, etc., y si dicha persona reúne los siguientes elementos: a) No tiene título justo o legítimo; b) No tiene nombramiento debido; c) Tiene la condición de cesado; e) Ha sido suspendido o subrogado de su cargo. Esto en consideración que un primer elemento a resolver, para los defensores o abogados, es eliminar la certidumbre de aquello que configura al tipo personal del delito (usurpador de función pública), puesto que si no tiene cargo de funcionario público vigente es un elemento que se puede usar.

### **10.- Presupuestos atendiendo a la conducta jurídica de la persona**

Para la defensa en este tipo de delitos se puede acudir a observar cual ha sido la actividad o conducta jurídica de la persona imputada; es decir, «qué conducta jurídica» se está considerando como *ilícita*, como *delictiva*.

**11.- Actividad o conducta jurídica de la persona:** a) Usurpación de funciones; b) Dar órdenes militares o policiales; c) Ejercer cargo que no ostenta; e) Ejercer cargo cuando ha sido cesado; e) Ejercer cargo cuando ha sido suspendido o subrogado del mismo; f) Ejercer funciones diferentes a las de su cargo.

### **12.- Presupuestos atendiendo al agraviado**

La defensa puede preparar el caso también atiendo a otros presupuestos, como el del agraviado.

### **13.- Presupuestos atendiendo a la Forma**

Otro presupuesto que puede utilizar la defensa es la de atender a la forma; es decir, buscar en las formas procesales plantear el caso; en esta etapa se puede observar respecto al debido proceso, a las notificaciones, al derecho a la defensa, etc.

### **14.- Presupuestos atendiendo al Fondo.-**

La defensa puede enfocarse en el fondo de la causa.

### **15.- Jurisprudencia.-**

En la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° **EXP. N.º 2758-2004-HC/TC – LIMA**, numeral 9 de los Fundamentos, se enuncia: “(...) habiendo sido incluso sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designado para ello (delito de usurpación de funciones). (...)”

En el voto singular de la magistrada Revoredo Marsano, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en él, Exp. N° **EXP. N.º 2758-2004-HC/TC – LIMA, numeral 2:** “2. Opino –en discrepancia con mis colegas– que la usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público y que el Artículo 387 del Código Penal exige textualmente que el funcionario administre bienes públicos “por razón de su cargo”. Interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso y literal de la ley penal y rozar analogías prohibidas por la Constitución.”

Podemos encontrar casos respecto al delito de «Usurpación de Función Pública», en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: 1) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 00148-2010-HC-TC; 2) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 00791-2014-AA; 3) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 02172-2011-PHC-TC; 4) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 2758-2004-HC-TC; 5) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 03049-2011-AC; 6) Sentencia del T.C.

recaída en el Exp. N° 03073-2011-PA-TC; 7) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 3282-2004-HC-TC; 8) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 3760-2004-AA-TC; 9) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 3954-2006-PA-TC; 10) Sentencia del T.C. recaída en el Exp. N° 04695-2009-PHC-TC.

## **SUB CAPÍTULO II:**

### **OSTENTACIÓN DE DISTINTIVOS DE FUNCIÓN O CARGOS QUE NO EJERCE**

#### **1.- Generalidades del delito de ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce.-**

El delito de ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce, es aquel acto o conducta por la cual una persona que porta, ostenta un distintivo que lo representa como una autoridad o con un cargo determinado, cargo público que no tiene, y por lo cual está engañando a los demás. Este delito tiene la finalidad de preservar el buen uso de los distintivos de función pública, porque el portador del mismo tiene acceso y potestades públicas que son representados por el distintivo público.

Pero la simple “ostentación” no constituye delito; recordemos que solo es delito aquello que vulnera un bien jurídico o derecho, que cause un daño irreparable.

La noción que se infringe el deber con solo usar no puede, actualmente, constituirse como un delito; es necesario la vulneración, el daño a un bien jurídico, a un derecho. Aquí una acepción gráfica. Para que se convierta en una infracción de carácter penal, debe, en nuestra proposición, causar un daño irreparable; esto no lleva a la impunidad, sino a otro tipo de tratamiento de la infracción de la ley penal. Por eso la ostentación sine cuanón, como acto propio, no puede constituir delito (sancionado con pena privativa de la libertad), sino solo si, esa ostentación tiene efectos negativos, es usado para vulnerar derechos de otros, o del Estado. Por eso el delito de ostentación de

títulos u honores que no le corresponden es una modalidad delictiva que requiere no solo aquella conducta, sino que exista efectos negativos, dañosos de dicha conducta, vulnerar los bienes o derechos ajenos, en beneficio propio o perjuicio ajeno impropio.

El delito de “ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce usurpación de función pública” es una sub modalidad del delito de “usurpación de autoridad, títulos y honores”, y éste a su vez es una modalidad de los “delitos cometidos por particulares” contra la administración pública.

## **2.- Esquema del delito de ostentación de función o cargos que no ejerce.-**

El esquema es el siguientes:

<b>Delitos contra la administración pública</b>		
I. Delitos cometidos por particulares	1) Usurpación de autoridad, título y honores:	b) Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce

## **3.- Concepto Doctrinario.-**

El delito de ostentación de distintivos de función o cargo que no ejerce, consiste en sancionar el quebrantamiento de la confianza pública, que a su vez rompe la seguridad jurídica, así como afecta varios derechos, como el Derecho a la exclusividad pública, el derecho a la legitimidad de los cargos o puestos públicos, el derecho a la fe pública, etc.; puesto que cuando una persona utiliza y ostenta signos distintivos de una institución pública (insignias de jueces, credenciales de policía, distintivos de fiscal, etc.), además de posesionarse de un signo que no le corresponde, que ya es un acto ilícito, crea también una nuevo tipo de relación social, puesto que una persona que ostenta una medalla de juez, por ejemplo, será tratado –por aquellos que conozcan de dicho distintivo- de forma diferente, y hasta preferencial, en algunos casos, dando la posibilidad a beneficios o

protocolos dispuestos sólo para aquellos titulares legítimos de dichos distintivos oficiales.

El concepto aludido como acto ilícito, como conducta ilícita, es la «ostentación», y por tal sólo dicho acto ya debería generar una contravención a la ley y al Derecho; sin embargo en la doctrina se hace disgresiones diferentes, afirmando que lo delictivo no es la ostentación como muestra o simple posesión de insignias públicas u oficiales o reconocidas oficialmente. Al respecto la ostentación no es sólo la posesión, sino la utilización pública de dichos signos distintivos de función o cargo. La ostentación significa el ejercicio de uso público de dichas insignias o distintivos. Esta ostentación es una conducta pública, desde el momento en que su exposición crea una relación con el espectador, sepa este o no el significado del signo o distintivo de función o cargo. Pero que una persona posea un signo distintivo que no le corresponda tiene en si una carga de peligrosidad, por la posibilidad de uso, y porque dichos signos están dados u otorgados sólo a ciertas personas según se establece en las normas jurídicas institucionales y para el uso y ejercicio de la función o cargo. Por lo que la posesión de dicha insignia o distintivo de función o cargo supondría si una lesión a la exclusividad de la posesión oficial de dichos instrumentos u objetos, y además la posibilidad o puesta en peligro del mal uso de dichos objetos. No obstante habría que concluirse si dicha posesión constituye una conducta ilícita o no; y aquí también debe precisarse cómo es que han obtenido dichos objetos, que supondría también el camino para identificar su legalidad o no. Otro fenómeno que se puede presentar es cuando una persona tiene una insignia o distintivo de función o cargo «falso», falsificado, que ya constituye otro tipo delictivo.

\*\*\*

Este tipo delictivos no son proporcionales entre el hecho delictivo y la pena, pues no es igual ostentar una insignia de bombero, que una de policía, juez, etc., así como tampoco es congruente ostentar honores con insignias, o arrogarse grado académico o título. Todos esos deben especificarse en proporción al daño causado. Si bien desde el hecho de "engaño público", este se perfecciona en la

utilización de dicho engaño, que a su vez permite concebir el nivel o gravedad del daño. Las insignias o distintivos públicos son instrumentos de identificación que permiten distinguir claramente la condición pública de quien las ostenta. Así tenemos las siguientes insignias: Insignias de los Jueces, Fiscales, Abogados, Presidentes Regionales, Municipales, y otras autoridades públicas.

#### **a) Las insignias de los jueces**

Los jueces tienen una insignia y cinta que los identifica como autoridades judiciales. Su uso está regulado en el TUO de la ley Orgánica del Poder Judicial y en una directiva específica. Dicha insignia es utilizada en todos los procesos judiciales tanto en audiencias como en el ejercicio de su función como magistrado, actividades protocolares, entre otros. Por dicha insignia el magistrado es reconocido rápidamente y se le conceden u ofrecen los honores o merecimientos de acuerdo al protocolo de ley. En los despachos judiciales, la insignia consigna el principio de publicidad y transparencia, mediante el cual identificados por dichos instrumentos se puede observar el principio de publicidad, dirección y decisión. Representa también la relación o subordinación al orden público. Las insignias tienen algunos mecanismos de seguridad, como por ejemplo, el lugar donde se confeccionan, los tipos de emblemas o sellos, etc. Asimismo los distintivos también tienen sus mecanismos de seguridad, como los sellos, firmas de las autoridades que las autorizan, etc.

El uso de estas insignias o distintivos es exclusivo y excluyente, por lo que no pueden ser usadas por otra persona que no sea el titular del mismo. Sin embargo, cabe revelar que siendo las insignias de un mismo tipo, sólo diferenciadas por el nivel jerárquico de quien las utiliza, o la cinta que las enlista, se da que algunas veces, por ejemplo, los magistrados en las audiencias se prestan insignias de sus colegas, ante el olvido de aquellas; puesto que si no utilizan dichas insignias la audiencia podría impugnarse y considerarse nulo? Las insignias y distintivos deben entregarse una vez concluido el periodo de su designación como autoridad. De igual forma sucede con los distintivos, que pueden ser fotocheck, carnet,

papeletas, etc., de presentación. Pues de lo contrario se podría correr el riesgo de mal utilización de dichos objetos

Ahora bien, dichas insignias y distintivos permiten el uso de ciertas facultades, atribuciones y derechos. Es decir, quien utilice dichos distintivos están acreditando su titularidad y por lo cual reciben trato, licencia, atención. Así es que si alguien que no es titular de dichas insignias o distintivos utiliza de ellas para usufructuar de las facultades, beneficios o parabienes de aquellos estará cometiendo delito, porque estará agraviando y vulnerando diversos principios, como la buena fe, la seguridad jurídica, la propiedad o titularidad de cargo, etc. Y por otro lado, pone en riesgo la seguridad de la organización estatal y de sus insignias y distintivos representativos. El caso más saltante de este tipo de usurpación en nuestro país se produjo cuando el -en ese entonces presidente Alberto Fujimori, inició una supuesta búsqueda de Vladimiro Montesinos Torres, acompañado de un falso fiscal, que por tal estaría usurpando cargo, funciones e insignia? Por otro lado esta, se encuentra el delito de quien se "arroga grado académico, título profesional u honores que no le corresponden".

Este tipo delictivo se ha visto y pasado desapercibido especialmente en la profesión de derecho, puesto que los abogados en sus tarjetas e incluso sellos para firma o postfirma, imprimían antes de su nombre la sigla "Dr.", como sinónimo de abogado, esto por tradición popular o profesional del cual no se tiene fecha precisa. Esto ha ido cambiando con la precisión y distinción de Abogado y Doctor, que son dos niveles profesionales distintos. Cabe aclarar que grado académico corresponde a los siguientes niveles educativos: - Bachiller en alguna profesión es un "grado académico"; - La licenciatura, abogacía, ingeniería o final, culminación satisfactoria de una profesión se le asigna "Títulos profesionales"; - La Maestría y el Doctorado son niveles educativos posteriores a la profesión, y en el que se obtienen "grados académicos". La diferencia entre grado académico y título, parece residir en que los primeros denotan una especial capacidad



académica, de investigación, mientras que el título supone capacidad para el ejercicio de dicha profesión

Uno de los casos más sonados de la historia académica de nuestro país se dio a cabo en Arequipa, en la Universidad Nacional San Agustín, en la cual se otorgaron grados académicos de Doctor, vulnerando los principios, leyes rectoras y procedimientos para obtener dichos grados, a tal extremo que un grupo de numerosos profesionales accedieron a los grados de doctor sin haber cursado los años de estudio.

Otro de los casos relevantes se llevó a cabo con los famosos milkitos, aquellos egresados de derecho de la Universidad Privada de Tacna, que teniendo dificultad de titularse en su propia universidad viajaron a diferentes provincias y universidades en donde haciendo cursos especiales y procedimientos especiales, adecuados más a la necesidad del cliente, aprobaban y obtenían grados y títulos profesionales.

Arrogarse grados académicos, títulos y honores que no les corresponden, es un atentado contra todos los que han obtenido un grado o título correctamente. Ahora bien, cabe mencionar en esta sección, que los grados académicos, títulos pierden legitimidad si se observa la veracidad de cómo han sido obtenidos, pues en muchos casos, los trabajos de investigación no corresponden al alumno, esto en los casos de pregrado y postgrado. Esto es tan a ciencia cierta que nos atreveríamos a insinuar que un noventa por ciento de todas los trabajos presentados como tarea académica o trabajos de investigación solicitados por los catedráticos no es realizado por el propio alumno, o no son productos con estándares académicamente válidos. Esto supone que el aprendizaje estaría falseado en un porcentaje mayor al requerido para asegurar la calidad e interiorización del aprendizaje. En este contexto, el título o grado académico no asegura la calidad del aprendizaje, ni siquiera la suficiencia requerida para que un grado o título rubricado a nombre de la nación no sea una estafa. Esto produce un

alto desequilibrio, que se enfrenta solo dentro del mercado laboral, y que son las razones por las cuales los que acceden a los cargos públicos no sean necesariamente los mejores, sino los "tramposos". De allí que la calidad de las instituciones públicas sea tan bajo, porque se integra con profesionales que han aprendido los trucos ilegítimos de sacarle la vuelta al trabajo. Pero aún es la situación cuando alguien se arroga grados académicos, títulos u honores que no le corresponden, porque no habiendo pasado o cumplido con los requisitos para obtener los mismos, que son mecanismos de control, evaluación y adiestramiento en las disciplinas estudiadas, se atentaría contra el sistema educativo, la seriedad y fiabilidad de los cargos, etc.

#### **4.- Concepto Legal:**

De acuerdo con el Artículo 362 del Código Penal, se establece: **“Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce.- Artículo 362.-**El que, públicamente, ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.” El concepto legal incluye instituciones conceptuales y jurídicos más amplios, como “ostentación”, que en derecho significaría aquella conducta de mostrar un distintivo de función o cargo a otra u otras personas; este hecho crea ya una relación jurídica, una relación intersubjetiva, porque no se trata sólo de mostrar o enseñar el distintivo, sino de mostrarlo a alguien, a ese alguien que tendrá, por protocolo, educación o conocimiento, un comportamiento distinto frente a una persona con un distintivo, puesto que éste objeto «diferencia» al sujeto que lo porta. La ostentación, según la legislación penal enunciada, tiene que ser pública, es decir, no se trata que sea mostrado en forma privada, sino de que la o las personas a quienes se ostenta dichos distintivos, se encuentren en el ámbito público, que todos puedan acceder a ello. Frente a esto, mostrar dichos distintivos en forma privada, o particular podría confundirse con mostrar u ostentar dichos distintivos en forma pública. A nuestro parecer, el carácter público no se restringe a sólo que se haga ante el público, sino

que dicha conducta (ostentación) se realice en medio que sea accesible a todos, o que dicha afirmación o hecho se sujete a la capacidad de cualquiera conocer de aquel hecho. De lo contrario, qué pasaría si es que una persona ostenta una insignia o distintivo de función o cargo que no le corresponde a una persona, servidor público, funcionario público, autoridad, en forma privada, y solicita se le den los beneficios respectivos.

Del precepto jurídico surgen los siguientes componentes:

**a) Ostentación pública de distintivos**

Conteniendo el precepto jurídico penal el componente conceptual “Ostentación pública de distintivos”, hemos de presumir que se trata de un acto público, que la ostentación se hace en escenarios públicos, aquellos actos o hechos permitidos, transparentes o reuniones sociales lícitas; de donde resulta la ostentación debe enmarcarse en un “escenario público”. Un acto público es aquel del que todos pueden tener conocimiento, o al cual todos tienen acceso. Sin embargo cabría agregar que a nuestro parecer la ostentación pública se refiere más bien a la ostentación “oficial” de los distintivos o insignias, ya sea en un escenario público o en un escenario privado; puesto que de ser lo contrario, si una persona ostenta distintivos o insignias a persona o personas en escenarios privado, o en forma particular, el bien jurídico o derecho tutelado estaría siendo vulnerado; este derecho no es sólo la exclusividad de las facultades conferidas a las autoridades o funcionarios que ostentan dichas insignias o distintivos, sino el derecho a la seguridad jurídica, a la buena fe pública, al respeto de las instituciones públicas, al derecho exclusivo y excluyente de las personas públicas (oficiales).

**b) Función o cargo que no ejerce**

Se trata de la usurpación –ponerse en el poder de otro ilegítimamente- de función o cargo que no le corresponde. Una función, como dijimos, es una actividad oficial, una conducta oficial, que se realiza en nombre o representación del Estado, desde la unidad orgánica, cargo, o función estatal. Así cuando una persona

está «ostentando cargo o función que no le corresponde», está «usurpando poderes o autoridad pública». La ostentación en este caso es sólo una modalidad más de la «usurpación del poder público»; no decimos de la función pública, ni de la autoridad pública, porque no se puede usurpar u ostentar función pública, porque estas son «conductas», sino lo que se «ostenta» es un poder, para realizar determinadas funciones públicas, o para ejercer las facultades de determinados cargos públicos.

**c) Arrogación de grado académico, título profesional u honores que no le corresponden**

Por arrogarse un grado académico, título profesional u honores, la norma jurídica se está refiriendo a otra modalidad de «usurpación del poder público»; y no digo de usurpación de función pública, porque, otra vez, un título profesional, un grado académico no son funciones, sino instituciones jurídicas, signos, distintivos oficiales; pues no existe la conducta grado académico o título profesional, sino la conducta de “arrogarse” la titularidad de dichos signos o distintivos oficiales. Y lo que se castiga es aquella conducta ilegítima e ilícita de “arrogarse” dicho poder y posesión.

**d) Pena**

La norma penal ha prescrito que la sanción para el delito de *ostentación de grados académicos, títulos u honores que no le corresponden* se establece dos modalidades o formas: a) La pena privativa de la libertad –no mayor de 1 año); y b) La prestación de servicios comunitarios de 10 a 20 jornadas.

Siendo la prescripción de la sanción en menos de cuatro años de pena privativa de la libertad, la sanción se queda en suspensión, reserva de fallo, etc., y por lo tanto no se ejecutará debido a la existencia de norma que indica que sólo serán encarcelados aquellos procesos donde la pena sea mayor a cuatro años de pena privativa de la libertad.

### **5.- Sujeto Activo o Sujeto Delictivo**

El sujeto activo, a nuestra concepción propuesta sujeto delictivo, pueden ser:

- Cualquier persona privada o pública
- Persona particular que ostenta un grado académico o título profesional que no le corresponde o no tiene
- Persona pública, servidor, funcionario público o autoridad que no ejerce u ostenta un grado académico o título profesional que no le corresponde.

### **6.- Sujeto Pasivo o Sujeto Agraviado**

El sujeto pasivo viene a ser el Estado, sin embargo también puede ser la entidad pública o privada del cual se está haciendo uso indebido, falso, de un grado académico o título profesional.

### **7.- Casos resaltantes:**

Entre los casos encontramos varios: 1.- Caso del Procurador público Chistian Salas, denunciado por el presunto delito de *ostentación de títulos o grados académicos,* en agravio del Estado, por firmar como *Doctor* en documentos públicos, sin tener dicho grado académico, y solo ostentar grado académico de bachiller en derecho y título de abogado. 2.- Caso de Alan García por ostentar el grado de magister y doctor en la Universidad San Martín de Porres.

## **SUB CAPÍTULO III:**

### **EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN**

#### **1.- Generalidades del delito de ejercicio ilegal de la profesión.-**

El delito contra la administración pública por el ejercicio ilegal de profesión, presenta varias aristas, como el hecho que las profesiones para ser consideradas como tal están determinadas, o autorizadas monopólicamente por el Estado, de esta forma nadie podrá tener una profesión, si esta no tiene su registro, validación o legitimidad en el Estado. Las profesiones son parte componente de la administración pública; ello no significa que son actividades públicas, sino que

tienen un lugar dentro del cual se relaciona legal y legítimamente con la administración pública. Así, si alguien realiza una profesión ilegalmente está contraviniendo el orden de la administración pública, porque quien está a cargo de la monopolización de dar validez pública a las profesiones es el Estado, a través de la administración pública.

El delito de ejercicio ilegal de la profesión es una modalidad del delito de usurpación del poder público. El delito debiera denominarse delito de usurpación del ejercicio de la profesión. Es necesario señalar que lo usurpado es el ejercicio. Así por ejemplo, si una persona, digamos funcionario o servidor público, firma un informe que no le corresponde firmar, siendo que el funcionario estaba en la certeza de hacer su trabajo, entonces estaríamos ante una infracción administrativa?

## **2.- Esquema del delito de ejercicio ilegal de profesión.-**

El esquema es el siguiente:

<b>Delitos contra la administración pública</b>		
I. Delitos cometidos por particulares	1) Usurpación de autoridad, título y honores:	c) Ejercicio ilegal de profesión

## **3.- Concepto del delito de Ejercicio Ilegal de la profesión.-**

El delito de "Ejercicio Ilegal de la profesión" tiene en su conceptualización los elementos que lo constituyen: Ejercicio, ilegal y profesión. Por el primero, se presupone no la amenaza, como en otros tipos delictivos, ni la planificación, sino la consumación del hecho; de tal forma que el ejercicio se convierta en aquella "conducta efectiva" del ser humano, conducta "ilícita", es decir, prohibida por la norma penal, y prescrita o tipificada en la ley penal. Esta conducta ilícita tiene que derivarse de una conducta posible sólo del ejercicio de una profesión. Esto implica que nuestro sistema social ha delimitado ciertas conductas especiales,

monopolizándolas para aquellos que hubieran superado cierto procedimiento de adiestramiento y evaluación.

Esto se debe a que ciertas conductas o adiestramiento de las conductas sólo pueden obtenerse por medio de un sistema que garantiza aquello, y además porque dichas conductas pueden alterar o modificar sustancialmente el resultado de dichas conductas. Así por ejemplo, se requiere que un defensor sea abogado, es decir, tenga la profesión de abogado para asegurar la efectividad o destreza de la defensa, de esa manera se equilibra al sistema judicial y se logra el orden jurídico. Así, cualquier persona puede defenderse, pero sólo una persona titulada -con certificación de estudios de ello- puede ejercer la defensa técnica, porque conoce todos los instrumentos legales para ejercer el Derecho - Derechos, deberes, recursos procesales, principios jurídicos, teoría, doctrina, jurisprudencia, etc. Que le da un nivel de conocimiento "necesario" para el ejercicio del Derecho. El caso se explica mejor en la profesión de ingeniería, medicina, etc., pues sólo podrá ejercer dichos oficios quien tenga los respectivos títulos profesionales. Una garantía de la destreza en un área determinada significa la profesionalización. Así, quien ejerza una profesión sin tener dicha categoría "pondrá en riesgo" la eficacia, y de ser el caso, los derechos o bienes jurídicos protegidos. Por lo tanto, la profesionalización es la monopolización de ciertas conductas técnicas, de ciertas conductas que pueden ejercerse sólo si tienen la licencia del Estado. Para acceder a ellas, por supuesto, hay varios mecanismos, tanto privados como públicos, pero todos ellos tienen que pasar por un control estatal. De allí que este control sea integrado dentro de la palabra "...dado a nombre de la nación".

Este tipo de profesionalización trae consigo varias variantes, como crear, automáticamente la desigualdad, porque ciertas conductas no pueden ser ejercitadas por todos, puesto que de ser así serían consideradas como ilícitas, y por lo tal, como delictivas. Por otro lado, lograr la licencia para realizar o practicar cierto tipo de conductas y proyectos, como defender a un imputado, curar a un enfermo, construir un edificio, realizar un estado contable, etc., suponen la

dedicación de tiempo y sujeción a ciertas pruebas para garantizar el conocimientos, real y necesario adiestramiento en la materia. Este tiempo, a nuestro parecer es arbitrario, porque se demandan cinco años o más de preparación, que suponen un desembolso económico importante, que crea la diferencia entre profesionales y no profesionales, a tal grado que llega a la "discriminación". Ahora bien, quien no tiene la profesión no puede hacer uso del ejercicio ilícito. De esta forma el delito se encuadra solo a los que tienen profesión. Así, sólo los profesionales pueden cometer estos delitos. Si una persona distinta, sin profesión, realiza actos o conductas que le corresponden a las de un profesional, por dicha condición o estatus académico, no estaría incurso en el delito de "ejercicio ilegal de profesión", sino podría ser "falsedad genérica", "usurpación de cargo, funciones, etc."

Al margen de lo anterior, la profesión otorga ciertas potestades, atribuciones, pero también deberes, limitaciones, etc. Por ejemplo, un profesional, para estar habilitado para el ejercicio de su profesión tiene que estar al día en sus cuotas en el Colegio profesional que pertenezca. Esto supone la obligación de colegiarse, inscribirse dentro de un grupo o colegio profesional. Aquello no tiene mayor justificación de garantía del uso de la profesión sin embargo, al integrarlo dentro de dicha agrupación, el profesional se obliga a cumplir ciertas normas que tienen que derivar precisamente de su estatus profesional. Así, el colegio profesional podrá someterlo a procedimiento administrativo en caso de violar las normas del colegio profesional, con lo que se preserva el buen uso de la profesión. El pago de la habilitación no se corresponde con esto, sino sólo como un sistema de recaudación para sostener al colegio profesional. Habría que distinguir este delito del de abuso de autoridad, que se define por la categoría pública laboral, y no por la categoría o estatus académico, profesional.

Por ejemplo, un médico que se dedica a practicar abortos clandestinos o ilegales estaría cometiendo el delito de "ejercicio ilegal de la profesión" porque utiliza sus conocimientos y habilidades profesionales para actos contrarios a la ley.



#### **4.- Elementos del delito de ejercicio ilegal de la profesión.-**

El ejercicio ilegal de la profesión como tipo delictivo protege bienes patrimoniales especiales, como el sistema de control de calidad educativa. Los elementos son: a) Ejercicio; b) Ilegal; c) Profesión.

De acuerdo con el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de Manuel Ossorio: “Pero hay que distinguir entre el hecho de abogar y la profesión de abogar, pues parece evidente que aquél es anterior a ésta. Así, por ejemplo, entre los hebreos había personas que, fuera de todo interés económico, asumían la defensa de quienes no podían ejercerla por sí mismos. Otro tanto sucedía en Caldea, Babilonia, Persia y Egipto. Allí los sabios defendían sus causas ante el pueblo congregado para juzgar- las. En los primeros tiempos de Grecia, empleaban sus dotes oratorias para defender ante el Areópago los derechos de sus amigos. Hasta ahí la función de abogar. / La profesión de abogar se inició, al parecer, con Antisoaes, que, según se dice, fue el primer defensor que percibió honorarios por la prestación de sus servicios de abogado, norma que fue seguida por otros oradores. Sin embargo, se afirma que Pericles fue en Grecia el primer abogado profesional. En Roma, la institución siguió una trayectoria parecida. En un principio estuvo atribuida la defensa a personas que no eran profesionales, sino que ejercían su ministerio como consecuencia de la obligación que pesaba sobre los patronos de defender a sus clientes (v. CLIENTELA). Mas el enorme desenvolvimiento del Derecho Romano y la complejidad de sus normas hizo imprescindible que esa actuación patronal derivase en una profesión jurídica, encomendada a personas que fuesen al mismo tiempo grandes oradores y grandes jurisconsultos. Tal vez Cicerón fue el prototipo de aquellos abogados romanos y sigue siendo uno de los más grandes que la historia ha conocido” (Ossorio, 1974, pág. 11).

De acuerdo con el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio: “En el Diccionario de Derecho Usual se identifica la categoría

profesional con lo que se ha dado en llamar el estatuto personal de todo individuo encuadrado dentro de la producción, sea patrono u obrero, de cuya situación se des- prenden, en las relaciones laborales, determina- dos derechos y obligaciones.” (Ossorio, 1974, pág. 153).

### **5.- Concepto legal**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 363.- Ejercicio ilegal de profesión.-** El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. / El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. / La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.”. En el concepto del precepto normativo respecto al delito de *ejercicio ilegal de profesión*, se establecen dos presupuestos: a) Ejercer profesión sin requisitos legales requeridos; b) Ejercer profesión con falso título. En primer lugar habrá que dejar sentado que en los dos casos se trata del «ejercicio», como conducta ilegal punible; esto quiere decir que no es la posesión de un título que acredite falsamente la profesión, sino el «ejercicio ilegal de una profesión».

**a) En el primer supuesto** una persona puede tener el título profesional respectivo, pero para que pueda hacer uso efectivo del mismo, necesita otros requisitos. Es decir, no sólo que esté registrado en la Asamblea Nacional de Rectores, o en la SUNEDU, sino que cumpla con otros requisitos para el ejercicio de su profesión. A esta posibilidad de ejercer su profesión se le ha dado en llamarse “habilitación profesional”, que es aquella certificación del cumplimiento de un deber esencialmente pecuniario para el ejercicio de la profesión. Por ejemplo, los colegios de abogados, como instituciones de agremiados de abogados, son aquellos autorizados para “habilitar” al abogado para que pueda hacer uso de su profesión. Esto se resume en un pago al Colegio de Abogados; pero la norma o la institución que está más allá de la norma no es el pago

económico a institución gremial, sino la supervisión de la “capacidad”, y “competencia profesional” para el ejercicio de una profesión. Esto quiere decir, que si bien un profesional está preparado y acreditado por grado académico y título profesional, esto no significa que “esté actualizado”. Por lo tanto su destreza profesional puede sufrir retardos, insuficiencias, porque las disciplinas profesionales siempre van evolucionando. Este es el contenido esencial de los sistemas de licencias o “habilitaciones” para el ejercicio de la profesión. No es tomado aún en esta consideración en nuestro medio, puesto que la colegiatura supone un pago económico, y a veces un examen o curso previo, siendo la continuidad de la licencia o habilitación sólo controlada por el pago mensual.

**b)** El otro presupuesto jurídico, se establece que comete delito de ejercicio ilegal de la profesión quien *ejerce* la misma *con falso título*. Esto implicaría que existe previamente un delito anterior, que es el de la falsificación del título profesional (delitos contra la fe pública, en la modalidad de *falsedad genérica*. En este caso la conducta reprimible es aquella que usa dicho título falso, porque el delito se tipifica en la conducta (ejercicio) ilícita de dicho título profesional, que es un requisito legal de control de calidad del Estado para salvaguardar de las capacidades. Cabe nuevamente recordar las variables que establece o tipifica la norma penal: 1.- "Delito por el ejercicio de profesión, sin reunir los requisitos legales requeridos", y, 2.- "Delito por el ejercicio de una profesión con falso título". En el caso del ejercicio de profesión sin reunir los requisitos exigidos por ley, como por ejemplo, ¿podría ser estar habilitado?. La doctrina y jurisprudencia parece inclinarse más por el acto doloso de engañar o estafar, por ejemplo, los antiguos tinterillos que ejercían la profesión de abogado sin serlo. Por el segundo caso, "ejercicio de una profesión con falso título", el acto es efectivamente "doloso".

## **6.- Jurisprudencia**

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el **EXP. N.º 01389-2010-PHC/TC**: “3. “En el presente caso se observa que en la resolución

cuestionada (fojas 7) sí se han precisado los elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito; es así que en el considerando quinto de la resolución incoada se expresa que *“respecto a los denunciados Temis Jhon Rivas Ochoa (...) se tiene que, estos han usado los títulos falsos emitidos por la inexistente universidad dirigida por los denunciados (...), como si estos fueran auténticos, valiéndose de los mismos para ejercer la profesión de ingenieros civiles, en entidades del Estado”*;- se individualizó la conducta del recurrente en la realización del hecho delictivo – *“(…) y siendo que los denunciados... Temis Jhon Rivas Ochoa.... No habrían realizado estudios universitarios válidos, ni cuentan con un título universitario reconocido, mal podrían ostentar el título profesional de ingenieros, por tanto los títulos que presentaron para colegiarse son falsos, obteniendo número de colegiatura y con los cuales han realizado servicios como si fueran profesionales e inclusive se han desempeñado dentro de la administración pública, conforme también se vierte de sus propias declaraciones policiales”*; y se calificó de modo específico el delito o los delitos que se atribuyen al denunciado *“se resuelve abrir instrucción (...) Contra Temis Jhon Rivas Ochoa(...) Como presuntos autores de la comisión del delito contra la administración Pública- Delitos cometido por particulares, en la modalidad de Ejercicio Ilegal de la Profesión, por ejercer profesión con falso título con la agravante de haber ejercido la profesión prestando servicios al Estado en agravio del Estado Peruano- Asamblea Nacional de Rectores; ilícito penal previsto y penado con el segundo y tercer párrafo del artículo 363° del Código Penal”*; asimismo, la acción penal no ha prescrito (conforme se aprecia del auto ampliatorio de instrucción de fecha 28 de enero de 2010, de fojas 163); estando a ello la alegada falta de motivación resulta desestimable”.

#### **7.- En el caso de no encontrarse colegiado:**

De acuerdo con el **EXP. N.º 04637-2008-PHC/TC**: *“Refiere que ha sido condenado por el delito de ejercicio ilegal de la profesión por el hecho de no haber estado colegiado en el Colegio de Ingenieros de Huancavelica, pese a que la doctrina y la jurisprudencia señalan que este delito se circunscribe solamente al*

ejercicio ilegal de la profesión sin contar con un título profesional, o al que se ejerce con un título falso, pero que no incluye al ejercicio de la profesión sin estar colegiado. Agrega que este último supuesto podría constituir una infracción al Estatuto del Colegio respectivo, pero no puede ser asimilado por analogía como una conducta sancionable con el tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión, por lo que al haberse obrado de este modo se ha vulnerado los derechos invocados”.

#### **8.- Recurso de Queja Excepcional:**

De acuerdo con el **EXP. N.º 04637-2008-PHC/TC**: “Que de las instrumentales que corren en estos autos se advierte que la resolución en cuestión de fecha 3 de julio de 2007, recaída en el Exp. N.º 2004-426 (fojas 2), que confirma la condena impuesta al recurrente por el delito de ejercicio ilegal de la profesión a 2 años de pena privativa de la libertad suspendida ha sido oportunamente impugnada mediante recurso de queja excepcional, siendo elevados los actuados a la Corte Suprema de Justicia de la República (fojas 362 y 385-A, del Exp. N.º 2004-426 acompañado), lo que nos permite concluir que la resolución en cuestión se encuentra pendiente de pronunciamiento judicial por la Sala revisora competente.”

### **SUB CAPÍTULO IV:**

#### **PARTICIPACIÓN EN EL EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN**

##### **1.- Generalidades del delito de participación en ejercicio ilegal de la profesión.-**

El delito de participación en ejercicio ilegal de la profesión es aquella conducta en la cual una persona “participa en la comisión del delito de ejercicio ilegal de la profesión”, es decir que no realiza el acto de profesión ilegal, sino participa de dicho delito.

##### **2.- Esquema del delito de participación en ejercicio ilegal de la profesión.-**

El esquema es el siguientes:

<b>Delitos contra la administración pública</b>		
I. Delitos cometidos por particulares	1) Usurpación de autoridad, título y honores:	d) Participación en ejercicio ilegal de la profesión

### **3.- Concepto del delito de ejercicio ilegal de la profesión**

La participación en el ejercicio ilegal de la profesión es un tipo de delito que pretende evitar aquellas conductas por las cuales un profesional, presta, vende, cede, su firma -y lo que significa ello, como garantía de profesionalización, licencia para determinados actos, etc.- a una persona que no tiene título profesional. Este tipo de conductas suelen suceder en todos los niveles, en algunos con mayor amplitud que en otros. Por ejemplo, es conocido que los proyectos de las resoluciones judiciales son hechos por los secretarios o asistentes judiciales, y los jueces las revisan algunas veces, modifican, amplían, o simplemente las dejan intactas y estampan sus firmas. ¿No constituiría aquello delito de "participación en el ejercicio ilegal de una profesión"?; o caso aquellos otros casos en donde el practicante o asistente técnico de un ingenio, arquitecto, realiza los perfiles de inversión pública, los proyectos y planos arquitectónicos, los proyectos o informes de gestión, informes técnicos y luego son firmados por su superior, por el ingeniero o ¿No configurarían aquellos delitos de participación en el ejercicio ilegal de la profesión?

Es necesario distinguir bien las líneas funcionales para no cometer este tipo delictivo. Estas conductas, de firmar documentos, informes técnicos, resoluciones, etc., tiene que regularse mejor, porque sólo permite generar un falso "laborar" o trabajo con la excusa que es imposible que el profesional, juez, ingeniero, arquitecto, haga todo; pues si bien las responsabilidades de los documentos firmados se centran en el firmante, los beneficios también. Pongamos el caso de un juez, que no hace más que firmar sentencias que ha proyectado o realizado su asistente judicial o secretario. El juez podrá poner en su haber las sentencias que

ha firmado, como un trabajo suyo Además en los procesos de ratificación puede poner dichas sentencias como suyas; lo que a nuestros parecer sería una apropiación del trabajo de los demás que aún no se encuentra regulado adecuadamente. De estos ejercicios enunciados líneas arriba se desprenden muchas posibilidades de "abuso", "perjuicio", y hasta "robo" del esfuerzo de los demás. Por otro lado, si una persona no tiene profesión pero ejerce una profesión a través de alguien que presta dicha licencia con su firma, está de todas maneras defraudando a la sociedad, al Estado y hasta al propio profesional.

Ahora bien, dice un juez, si éste hace una plantilla o fórmula de proyecto de resolución o sentencia, y luego le indica a su secretario que con dicha plantilla o modelo, cambiando datos, confeccione nuevas resoluciones para nuevos casos, o casos similares, entonces, ¿no habría allí abuso; sin embargo cabe la pregunta de si se puede usar plantillas para casos similares. Puede ser, no obstante, si los hechos o factores son similares, las respuestas pueden ser similares, pero no es así a nuestro parecer, porque habrá algo que nunca será similar en todos los casos: la persona,, la constitución de la persona, y no se puede -a nuestro arbitrario parecer- juzgar a una persona igual que a otra persona, porque si bien se juzgan las conductas, estas últimas parte de un ser -persona- que siempre será único irrepetible, talvez igual, o similar, pero siempre diferente, y sujetos diferentes, respuestas diferentes. El Derecho no está hecho para aplicarse de una misma forma porque la constitución de la responsabilidad nunca será igual. Un delito debe focalizarse en sancionar la conducta delictiva, independientemente de quien lo haya realizado, pero la sanción tiene que aplicarse en la dimensiones de la calificación de las condiciones físicas mentales del imputado.

**Idea o propuesta normativa:**

Nuestra legislación penal prescribe que quien comete delito puede ser sancionado con pena privativa de la libertad (cárcel), y esta es la mayor sanción, sin embargo el problema delictivo no se resuelve solo se castiga. Así que nuestra propuesta va por agregarle a la sanción de cárcel (si no hay otra opción) la de "resarcimiento

del daño causado"; es decir, si una persona ha robado, y se la sentencia por robo, luego se le ingresa al penal, debe agregársele la deuda para que reponga, devuelva el bien robado o el monto del bien robado (costo vigente), de esta forma la sanción no se vuelve sólo degenerativa, sino que se repara el daño causado.

#### **4.- Concepto Legal:**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Participación en ejercicio ilegal de la profesión.- Artículo 364.-** El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36°, incisos 1 y 2.”. El concepto legal que prescribe el Código Penal tiene una inferencia discutible “participación”, puesto que en estricto sentido la participación consiste en el ejercicio e “intervención personal en el delito”. De esta forma el partícipe no es cualquier persona, sino aquella sin la cual el delito no hubiera podido cometerse. Quién presta o escribe su firma a un documento o trabajo que no ha sido realizado por él, y que ampara el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo.

De acuerdo con el Diccionario jurídico elemental, se entiende por Participación a la “Intervención personal en un delito. Denominación genérica que la técnica penal emplea para designar a todos los protagonistas y colaboradores en las infracciones punibles: autores materiales, inductores, instigadores, cómplices, cooperadores, auxiliadores y encubridores.”. Asimismo, según Manuel Ossorio escribe que la Participación criminal escribe que “Algunos códigos, entre ellos el argentino, la definen con más o menos variantes como la atribuida a aquellas personas que toman parte en la ejecución del hecho delictivo o prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse. Corrientemente, a esos partícipes necesarios se los sanciona con igual pena que a los ejecutores del delito, diferenciándolos así de quienes cooperan de cualquier otro modo; es decir, en forma que no resulta indispensable para llevar a efecto el hecho criminoso, o que se preste una ayuda posterior cumpliendo promesas



anteriores a éste: cómplice (v.). Si la ayuda no hubiese sido pactada con anterioridad, quien la prestase tendría la calidad de encubridor (v.). (Ossorio, 1974).

Este tipo delictivo expone el carácter *personalísimo* de las profesiones, es decir, que sólo pueden ser ejercidas por la persona que obtuvo el grado académico o título profesional; siendo que aquello es garantía de la confiabilidad de un conocimiento determinado, y que para ser ejecutado en la sociedad requiere ciertos requisitos especiales, el adiestramiento especial en dichos saberes, conocimientos y conductas. El ejercicio de una profesión es siempre un servicio público, con carga oficial; no se puede delegar a otra persona, porque siendo un conocimiento y adiestramiento que ha supuesto haber superado niveles de cognición dichos factores no pueden ser transferidos a otra persona. La sanción de dicho delito, *Participación en ejercicio ilegal de la profesión*, considera al profesional como parte dolosa de dicho delito. Firmar documentos que no ha realizado y cuyo contenido e inferencias no son suyas significa un falseamiento de la fe pública, un amparo a infringir la institucionalidad de las profesiones, viola el carácter personalísimo, exclusivo y excluyente de la calidad y competencia profesional. No se trata aquí de la capacidad real de la persona que realiza el documento o acto profesional, sino que dicha conducta, realizar documentos y presentarlos o proponerlos como documentos con la calidad de «documentos profesionales», cuya fiabilidad está contenida en la firma de un real profesional, convoca muchos factores nocivos. La norma penal se refiere a la conducta de la confección de dicho trabajo, amparado con la firma de un profesional que no ha realizado dicho trabajo; se refiere entonces no a la confección del documento, que puede ser válido, sino a que dicho documento, trabajo, se convierte en «profesional» falsamente, por la firma de un profesional; es decir, se falsea una realidad, por la potestad o facultad atribuida por el Estado a una persona –que previo procedimiento educativo- a la cual ha conferido la calidad de «profesional».

Es el ejercicio legal de una profesión lo que protege el derecho, evitar la falsedad de los documentos profesionales. La norma no aplica la sanción, en este presupuesto penal (Artº 364) a quien haya ejercido la profesión sin título legal, sino al profesional que ha prestado, puesto, avalado, participado con su firma en un documento que no es oficial, no es profesional, dándole con su firma la calidad de profesional, y pudiendo por aquello surtir los efectos que dicha categoría le da. Por ejemplo, en los procesos judiciales, la necesidad de la firma de un abogado en los escritos es imprescindible, obligatoria, a fin de asegurar la defensa o capacidad de contradicción, porque los documentos firmados por el abogado, representan el conocimiento del derecho y de sus instrumentos de defensa, entre otros factores; luego que dicho abogado, profesional, firme un escrito que no ha confeccionado, y sea de otro, el mismo que lo presenta ante los juzgados, configura un falseamiento de la realidad, que –aunque el escrito esté bien realizado, formulado, confeccionado-, los juzgados están autorizados sólo a tomar como documento oficialmente reconocidos, ciertos, legítimos aquellos que tienen la firma de un abogado; hay un falseamiento, un engaño, y quien tiene la responsabilidad de velar por su propia condición de profesional es el profesional. Este estaría cometiendo un agravio al Estado, a la propia institucionalización de su profesión, a la seguridad jurídica, a la buena fe pública, amparando la conducta ilícita, delincuencial, y convirtiéndose en *partícipe* del hecho delictivo, es decir en sujeto que sin su concurrencia o participación, o conducta, no hubiera podido realizarse el delito.

##### **5.- Bien Jurídico Tutelado**

En este caso la doctrina señala que el bien jurídico protegido es *el correcto funcionamiento de la administración pública*, otros indican solamente como bien jurídico tutelado a *la administración pública*. Sin embargo si bien en efecto la administración pública es el marco, no es el único bien jurídico tutelado, sino otros, como la buena fe pública, el derecho a la exclusividad y autoría de la profesionalización.

## **6.- Sujeto Activo y Sujeto Pasivo**

El sujeto activo es el profesional que ampara, presta, estampa su firma en documento ajeno. Sujeto pasivo es el Estado. Cabe aclarar que específicamente la institución pública o privada donde se ha utilizado el documento falseado en su firma.

## **CAPITULO II:**

### **VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**

#### **1.- Generalidades del delito de Violencia y resistencia a la autoridad.-**

El delito de violencia y resistencia a la autoridad es aquel acto de una persona particular, o en su condición persona particular, independientemente de si es o servidor, funcionario o autoridad, que “ejerce violencia” o “resistencia” contra una autoridad en ejercicio de sus funciones. La violencia es aquella conducta física o verbal por la cual se ofende, agravia, daña a otra persona en su integridad física o psíquica. La violencia en sí mismo no es sancionable, sino aquella violencia que no está justificada o legitimada previamente. Por ejemplo, ejerce violencia la fuerza policial, pero esta se justifica en seguridad social, orden interno, etc. La violencia ejercida contra un agravio directo contra la vida, el cuerpo, la salud, etc., podría constituir violencia ejercida “en defensa propia”, o “legítima defensa”, lo que hace que aquella violencia “se justifique” en un principio de salvaguardar la propia integridad física o psíquica.

El delito de “violencia y resistencia a la autoridad” es un delito concebido dentro de los “delitos cometidos por particulares”, que a su vez se encuentra dentro de los “delitos contra la administración pública”. Los delitos de violencia y resistencia a la autoridad a su vez se subdivide en las siguientes modalidades: 1) Violencia contra la autoridad para obligarle a algo; 2) Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; 3.- Resistencia o desobediencia a la autoridad; 4.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión; 5.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación

en centros de detención o reclusión; 6.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios; 7.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 8.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 9.- Violencia contra autoridades elegidas; 10.- Atentado contra la conservación e identidad de objeto; 11.- Negativa a colaborar con la administración de justicia; 12.- Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso; 13.- Sustracción de objetos requisados por autoridad.

## 2.- Esquema de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad.-

El esquema sería el siguiente:

<b>Delitos contra la administración pública</b>		
I. Delitos cometidos por particulares	2.- Delitos de violencia y resistencia a la autoridad	1.- Violencia contra la autoridad para obligarle a algo
		2.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones
		3.- Resistencia o desobediencia a la autoridad
		4.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión
		5.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión
		6.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios
		7.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios
		8.- Ingreso indebido de armas, municiones o

		materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios
		9.- Violencia contra autoridades elegidas
		10.- Atentado contra la conservación e identidad de objeto
		11.- Negativa a colaborar con la administración de justicia
		12.- Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso
		13.- Sustracción de objetos requisados por autoridad

### 3.- Concepto del delito de violencia y resistencia a la autoridad.-

El delito de violencia y resistencia a la autoridad es aquella conducta (acción u omisión) por la cual una persona ejerce *violencia* o *resistencia* a un mandato de una autoridad, persona legítimamente investida de poder público, por lo que se vulneran los deberes públicos que tiene todo ciudadano. Dicha conducta para ser delito debe ser típica, antijurídica y punible. La conducta prescrita como delito es la de *violencia* o *resistencia*. La violencia es el uso de la fuerza física o psíquica en contra de una persona.

En este tipo delictivo se observan varios conceptos propios, que permite hacer ciertas distinciones, como por ejemplo "alzamiento público", "violencia", "amenaza", "autoridad", "funcionario", "servidor público", "le compele, obliga o estorba en el ejercicio de sus funciones". La violencia puede definirse como el uso de la fuerza física que vulnera, condiciona la voluntad de otra persona. La violencia física o psíquica, en una sociedad con Estado de Derecho, se encuentra proscrita, pues es atribución o monopolio del Estado, que sólo la puede usar en casos justificados, porque la violencia supone desigualdad de fuerzas. Una persona que utiliza la violencia (la fuerza) es aquella que se excede y comete abuso en contra de otro. Una conducta se convierte en violencia cuando violenta, altera, o se practica en contra de la voluntad o aceptación de otra persona y en

perjuicio de la otra persona que se ve impedido de poder resistir dicha violencia. El elemento de la violencia puede ser el rompimiento de la voluntad, o aceptación del otro sin embargo, también se puede llevar a cabo -la violencia- con aceptación o resignación del otro. La violencia se perfecciona cuando, independientemente de la voluntad o no del violentado, se daña, agravia, violenta, los derechos (a la vida, a la libertad, a la integridad física o psíquica, etc.) de los demás. No se requiere en extremo que haya o no consentimiento. De esta forma, nadie puede ejercer violencia si no es por estricta justificación de la ley. Esto es un principio constitucional.

Entendido aquello de la violencia, en el tipo delictivo analizado, el problema se torna grave, porque la violencia se realiza contra una "autoridad", "funcionario", "servidor público", es decir, contra alguien que además de ser un ciudadano ha sido investido de cierto poder para decidir sobre la administración de alguna parte de los bienes y servicios públicos (orden, protección, etc.), por lo tanto la afectación ya no es sólo el ejercicio de violencia contra un individuo cualquiera, sino contra toda la administración pública, contra los deberes que se le han encargado para el buen funcionamiento de la sociedad; porque se rompe el estatus político jurídico del Estado y su organización institucional. Se atenta contra la institucionalidad, contra lo que representa la autoridad, pues las funciones o conductas de aquel sólo se justifican en bien de lograr cumplir objetivos públicos, como la seguridad jurídica, el respeto a las normas constitucionales, etc. El delito se configura cuando una persona obliga (hace por la violencia o fuerza física que realice o no una labor que solo puede realizar en su calidad de autoridad, funcionario o servidor públicos) o amenaza (condiciona mentalmente con la posibilidad de causar un daño posterior de no hacerse lo que se impele haga o no haga la autoridad, funcionario o servidor públicos).

Los tipos de casos, violencia o amenaza son pues sancionables porque producen el mismo efecto: obligar a asumir una conducta determinada (hacer o no) utilizando su calidad de autoridad, funcionario o servidor público. Claro que éste último

tiene la obligación de resistir, pero no a costa de su integridad física o psíquica. Uno de los casos más resaltantes conocidos es el "Moqueguanazo". Levantamiento de la población de la ciudad de Moquegua, quienes protestando por una diferente asignación y repartición del canon minero para su región, obligaron a rendirse a los policías que se apersonaron para controlar dichos desmanes sociales.

#### **4.- Violencia a la autoridad.-**

La violencia es una fuerza física o psíquica que se impone a la voluntad del violentado. Según escribe Manuel Ossorio, la Violencia es la "Acción y efecto de violentar, de aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia. Las repercusiones jurídicas de ese proceder son tanto de orden civil como penal. Con respecto al primero, porque representa un acto atentatorio contra la libre voluntad de las personas en la realización de los actos jurídicos, por lo cual es causa de su nulidad. / La violencia puede ser ejercida por una persona sobre otras de modo material o moral; en el primer caso, la expresión equivale a fuerza, y en el segundo, a intimidación. Y con respecto al primero, el empleo de la violencia es lo que configura o califica determinados delitos (homicidio, robo, violación, quebrantamiento de condena, evasión, allanamientos de morada). Temas considerados en las voces respectivas. (Ossorio, 1974).

Ahora bien, la violencia, el quebrantamiento de la voluntad de otra persona, en el caso de violencia a la autoridad, es la ruptura de la voluntad social, que en este caso es la autoridad, aquella que representa al Estado y al ejercicio de sus funciones para cumplir sus objetivos sociales. El agravio es siempre a la voluntad social, que está integrada en la *Autoridad*, es el bien jurídico protegido por el Estado, sin embargo en la realidad el agravio es también a la persona que encarga el cargo de autoridad, y a su conducta funcional; es decir, cuando hay violencia contra la autoridad, se está agraviando al Estado y a la persona que encarna la autoridad. La conducta jurídica agraviada es además aquella nacidas de las obligaciones y deberes que tiene la autoridad para sus efectos sociales. En este

caso, si la violencia se utiliza contra una persona que siendo autoridad, no se presenta como tal, y no está en el ejercicio de sus funciones entonces no se puede considerar violencia contra la autoridad.

El delito de violencia contra la autoridad debe tener, sin embargo, cierto marco que cuide de los excesos de la autoridad, como la provocación, puesto que si bien el agravio, violencia, no se justifica, si es sujeto a análisis el sistema neurofuncional de las personas. La capacidad receptiva, de respuesta, de tolerancia, de comprensión, etc., de las personas no puede saberse a simple vista; pero dichas conductas, como respuestas a una interlocución de la autoridad, cumpliendo sus funciones, son sancionadas o significan *responsabilidad* penal, porque no se pueden justificar en la “emoción violenta”, o no, puesto que de ser así, todos podrían justificar su violencia en la provocación. El Derecho penal sanciona cualquier violación a los derechos de los seres humanos. Las causas eximentes o excluyentes de responsabilidad, son utilizadas sólo como excepciones a la regla. Pero como decíamos, la provocación de la autoridad debe ser tomada en cuenta, puesto que una reacción ilícita debe ser reprimida, pero hay ciertas reacciones, como la legítima defensa, o el derecho a rebelarse, que no pueden sancionarse. Si la autoridad está violentando un derecho de sujeto o persona alguna, ésta última tiene el derecho a resistirse y a vencer dicha autoridad, porque la violencia a la autoridad no significa sólo el uso de la fuerza física o psíquica contra la autoridad, sino que este uso de violencia sea ilegítimo, no esté justificado en una necesidad de respuesta. La relación de derecho no es sólo a favor de la autoridad sino la relación es entre la persona o individuo y la autoridad (Estado).

##### **5.- El concepto de Resistencia a la autoridad en el marco de la administración pública.-**

La resistencia es otra forma de violencia a la función de la autoridad, y por lo tanto a la autoridad, porque quien se resiste a las disposiciones legales de la autoridad está violentando o vulnerando la obligación de la autoridad de hacer funcionar la administración pública. La *Autoridad* no lo es sino en relación con



otra persona, que por tal se encuentra sujeta socialmente obligado a cumplir con los mandatos sociales de la autoridad, digo sociales, porque sólo las conductas funcionales, oficiales, o establecidas dentro de las funciones de la autoridad, son obligatorias por los ciudadanos; pero esto requiere un previo conocimiento y reconocimiento de la autoridad, que se da por sus distintivos, insignias que los identifiquen como autoridad. Esa función, obligación que tiene el ciudadano común o cualquier persona está rotulado en el «principio de autoridad» que consiste no en la justificación del uso de la violencia de la autoridad, sino en la justificación y legitimización de las funciones o cumplimiento de las funciones de la autoridad; eso indica que la autoridad por si no tiene autorización para hacer lo que desee, sino sólo aquellas que respondan exactamente a las atribuciones o funciones dadas por su condición exacta del tipo de autoridad que es. El concepto de *Autoridad* es un término general, y sólo se puede utilizar en relación a unas funciones determinadas. El principio de autoridad no justifica la violencia, sino la ejecución de las funciones o deberes de la autoridad, legítimamente otorgadas para cumplir el objetivo del Estado, sus fines sociales, el bien común, a través de la administración pública.

La relación entre la autoridad y el individuo o persona siempre será una confrontación de la fuerza individual con la fuerza pública; esto refiere que el Estado atribuye a la autoridad una fuerza social que por tal se constituirá siempre en superior a la fuerza privada, particular de cualquier otra persona. Pero esta relación, entre la autoridad y una persona cualquiera sólo surte efectos si el radio de acción, conducta, de la persona particular se encuentra dentro del radio de funciones que debe cumplir la autoridad; de no haber este radio o marco jurídico (deberes y funciones) no existe la capacidad de la autoridad para actuar con violencia oficial frente a la persona. Ramiro Salinas Siccha escribe, respecto al *Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad*, “*En consecuencia, las hipótesis delictivas previstas en este capítulo del Código Penal peruano están orientadas a sancionar penalmente, primero, toda conducta que exprese impedimento u obstaculización del ejercicio funcional de autoridades y funcionarios públicos,*

*quienes como es natural están investidos del principio de autoridad para el mejor desempeño de su labor al servicio del Estado.”* (Salinas, 2014, pág. 75).

La obediencia o resistencia a la autoridad puede generarse en aquello que Ferrajoli, en su libro *Derecho y Razón*, consideraba la «autodeterminación moral de las personas» que resultan de su *autonomía*. La reflexión completa es la siguiente: “61. Garantismo, desobediencia, resistencia.- 1. Sobre la obligación jurídica y sobre la obligación política de obedecer las leyes. La primera consecuencia de la primacía axiológica de la persona, con la que hemos identificado el punto de vista externo\*, es su autonomía en caso de conflicto entre derecho vigente y derechos fundamentales. La cuestión tiene antiguas resonancias, que evocan el conflicto entre derecho y moral, es decir, entre obligación política de obedecer las leyes aun cuando sean injustas y autodeterminación moral de las personas. La opción por la autonomía de la persona frente al estado se encuentra expresada de manera ejemplar en la tradición griega por la figura de Antígonas. Se ha querido, no obstante, ver la opción opuesta por el legalismo ético y por el deber moral de obediencia en la figura de Sócrates, que voluntariamente acepta la muerte injusta a que se le condena: una interpretación ciertamente sostenible sobre la base del Critón 16 pero no de la Apología de Sócrates, donde Sócrates no expresa ningún obsequio moral a la ley, no hace acto alguno de sumisión, ni menos aún apología de la obediencia 17, sino que, por el contrario, acepta la muerte y rechaza provocativamente la fuga, para que la condena que se le impone a él, hombre justo por excelencia, perdure como condena y crítica práctica de la injusticia de las leyes y de los jueces que las aplican 18. La resistencia es una voluntad representada por una fuerza para hacer o no hacer”. (Ferrajoli, 1995, pág. 920).

El concepto de Resistencia dado por Manuel Ossorio es el siguiente: “Resistencia.- Oposición material o moral a una fuerza. | Tolerancia, paciencia, sufrimiento ante privaciones o adversidades.”. (Ossorio, 1974). Resistirse a la autoridad es resistirse a la infelicidad que aquello le va a producir. Esta es la base

de la resistencia: la infelicidad, que si bien es un término ideal, es la causa de la conducta de resistencia. Conceptos que luego el Estado tiene que traducir al lenguaje de la administración pública.

#### **6.- El Concepto de Desobediencia en el contenido penal.-**

Es necesario hacer algunas diferenciaciones o complementaciones conceptuales. Así el concepto de Desobediencia dado por Manuel Ossorio es: “Desobediencia.- Negativa a cumplir las órdenes emanadas de una autoridad con competencia para dictarlas, siempre que reúnan las condiciones necesarias para presumirlas legítimas. A veces el delito de desobediencia se confunde con el de resistencia a la autoridad (v.). El Código Penal argentino reprime a quien resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que no le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.” (Ossorio, 1974). Esta concepción pasa de un previo deber de obediencia; sin aquel deber no se podría configurar la desobediencia. Así alguien estará obligado a hacer algo sólo si esta se le ha impuesto legítimamente. Este vencimiento a la voluntad de la persona o de la discriminación o de la irrelevancia de la voluntad (decisión por cuenta propia) de la persona, para que ésta tenga que «obedecer», sólo puede estar concebido por ley, por norma jurídica. No puede así conformarse la desobediencia cuando no hay un deber (obligación legítima, legal) previamente establecido. Así, con la obediencia, la voluntad se subordina a la ley, a través del requerimiento de la autoridad; pero entonces no es la autoridad como persona, sino la autoridad de la ley, de lo normado jurídicamente, lo que se obedece. La autoridad es sólo el instrumento físico de la voluntad social. La autoridad es la instrumentalización de la voluntad social, instrumentalización legitimada en la ley. El marco de la desobediencia tiene que tener su primigenio origen en «el deber», y éste es la dirección que una persona que da a su conducta, reacondicionando su voluntad a la voluntad social, como marco ideal de la composición de la administración pública. Este deber se extingue cuando sobrepasa los márgenes de lo “posible” o de lo legítimo. Ese cumplir «el deber» permite el funcionamiento de la administración pública, y en su

caso, hasta sana, restablece, la composición de la sociedad.

Un acto de obediencia es siempre la pérdida de parte de nuestra libertad (capacidad para hacer, elegir, o conducirnos sólo de acuerdo a nuestra voluntad), para cederla a favor de la sociedad, representada en este caso, en la autoridad, que a su vez representa la voluntad social, representada a su vez por el Estado. La desobediencia debe ser, en una sociedad de derecho (normada y regulada en mérito a la delegación de parte del poder del individuo a favor de la administración pública) un acto reprimido penalmente. No obstante surgen extremos en los cuales se justifica la desobediencia. Uno de los grandes analistas de aquel fenómeno extremo fue Henry David Thoreau –llamado por Henry Miller “un aristócrata del espíritu”-, quien describiera el fenómeno en su libro “El deber de la desobediencia civil”, en la que postula una “resistencia pasiva”, que utilizará –dicen los autores- Gandhi.

### **7.- El concepto de Autoridad en el esquema penal.-**

El concepto de Autoridad en el delito de violencia y resistencia a la autoridad tiene que estar claro; así algunos conceptos doctrinarios explican que Autoridad es: “La persona revestida de algún poder, mando o magistratura. El carácter que reviste una persona por su empleo o representación. / Representante del poder público, el que en su nombre gobierna o administra, con independencia de la legitimidad de su nombramiento o procedencia.”.

La Autoridad es entonces una persona en cierta calidad pública especial, dotada de poder oficial, que representa al Estado y cuyas conductas –en su calidad de funcionario público- consisten en hacer funcionar el sistema de la administración pública. Pero además de ser una persona con poder público, es también aquel sujeto que tiene una especial “autorización”, para el ejercicio de parte del poder público; autorización dada por el Estado a través de sus diversas modalidades de representación, como designación, elección pública, concurso público, etc. Este ser autoridad, «autorizado» es esencial en la concepción de dicho sujeto público,

puesto que su radio de acción, está determinada en la «función pública» que se le ha asignado cumplir. Su condición de autoridad sólo llega a establecer las relaciones con los demás dentro de este marco. No existe en esta geografía del poder subordinación de todo ciudadano a la autoridad, sino a ciertas áreas autorizadas a la misma, que son las conductas que significan el cumplimiento de las funciones o deberes asignadas por el Estado.

En aquel momento la autoridad reglamenta la relación del individuo, de la persona con el Estado, a través de él. La autoridad es la intermediación entre el Estado, o la voluntad social o estatal y el individuo. El cumplimiento de las funciones de la autoridad “reglamenta en los hechos y la realidad, las relaciones entre el Estado y el individuo a través de los actos funcionales, que si bien puede no conocer el individuo, la autoridad los afirma, o los hace conocibles. La Autoridad reglamenta la relación del individuo con el Estado.

#### **8.- Concepto Legal del delito de violencia contra la autoridad para obligarle a algo.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “Violencia contra la autoridad para obligarle a algo.- Artículo 365.- El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de éstas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”. El concepto legal se refiere al atentado contra la autoridad, que según Manuel Ossorio es el “Delito contra la administración pública, consistente en emplear fuerza o intimidación contra un funcionario público para imponerle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. El delito de atentado es tratado por los códigos juntamente con el de resistencia a la autoridad, configurado por el hecho de emplear fuerza o intimidación contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia en virtud de un poder legal o a requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones. Lo mismo el atentado que la

resistencia se consideran agravados: cuando se cometieren a mano armada, o por una reunión de tres o más personas, o si el autor fuere funcionario público, o si el autor pusiere manos en la autoridad.” (Ossorio, 1974).

### **9.- Primer supuesto.-**

“El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones”.

### **10.- Alzamiento público.-**

El alzamiento público es la reunión de un grupo de personas, que tienen la finalidad de actuar en contra de la autoridad. De esta forma, si existe esta concertación dolosa, concertada de un grupo de personas que se reúnen específicamente para alzarse, levantarse, rebelarse contra la autoridad, no será ya delito de violencia, o resistencia contra la autoridad, sino en otros delitos más graves, que podrían estar configurando, o tipificando los delitos de sedición, motín, etc., porque ya no sería el ejercicio de la violencia o resistencia sólo a la autoridad en su término general, sino a la voluntad general del gobierno político, es decir, a una estructura esencial del gobierno. No es para impedir la acción individual por la que se estaría resistiendo o violentando la autoridad, sino para no sólo desconocer sino revocar, anular, eliminar la autoridad vigente. Un alzamiento es un levantamiento, sublevación en conjunto o en forma grupal, en forma pública, exteriorizada, directa contra el gobierno; el alzamiento público es una acción efectiva, pública. Esta es la medida para que una conducta o conductas de desobediencia o resistencia a la autoridad se convierta en otro tipo delictivo, como indicamos, más grave, como el sedición, motín, etc. Aquí la aclaración, la violencia o la resistencia a la autoridad, está direccionada directamente contra una función determinada de la autoridad, contra una conducta determinada, no contra la autoridad por ser ella tal, sino contra su conducta funcional, oficial, contra el ejercicio de su autoridad, o autorización, para ejercer ciertas conductas. Una conducta funcional de una autoridad es siempre unilateral; es decir, no le pide permiso al ciudadano para cumplirla, sino que investido del poder para realizar

dichas conductas, que son en realidad deberes funcionales, públicos, ordena, ejecuta, realiza conductas unilaterales para cumplir el acto funcional. Esto significa que no de realizarla estaría cometiendo también una falta y/o delito (omisión de funciones). Y es que la autoridad en este sentido solo instrumentaliza la voluntad social.

### **11.- Violencia.-**

La violencia, conducta o fuerza que se aplica y enfrenta a otra fuerza o conducta, en esta modalidad, está dirigida contra una determinada conducta, que es el «impedimento»; impedir la concreción de una conducta funcional. La violencia se torna así cuando la fuerza usada, exteriorizada en la conducta, (que puede ser por medio de las palabras o por actos).

### **12.- Amenaza.-**

La amenaza es aquella intimidación psicológica (una especie de tentativa de la violencia) o promesa o conocimiento del peligro futuro que correría la autoridad a causa del futuro agravante. Una amenaza, que puede ser una acción material, escrita o verbal, es también una conducta, porque es un acto nacido de la voluntad u originado en la libre capacidad de acción de la persona, y porque surte efectos en el exterior. Esta afectación para mal, para agravar, dañar, lesionar, violentar por medio de la amenaza es también un ilícito, un delito. En el presente caso. La amenaza es ya en sí un agravio no sólo por el efecto, sino por la propagación de la violencia futura a través del discurso, porque el lenguaje es un medio de comunicación que sirve para interrelacionarse, pero si comunica una futura o posible agresión a uno de los interlocutores, de los agentes comunicantes, entonces la transmisión es la violencia o la posibilidad futura de ella. Esa no es una forma permitida del lenguaje o comunicación, porque altera o puede alterar el exterior, la vida, y los derechos exteriores, dentro de los cuales se encuentra el derecho a una vida segura, a que no se vulneren los derechos e integridad física o psíquica de las personas. Aún no existe por ejemplo, el Derecho de lo interior, el Derecho de las relaciones telequinéticas, ni el Derecho de las relaciones mentales.

Estas conductas telequinéticas aún no se han podido establecer claramente y objetivamente por la ciencia y menos por el Derecho. Sólo se atiende a unas cuantas consideraciones, pero podríamos decir, o augurar que las relaciones entre las personas no es solamente a través de fenómenos externos, sino de cosas, actos, conductas, que no se pueden ver, oír, y tal vez si sentir. El estudio de la racionalidad, como aquel mediante el cual toda la vida debe someterse a lo objetivo, a lo que se puede probar, a lo que se puede apreciar por los sentidos de una u otra forma, evita que podamos regular las relaciones extrasensoriales. La ciencia ha sacrificado –sin saberlo acaso- el estudio del ochenta por ciento de lo que constituye –haciendo una arbitraria conceptualización- el ser humano. La ciencia ha perdido a la conciencia. La ciencia ha elevado a lo objetivo al mayor nivel de estudio e investigación y ha obviado, eludido y menospreciado el estudio de lo subjetivo. Así el Derecho no pudiendo utilizar elementos subjetivos para su ejercicio, se ha conformado con lo objetivo, lo que ha supuesto que no se puedan prevenir los delitos; y menos establecer que las conductas delictivas provienen previamente de relaciones conceptuales, de necesidades físicas o mentales, que se engendran en las concepciones de lo que se necesita, desea, o no se necesita o desea. Esta experimentación, del Derecho extrasensorial será talvez concebido en algún futuro. El fenómeno es más amplio, pues estas sensaciones, relaciones sensoriales, no se enseñan, y quedan sólo en la susceptibilidad de cada ser; así los sistemas educativos de esta parte del mundo, como los colegios, institutos, universidades, etc., enseñan sólo las relaciones exteriores, y potencian las capacidades racionales; no se practica las relaciones sensoriales, como dije, por ejemplo, cuando una persona mira a otra, un chico a una chica o viceversa, esto produce un tipo de relación; algunas personas pueden sentir que alguien lo está mirando, la mayoría de personas no. Lo real es que este acto (mirar a una persona) está produciéndose, y que aquello significa algo (interés, atracción unilateral, etc.). Supongamos que en los centros de estudios nos enseñan a captar o percibir dichas miradas. ¿Esto acaso no podría prevenirnos de un posible agresor? Pero la discusión es para otro tema. Sin embargo, la traemos a colación porque la



«amenaza» se encuentra en parte dentro de ese esquema de relaciones sensoriales personales.

Otro factor de la amenaza es que este se concretiza por el conocimiento del significado y contenido de lo expresado como amenaza. Por ejemplo, una manifestación en quechua, con carga de amenaza en su contenido, que no pueda ser entendido por el receptor. La amenaza tiene que ser, entonces, conocida, posible de ser conocida, pues sólo a partir de aquel momento el lenguaje, el discurso, se convierte en amenaza. Los efectos también resultan del conocimiento del sujeto amenazado del significado de la amenaza.

### **13.- Impedir.-**

Es un acto o conducta mediante el cual se impide la conducta funcional de la autoridad, impide se realice los efectos de la conducta a la cual están aplicado la función. Impedir es el vencimiento de la fuerza o voluntad pública para cumplir con sus deberes funcionales. La persona común relacionado con la autoridad, adquiere una calidad o vínculo obligacional frente a la autoridad, una obligación (En el Derecho Civil el concepto de “Obligación” dado por Rafael Rojina Villegas es: “Tradicionalmente se ha definido la obligación como vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo en favor de otra persona llamada acreedor”. (Rojina, Editorial Porrúa, pág. 03), que crea un «vínculo jurídico por virtud de la cual una persona” está obligada a permitir, el cumplimiento de las funciones de la autoridad. Impedir es aquella conducta, acto o amenaza –en este caso- que frena, contiene, imposibilita una conducta funcional de una autoridad. Más allá de estorbar, impedir supone una nueva conducta, una conducta de relación directa, frontal y contradictoria con la autoridad, una rebelión a la fuerza obligatoria que ostenta la autoridad; y en esto un rompimiento del orden jurídico político, de los niveles de gobierno y subordinación. Porque aquel impedir, como conducta afecta toda la organización jurídica y de gobierno; jurídica porque las conductas funcionales tienen su justificación, obligatoriedad y fuerza coactiva en la ley; de

gobierno porque la relación que se está llevando a cabo es una relación de organización social. Impedir es una segunda acción, una voluntad respuesta, una conducta respuesta, frente a una conducta anterior, la conducta de la autoridad, funcionario o servidor público, persona en ejercicio de la función pública y cargado de la coactividad o legitimización del uso de la fuerza pública. Una autoridad se presenta con una fuerza superior a fin de subordinar, disciplinar cualquier resistencia al deber público. Impedir es entonces enfrentarse a todo ello.

#### **14.- Autoridad.-**

La Autoridad –parafraseando textos de Gilles Deleuze respecto a la policía- «se encarga de introducir la disciplina en el detalle efímero de un campo social». La autoridad que es impedida de ejercer sus funciones, no su voluntad que es una voluntad sometida por la obligación del cumplimiento del deber, ¿voluntad subordinada supondría ya una distorsión legal de la voluntad? No porque toda voluntad para ser tal tiene que nacer en la decisión o elección de la conducta a asumir. Esta decisión siempre es por «interés», sea este la tranquilidad, la paz, el amor, la conveniencia, el dinero, el deber, etc. Sin embargo, esta voluntad subordinada convierte a la persona pública –autoridad, funcionario o servidor público- en instrumento público. La ley, el deber público, instrumentaliza al sujeto, a tal punto que su voluntad no sólo se subordina, sino se obvia, o se inclina a solo la obediencia como deber –es decir, como sujeto a responsabilidad-. El sujeto público sin embargo al ser persona humana no es un objeto, y puede mediante el rompimiento de la voluntad subordinada a la función pública, incumplir su deber, a consecuencia de aceptar su responsabilidad penal y administrativa.

Impedir a una *autoridad* el cumplimiento de sus funciones (deberes o mandatos públicos), lesionará siempre la voluntad social, el orden jurídico, la seguridad jurídica, el principio de autoridad, el cumplimiento de los deberes públicos, la eficacia de la labor pública, etc.; obstáculo que al frenar la conducta funcional, por amenaza o violencia, rompe con un concepto de representación pública: la

autoridad. La representación es un mandato legitimado por la delegación del poder público. Así quien impide la acción de una autoridad, rompe con su propia «delegación de poder privado a favor del poder público». La estructura de relaciones sociales se quiebra porque quien tiene el deber de cumplir con los mandatos públicos, atenta no sólo contra la voluntad de la entidad pública, la autoridad, el funcionario o servidor público, sino contra su propia legitimidad como ciudadano (persona que acepta vivir dentro de un orden jurídico a fin de asegurar su convivencia pacífica, legal, legítima). Impedir una función pública – términos tautológicos al parecer- tiene efectos tanto en el ciudadano que lo realiza, porque se convierte en delincuente, porque atenta contra su propia voluntad delegada para constituirse como ciudadano, porque atenta contra el orden público, la administración pública, la seguridad jurídica, el principio de autoridad, el respeto de los derechos funcionales, la categorías funcionales, etc.

### **15.- Funcionario público.-**

Un Funcionario público es aquel que tiene la carga o deber de decidir la dirección o administración de los bienes y servicios públicos. Un funcionario público es aquel que permite, impulsa, hace «funcionar» la administración pública, a través de sus decisiones. Según Armando Mendoza Ugarte respecto a la Función Pública: “Conforme al artículo 2° de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la función pública, se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la administración pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”. Así mismo agrega: “La función pública.- Conforme al artículo 2° de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la función pública, se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la administración pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”. Además agrega: “El funcionario o servidor público: Artículo 4 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la función pública: 4.1 Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades

de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado (modificado por la Ley N° 28496 del 14/04/2005); 4.2 Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto; 4.3 El ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente código y asumir el compromiso de su debido cumplimiento. “ y culmina indicando que “La Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, define al servidor o funcionario público -para los efectos de dicha ley- como todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.”.

Una autoridad es tal si es que no abusa de su poder, y si existe en su conducta ausencia de arbitrariedad, porque no de ser así se deslegitima su conducta, y por lo tal cualquier ciudadano está en la posibilidad, y hasta en la responsabilidad, de evitar el abuso del poder; pero no impedir el ejercicio de la función pública. Así los “actos de producción y aplicación” de las funciones públicas debe estar exentos de abuso de poder y ausencia de arbitrariedad en el funcionario: “La ausencia de arbitrariedad, por su parte, exige que los poderes y funcionarios públicos realicen actos de producción y aplicación de las normas jurídicas dentro de la legalidad, de tal manera que, como afirma HENKEL, la incertidumbre y el azar del poder político brillen por su ausencia. Es decir, que no haya abuso de poder por parte de quienes lo detentan. Esto significa que en un Estado de Derecho, la seguridad jurídica, como evitación de arbitrariedad, exige la sujeción de los poderes y funcionarios públicos a la ley...” (Gaceta Jurídica, 2004)

El Código Penal en su artículo 425°, establece que serán considerados funcionarios o servidores públicos (una autoridad es funcionario público): “1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa; 2. Los que desempeñan

cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos; 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.” Es importante remarcar que mientras por un lado las personas comunes, privadas, ciudadanos, regulan sus conductas por la libertad personal, sucede a su vez que la autoridad, el funcionario o servidor público «tienen reguladas sus conductas públicas, oficiales por el principio de legalidad», por ello, “(...)es necesario considerar quedado que las conductas de los ciudadanos normalmente, más que regirse por deberes legales de actuar específicos, se regulan por la libertad personal consagrada en el artículo 2 inciso 24 párrafo a. de la Constitución Política del Perú, el obrar por disposición de la ley tendrá su mayor radio de acción en el caso de los funcionarios públicos, cuya conducta está regulada por el principio de legalidad en su expresión de sujeción a la ley en el ejercicio de la función pública(20)(21).” (Gaceta jurídica, 2004).

El impedimento a la función pública tiene un previo antecedente normativo, “la competencia funcional” de la autoridad, funcionario o servidor público, que se convierte en otro problema de conocimiento, porque la falta de aquella puede permitir el abuso de autoridad, escondido en la ignorancia de los verdaderos deberes funcionales de los agentes públicos; por eso, “En efecto, para saber cuándo un médico, un funcionario, un policía, etc., actúan dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario conocer cuál es el contenido de la regulación jurídica (administrativa, laboral, etc.) que dirige dicha actuación(6).” (Gaceta jurídica, 2004).

**16.- Servidor público.-**

El Servidor público ha sido calificado como aquel trabajador del Estado, en cualquiera de sus instituciones, organismo, que no tiene capacidad de decisión sobre la organización o administración de los bienes y servicios públicos. A diferencia de la Autoridad o Funcionario público, que tienen la capacidad de “decidir”, el poder para crear “mandatos con contenido público”, “decisiones propias de quien puede organizar, decidir, dirigir “el destino” de cómo funciona la administración pública, los servidores públicos no tienen aquellas potestades, sino la de «cumplir» con los designios, deberes o mandatos funcionales, no generan o producen normas funcionales –como las autoridades o funcionarios públicos-, sino obedecen dichas normas funcionales, adecuan su conducta a lo establecido, posibilitar el «ejercicio» o «aplicación» de los mandatos públicos.

**17.- Ejercer funciones.-**

El ejercicio de las funciones públicas también parte de un deber establecido anteriormente a la voluntad o conducta funcional ejercida. El ejercicio funcional es el cumplimiento de un deber, que de no hacerse se cometería delito, delito de omisión de funciones. El ejercicio es siempre una conducta, y si esta se reviste de un mandato público, oficial, el ejercicio es la actividad o acto para que se cumplan las funciones públicas. Pero el ejercicio trae sus propias conceptualizaciones, como sólo puedo hacer ejercicio de algo si es que aquello me pertenece. Por ejemplo, no puedo hacer ejercicio por otro, sino el otro hace ejercicio, es decir, uso de lo que dispone y tiene. Así el ejercicio funcional es el uso del poder público que tiene, y que dicha posesión tiene su origen en la facultad del poder público delegado. El ejercicio público es a su vez la representación material de lo contenido en el mundo de lo inmaterial, de las ideas e instituciones intelectuales jurídicas. El ejercicio público es la exteriorización de la voluntad pública, de la idea pública, de las «concepciones» elevadas a categoría de «institución jurídica». Así el ejercicio de las funciones públicas de la autoridad, funcionario o servidor público es exteriorizar lo que en la idea o concepción se encuentra establecida. Se conecta idea con acción, obligación con cumplimiento o aplicación de las normas

o mandatos públicos, nacidos, por supuesto, de la organización política de la sociedad, y legitimados por el derecho o el ordenamiento jurídico.

Impedir una conducta pública es entonces confrontar ilegítimamente una voluntad particular con la voluntad general, pública. Resistir y no acatar un deber público. Huir o desconocer de la representatividad oficial.

#### **18.- Segundo supuesto.-**

El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones. En este supuesto jurídico hay una variable singular, la coacción como fuerza que no sólo impide la realización de la función pública, sino que además violenta, lesiona daña ya otros derechos; no se trata ya de una resistencia, sino superando aquella, violenta o daña a la autoridad, funcionario o servidor público.

#### **19.- Tercer Supuesto.-**

El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público le estorba en el ejercicio de sus funciones. El supuesto de estorbar significa que la resistencia es en menor grado a la violencia, o a impedir el cumplimiento del deber público, sino en obstaculizar, estorbar, la acción pública.

#### **20.- Sujeto activo y sujeto pasivo del delito de violencia y resistencia a la autoridad.-**

Sujeto activo del delito de violencia y resistencia a la autoridad puede ser cualquier persona, sea particular o pública, sin embargo, cabe aclarar que la conducta de un agente público, autoridad, funcionario o servidor público, es siempre un factor o variable que detenta ciertas características especiales, por la cual dichos sujeto –en aquella calidad- al cometer dichos ilícitos agravan la medida aplicada, por cuanto es su responsabilidad y conocimiento del

cumplimiento y del respeto del orden público. El sujeto pasivo genérico es el Estado, y el sujeto pasivo específico sería la autoridad, funcionario o servidor público al que se le ha impedido, resistido, violentado cumplir con sus funciones públicas.

### **21.- Bien Jurídico tutelado.-**

El bien jurídico tutelado o protegido es la Administración Pública. Ahora bien hay varias concepciones sobre el bien jurídico específico. Esta falta de precisión en encajar adecuadamente el bien jurídico se produce porque no hay determinación exacta de dicho factor. Así, si los bienes jurídicos son todos aquellos derechos, principios jurídico, entonces el bien jurídico en este caso es aquel derecho agraviado, violentado, dañado. El Bien jurídico en este caso sería la Administración Pública, independientemente de si sea correcta o no su utilización, puesto que aquella conceptualización no está en discusión. La Administración Pública como concepto de organización social, supone también la organización de los bienes y servicios públicos a fin de garantizar los derechos.

Cuando se produce el delito de resistencia y violencia a la autoridad el daño es: a la autoridad, funcionario o servidor público; a la Administración Pública como concepto de organización social; a la seguridad jurídica que trae el ejercicio de la administración pública; al principio de autoridad, que supone la investidura necesaria a los agentes de cumplir con la voluntad social. Sin embargo los autores identifican a los bienes jurídicos protegidos variadamente. Hay sin embargo, a nuestro parecer un eje central de protección: La Administración Pública, que es tomada –por dar un ejemplo- dentro de las categorías de bienes jurídicos, como lo son «la seguridad jurídica», «la justicia», «la vida», «el orden jurídico», etc. Son conceptualizaciones generales. El principio de autoridad y factores como aquel se encuentra dentro de los efectos a proteger, que se desprenden del eje central, que en este caso es «la administración pública».



**SUB CAPÍTULO II:**  
**VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL**  
**EJERCICIO DE SUS FUNCIONES**

**1.- Concepto general**

La violencia contra la autoridad responde a actos o conductas contra la persona pública para impedir el cumplimiento de sus funciones. En el marco jurídico la violencia es el uso de la fuerza física o psíquica para vencer o romper la voluntad jurídica de una persona con carga o potestad pública. Esta violencia e traduce en conductas, ejercicio o actos que colisionan directamente con la voluntad funcional. De acuerdo con Ramiro Salinas Siccha: “El delito se verifica cuando el agente o autor, con el propósito de impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, emplea o hace uso de la intimidación o violencia física contra un funcionario a alguna persona que le presta asistencia. También se verifica cuando el agente o autor, ante el requerimiento de funcionario público, con el propósito de impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, emplea o hace uso de la intimidación o violencia física.” (Salinas, 2014, pág. 87).

Violencia contra la autoridad para impedirle el ejercicio de sus funciones es una modalidad del delito de violencia y resistencia a la autoridad que identifica la conducta delictiva en aquello que no solo resiste o visto la potestad del poder público, sino que está previamente identificada a un hecho o conducta específica, que es una conducta funcional, esto es que se impide una función realizada por la autoridad, esta función es también una conducta; realizada por la autoridad, por lo que devendría en conducta funcional de la actividad; así la violencia no es contra la autoridad directamente, por su condición de autoridad, sino que es sobre la conducta funcional que está ejerciendo dicha autoridad.

## **2.- Concepto Legal**

De acuerdo con el Código Penal, se establece: "Artículo 366.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.- El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas."

### **SUB CAPÍTULO III:**

#### **RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD**

### **1.- Concepto Doctrinario**

La resistencia o desobediencia a la autoridad consiste en aquella conducta que contrariando la voluntad social, el mandato de la autoridad, ofrece resistencia o desobedece un mandato jurídico y legítimo.

### **2.- Concepto Legal.**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 368.- Resistencia o desobediencia a la autoridad.-** El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años. / Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas."

*"Artículo 368-A.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión. Artículo 368-B.-*

*Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión. Artículo 368-C.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios. Artículo 368-D.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios. Artículo 368-E.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios”.*

## **DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**

### **I.- TIPOS DE DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD**

Los Delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad pueden ser de los siguientes tipos: 1.- Delito de Violencia contra la autoridad para obligarle a algo; 2.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; 3.- Resistencia o desobediencia a la autoridad; 4.- Violencia contra la autoridad elegida; 5.- Atentado contra la conservación e identidad de objeto; 6.- Negativa a colaborar con la administración de justicia; 7.- Atentando contra documentos que sirven de pruebas en el proceso; 8.- Sustracción de objetos requisados por autoridad.

### **CONCEPTO DE DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES?**

Comete este delito quien empleando intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones. El acto delictivo se agrava cuando: 1) El hecho se realiza por dos o más personas; 2) El autor es funcionario público o servidor público; 3) El hecho se comete a mano armada; 4) El autor causa una lesión grave que haya podido prever; 5) El hecho se realiza en contra de

un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones; 6) El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; 7) El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas; 8) Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado.

### **SUB CAPÍTULO:**

## **VIOLENCIA CONTRA AUTORIDADES ELEGIDAS**

### **1.- Concepto doctrinario**

En este caso el factor variable es que dicha violencia sea ejercida contra las “autoridades elegidas” e impidan el que juramenten, asuman o ejerzan sus funciones. La cuestión reside en que la violencia es una fuerza para impedir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, es antes un factor de disciplina y de respeto a las instituciones política jurídicas.

El delito de violencia contra las autoridades elegidas sanciona una conducta específica, aquella que impida (por la fuerza) que las autoridades elegidas según ley, por procesos electorarios, votación popular, etc., asuman sus cargos como autoridades. Este tipo de delito enfrenta el desorden política y la posibilidad de que se insubordine la sociedad por motivos políticos y económicos, de tal forma que se desconozca la organización jurídica. Este es un ejemplo claro que presenta al derecho como superior al poder político, o en todo caso, como control al poder político, es decir, al libre manejo y decisión de cómo se va a gobernar la sociedad, puesto que si ello funciona así los procesos electorales, sufrirían constantes desconocimiento de las elecciones de sus autoridades y crearían desestabilización social; así el orden

jurídico, a través del ordenamiento jurídico penal y procesal penal imponen el respeto a los procesos organizacionales políticos como control del sistema social, es más, crean el sistema social.

## **2.- Concepto Legal**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: “**Artículo 369.- Violencia contra autoridades elegidas.** El que, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramentar, asumir o ejercer sus funciones será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 8.”

### **SUB CAPÍTULO:**

#### **ATENTANDO CONTRA LA CONSERVACIÓN E IDENTIDAD DE OBJETO**

### **1.- Concepto doctrinario**

La necesidad de preservar los distintivos e identidad de los sellos marcas de la autoridad ha creado o tipifica el presente delito, por el cual será sancionado cualquier persona que destruya, arranque envolturas, sellos o marcas que sean oficiales, hayan sido puestos por la autoridad en el ejercicio de sus funciones y que cumplan una función pública determinada. Es el caso, por ejemplo, de los sellos que ponen las autoridades municipales, de Sunat, etc.

El delito de atentado contra la conservación e identidad de objeto, es aquel mecanismo penal por el cual se garantiza y asegura que los objetos oficiales, públicos, como sellos , envolturas, marcas, etc., puestas por al autoridad (como los prescritos de lacrado para asegurar bienes mueble o inmuebles para la investigación, etc.) no pueden ser vulnerados, arrancados, desnaturalizados, desgarrados, inutilizados, etc., porque atentaría contra el

sistema oficial del Estado, su autoridad, respeto, y contra todo el sistema de seguridad que se encuentra contenidos en los propios sellos, objetos, envoltorios etc.

Este es un sistema preventivo, como garantía del respeto de los objetos públicos, pero a la vez de sistema de persuasión, es también un mecanismo de aseguramiento de los preceptos institucionales públicos.

## **2.- Concepto Legal.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “**Atentado contra la conservación e identidad de objeto.- Artículo 370.-** El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.”.

### **SUB CAPÍTULO:**

## **NEGATIVA A COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

### **1. Concepto Doctrinario**

En este caso la negativa a colaborar con la administración de la justicia se trata de aquellas conductas, actos que tienen las personas cuando son solicitadas de colaborar con la administración de justicia, específicamente los testigos, que son aquellas personas que han visto, que tienen un reconocimiento visual y auditivo de los hechos delictivos, que tienen capacidad por sus condiciones comprobables como son la vista, el oído, etc. La aceptación de este tipo de discurso, del testigo, es porque probado ya está que los sentidos son expresiones de la realidad. La condición es que dichos testigos sólo reproduzcan, narren o transmitan sus conocimientos sobre lo que sus sentidos han logrado apreciar. Dado que la sociedad acepta racionalmente la existencia y veracidad de dichos sentidos. Aclarar que el conocimiento vertido por estos personajes en primer lugar se da

porque se acepta socialmente y científicamente de la veracidad de la existencia de «los sentidos».

Cabe preguntar por ¿cuáles son las razones por la que la negativa de los testigos, peritos, traductores, intérpretes, etc., que sean requeridos son sancionados penalmente? Esto responde a que impera el principio de autoridad, persecución del delito, y deber público de coadyuvar al esclarecimiento de un hecho delictivo. La excepción es oponer el derecho a no inculparse o inculpar a sus parientes.

Esta obligación de peritos, testigos, etc., es en base a que se prioriza la persecución del delito y la lucha contra la impunidad; de tal forma que la condición civil, en pro de detener o descubrir los ilícitos penales, se subordinan a la autoridad del Estado y de su poder persecutivo del delito; además la condición profesional de perito, intérprete, etc., les da la obligación de cumplir con un deber público, coadyuvar a la investigación del delito.

## **2.- Concepto Legal.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece que: “**Negativa a colaborar con la administración de justicia.- Artículo 371.-** El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas. / El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.”.

### **SUB CAPÍTULO:**

#### **ATENTADO CONTRA DOCUMENTOS QUE SIRVEN DE PRUEBA EN EL PROCESO**

##### **1.- Concepto doctrinario**

En este supuesto la norma actúa contra la administración pública cuando sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a

servir de prueba ante el juez.

El delito de atentado contra documentos que sirven de prueba en un proceso, es aquella conducta sancionada por haber sustraído, ocultado, inutilizado, cambiado, etc., un documento que puede ser viro como medio probatorio; esto en mérito que además de obstaculización de la administración de justicia, se está cometiendo un delito singular, aquella conducta dolosa de una persona para impedir se tenga acceso a los documentos probatorios de un hecho ilícito incriminatorio.

## **2.- Concepto Legal.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso.- Artículo 372.- El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. / Si la destrucción o inutilización es por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.”

### **SUB CAPÍTULO:**

#### **SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS POR AUTORIDAD**

##### **1.- Concepto doctrinario**

Mediante sustracción se está apoderando de bienes muebles ajenos y lo hace con la intención de obtener provecho;

El apoderamiento debe hacerse efectivo a través de un acto de sustracción y se entiende consumado cuando el actor tiene la posibilidad de disponer del bien,



Expropiar la autoridad competente ciertos bienes considerados aptos para las necesidades de interés público: la policía requisó varios camiones para el transporte de alimentos

Apropiarse [una autoridad] de una mercancía por estar prohibida o por comerciar con ella de manera ilegal.

El delito de sustracción de objetos requisados por la autoridad es aquella mediante la cual se sanciona a toda conducta dolosa por la cual se sustrae objetos requisados por la autoridad. Esta sustracción es obviamente sin autorización respectiva, y por ende surte los efectos de obstaculizar la investigación o las pruebas de hechos delictivos, así que aquella conducta de sustraer, llevarse, agarrarse, disponer de objetos requisados por la autoridad son sancionados penalmente.

## **2.- Concepto Legal**

De acuerdo con el Código Penal, se establece: “Sustracción de objetos requisados por autoridad.- Artículo 373.- El que sustrae objetos requisados por la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”.

### **CAPITULO III: DESACATO**

#### **SUB CAPÍTULO I:**

#### **PERTURBACIÓN DEL ORDEN EN EL LUGAR DONDE LA AUTORIDAD EJERCE SU FUNCIÓN**

#### **Concepto doctrinario.-**

El delito de perturbación del orden es el lugar donde la autoridad ejercer su función es aquella por la cual se sanciona a la persona que en el ambiente, sala, recinto, o lugar donde los miembros del congreso, gobiernos regionales, municipales, tribunales de justicia o cualquier autoridad pública esté

cumpliendo su función, se sancionará entonces a quien perturba el funcionamiento o trabajo de dichas autoridades, con el fin de asegurar el orden y la funcionalidad del sistema público, porque se atenta con el principio de soberanía y jerarquía social oficial.

#### **Concepto Legal.-**

De acuerdo con el Código Penal, se prescribe: “Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función.- Artículo 375.- El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.”.

### **TITULO II:**

#### **DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Los delitos cometidos por funcionarios públicos es aquella segunda tipificación global de los delitos contra la administración pública por la cual se trata o versa sobre los delitos específicos que pudieran cometer las personas con la condición pública de funcionarios públicos, es decir todas aquellas personas que tengan un encargo público o estén revestidos de una encargatura pública, como las autoridades, servidores o trabajadores públicos; así el delito es la sanción directa a aquel funcionario público por vulnerar el orden jurídico y por infringir su deber (delito de infracción del deber) que es salvaguardar que la administración pública funcione correctamente.

Esta sección deja, sin embargo, un lado o debate, el extraneus llamado así, o la persona que no siendo funcionario público es partícipe obligatorio, necesario e indispensable para que pueda cometerse el delito, aquel que le da consistencia material al delito.

### **Funcionarios Públicos.-**

Los funcionarios públicos son aquellas personas investidas de poder público para administrar los bienes y servicios públicos; así pueden ser autoridades, funcionarios, servidores, trabajadores. Se adquiere la calidad de funcionarios público de acuerdo con la ley, y son básicamente encargados públicos o con poder público delegado.

De acuerdo con la normatividad Penal son Funcionarios públicos o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

### **Los delitos cometidos por los funcionarios**

Los delitos cometidos por los funcionarios públicos se clasifican de la siguiente manera: I: ABUSO DE AUTORIDAD: 1.- Abuso de Autoridad; 2.- Abuso de Autoridad condicionando ilegalmente la entrega; 3.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; 4.- Denegación o deficiente apoyo policial; 5.- Requerimiento indebido de la fuerza pública; 6.- Abandono de cargo; 7.- Nombramiento o aceptación ilegal. II: CONCUSIÓN: 1.- Concusión; 2.- Cobro Indebido; 3.- Colusión; 4.- Patrocinio ilegal; 5.- Responsabilidad e peritos, árbitros y contadores particulares. III: PECULADO: 1.- Peculado; 2.- Peculado por uso; 3.- Malversación; 4.- Retardo injustificado de pago; 5.- Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia. IV: CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: 1.- Cohecho pasivo propio; 2.- Cohecho pasivo impropio; 3.-

Cohecho pasivo específico; 4.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 5.- Cohecho activo transnacional; 6.- Cohecho activo específico; 7.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; 8.- Tráfico de Influencias; 9.- Enriquecimiento Ilícito.

## **CAPITULO I:** **ABUSO DE AUTORIDAD**

### **1.- Concepto doctrinal del Delito de Abuso de Autoridad**

Según escribe Fidel Rojas Vargas: "La autoridad, (...), es una modalidad institucionalizada de poder cuya fuente de origen deriva de la soberanía popular y del Estado como expresión jurídico-política de aquella. (...) el término de "autoridad" puede adquirida (concepción subjetiva) y como concepto institucionalizado en un ente público o persona física legitimada (concepción orgánica-objetiva) (...). Hemos definido también a esta segunda acepción como aquella persona dotada de capacidad de decisión pública, que ejerce jurisdicción y mando. La autoridad, entonces, como forma de poder, deriva del pueblo o del Estado, mientras que el poder en general tiene múltiples fuentes de origen: la economía, la ciencia, la tecnología, el conocimiento, las creencias, la fuerza, el temor, el avasallamiento, el sexo, la política, las posiciones de privilegio, etc.". / "Resumiendo: la autoridad entidad subjetivo-funcionalmente como facultad, es atributo de cierta clase de sujetos que condensan con sus actividades la voluntad del Estado, el poder público. Estos sujetos son los funcionarios públicos y más propiamente las autoridades en cuanto concepto orgánico. En el ámbito privado-particular y en general en el contexto no público, el uso del vocablo autoridad posee una connotación impropia, al no tener legitimación jurídica." / "El abuso de autoridad es (..) mal uso del poder público vinculados a expresos ámbitos de competencia que nacen en la función o el cargo y que el funcionario público quebranta mediante acciones u omisiones que resultan perjudiciales a la administración pública y a las partes directamente agraviadas (personas naturales o jurídicas) o a la sociedad misma."(pág. 117,118). (Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Pág. 116, 117). "El abuso de

autoridad es un delito porque rompe el equilibrio establecido por el Estado para las relaciones de convivencia, y porque se altera, perturba, excede el uso de la fuerza o poder público delegada a una persona, quien sólo por este poder delegado puede concretizar dicho abuso de poder implícito en su condición de "autoridad". El abuso de autoridad puede darse en forma directa y personal así como en forma impersonal e indirectamente. En forma directa puede convertirse en "instigación laboral". Para que se pueda configurar dicho delito tiene que existir la "condición de autoridad" del agente infractor, pues si no es "autoridad", sería otro tipo de delito.

De este tipo de abuso o exceso del uso del poder público se pueden desprender otros delitos contra la administración pública, como por ejemplo direccionar los resultados de una licitación o proceso público a favor o en contra de algún postor, direccionar la falsedad de las rendiciones económicas de la institución pública. Ahora bien, el concepto de autoridad está monopolizado para el sector público? Un gerente de una empresa privada puede tener autoridad sobre sus trabajadores? La diferencia es que mientras que la autoridad en el sector público es un concepto que alude a cargo público, a condición pública, derivada en tal sentido por una delegación pública, dentro del sistema del Estado, y que por lo tanto es una representación teóricamente nacida en el pacto social, en el acuerdo de toda la sociedad para la organización social, y para el ejercicio de la organización pública; en el sector privado hace referencia a "potestad nacida de una entidad privada, de un acuerdo privado, que no pertenece a la delegación de toda la sociedad, representada por el Estado. El concepto de autoridad está reservado así para el sector público, como cargo funcional, o servicio social, con facultades y atribuciones sociales y no privadas, así como el cargo de responsabilidades también públicas.

Expuesto de esta forma, ser una "autoridad", es tener un cargo público por el cual una persona, investida por ciertos mecanismos que han pasado el matiz de la representación social, y que cumple o ejerce servicios sociales, la misma persona

tiene atribuido como una facultad o atribución más la facultad de poder "decidir" respecto a ciertos aspectos de la organización social, del servicio público. Una autoridad, entonces, tiene que tener legitimidad para obrar o no obrar respecto a un sector o parte del servicio público, del manejo u organización de los bienes y servicios públicos.

El delito de abuso de autoridad puede definirse como aquella conducta (siempre el delito será una conducta sancionada o punible) que contraria o vulnera a la propia administración pública, su correcto funcionamiento, y vulnera los derechos de la persona. Es abuso de autoridad, porque solo puede darse en aquel contexto en el cual la persona pública (autoridad) está ejerciendo sus funciones o encargo público, es decir que dentro de su condición de autoridad vulnera los derechos de los demás excediendo su propia función pública. Es abuso de autoridad porque parte o se origina su conducta ilícita en su condición de autoridad.

Quedamos en que todo delito es una conducta punible, indistintamente del porque se pena, la regla en los ordenamientos resumen al delito en dos elementos: conducta y penalidad de aquella. El abuso de autoridad es también una conducta punible, pero se diferencia del resto de penas o delitos porque la razón del porque aquella conducta es sancionada está en que vulnera específicos derecho sociales y particulares; vulnera el poder público mismo, nacido u originado en la soberanía del Estado, además vulnera los derechos de las personas particulares, como el derecho a la dignidad, a l trabajo, a la igualdad, a la no discriminación, según sea el caso.

El abuso de autoridad al surgir posibilitarse solo por su encargo o empoderamiento público es por lo mismo una transgresión de la misma autoridad de preservar el correcto y lícito funcionamiento de la administración pública; a esto se le ha dado el denominación en la doctrina, delito de infracción del deber. Así, todos los delitos contra la administración

pública son infracciones al deber, como funcionario público excepto los cometidos por particulares.

El abuso es el exceso del uso del poder público, este exceso significa contrario a la ley, o quebrantamiento de otros derechos.

### **Características para ser una autoridad:**

Podemos considerar las siguientes características para considerarse autoridad: 1.- Ser un funcionario o servidor público; 2.- Haber sido elegido, designado o elegido de acuerdo a un mecanismo público de selección; 3.- Tener capacidad de decisión respecto a una parte o sector de la organización o manejo de los servicios y/o bienes públicos; 4.- Tener adherida la carga de la responsabilidad pública por los actos, hechos u omisiones en el desempeño de sus funciones públicas.

En este tipo delictivo existen partes sujetos, el "abusador", el agraviado social (El Estado), y el agraviado particular (el directamente agraviado por la acción u omisión de las funciones públicas. Pero la potestad para usar, acción u omisión, de la autoridad se convierte en delito cuando aquel acto u omisión daña, violenta, vulnera, viola de alguna forma los derechos de una persona o entidad privada o pública. Por ejemplo, existiría abuso de autoridad cuando se utiliza el servicio público en beneficio particular y no social. Este tipo de delito es la matriz, la madre, de todos los otros delitos contra la administración pública por ejemplo, el delito de peculado es el abuso del poder o autoridad para utilizar bienes públicos a favor personal o de alguna persona que no corresponda; así también, la malversación de fondos, es el abuso de la autoridad, o del poder, para utilizar los bienes públicos en una dirección contraria a la establecida por la ley; o también, el cohecho pasivo o el cohecho activo, es el abuso de la posición de la autoridad o cargo para direccionar u obtener un beneficio ilegal, ilegítimo o usar el cargo como producto de comercio privado.

\*\*\*

Asimismo, se señala que en «*La página Web del Poder Judicial de Perú dice: Abuso de autoridad: Def. 1: Arbitrariedad cometida en el ejercicio de*

*atribuciones funcionales, administrativas o jerárquicas al rehusar hacer, retardar o exceder la potestad atribuida a su cargo o función, perjudicando a los sometidos a su autoridad(2)». (url:<http://www.monografias.com/trabajos-pdf3/violacion-derechos-humanos-abuso-autoridad/violacion-derechos-humanos-abuso-autoridad.pdf>).*

De acuerdo con el Diccionario Enciclopédico Jurídico se concibe lo siguiente: *“Abuso de Autoridad. Se produce cuando un magistrado o un funcionario ejerce su autoridad o sus facultades más allá de los límites que le fijen la ley o la naturaleza de las propias funciones. La configuración del delito requiere tres circunstancias de hecho: a) El autor debe ser funcionario público. Esta condición objetiva de autor lleva consigo el presupuesto indispensable para que el delito pueda configurarse: la autoridad, es decir, las facultades, poderes y medios inherentes al cargo, de los cuales se abusa. /Bien se ha dicho que no puede abusar de su autoridad quien no tiene autoridad. b) el abuso, que en sí mismo constituye el delito, puede resultar de dos situaciones: que el acto mismo sea contrario a la constitución o las leyes, es decir, que lo sea siempre, y que por tanto ningún funcionario pueda estar facultado para disponerlo o ejecutarlo; que el acto sea legítimo en determinadas condiciones y circunstancias que no se dan en el caso, es decir, actos que pueden ser ejecutados como legítimos, pero que no lo son en el caso concreto. c) la materialidad. El abuso de autoridad debe cometerse a través de uno de los actos que la ley indica. El hecho puede consistir tanto de uno de los actos que la ley indica. El hecho puede consistir tanto en dictar resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o a las leyes nacionales o provinciales, como en ejecutar las órdenes de esas clase ya existentes o en no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe al autor.” (url:<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/42.-%20Diccionario%20Encicopedico%20Juridico%20-%20%20Diccionario.pdf>)*

**Abuso de Autoridad:**



De acuerdo con Jorge Hugo Álvarez “El abuso de autoridad siendo un acto arbitrario o ilegal que realiza cualquier funcionario público (presidente, ministros, congresistas, magistrados, fiscales, policías, directores, etc.) es un delito de función pública; es decir, sólo lo puede cometer un funcionario que tiene poder de decisión. Son éstos los que poseen cargos directivos y que legal y administrativamente están facultados para resolver asuntos de su competencia, de manera individual o como miembros de un cuerpo colegiado.” (Álvarez, 2002, pág. 15). Quedando claro los elementos que constituyen el delito de abuso de autoridad, como que sea “arbitrario”, “ilegal”, realizado por “funcionario público”.

Fidel Rojas, doctrinario penalista peruano, agrega que “La figura penal del abuso de autoridad puede ser definida jurídicamente como aquel delito genérico e innominado que castiga hechos abusivos del funcionario público que no se encuentran previstos, ni como delito autónomo ni como circunstancia agravante de otro delito en el Código penal ni en otra disposición especial de la ley. / La tendencia actual observable en las legislaciones penales europeas avanzadas, propias de Estados Sociales de Derecho, es el incluir como sujetos activos de delito a los empleados o servidores públicos en el tipo de abuso genérico de autoridad o empleo y por otro lado, a endurecer la gravedad de las penas así como –y esto es de gran importancia- ubicar el abuso de autoridad dentro del rubro de los delitos contra los derechos fundamentales de la persona” (Rojas, 2002, págs. 130, 131).

#### **b) Concepto Legal:**

De acuerdo con el Código Penal (D.Leg. N° 635), se prescribe: “**Artículo 376.- Abuso de autoridad.-** El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. / Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.”.

## **2.- Elementos legales del delito**

Los elementos que se encuentran en este tipo delictivo son: a) Abuso; b) Autoridad; c) Funcionario público; d) Servidor público; e) atribuciones; f) cometer u ordenar; g) acto arbitrario; h) perjuicio o daño de tercero;

**Presupuestos jurídicos generales:** 1) Configuración delictiva, 2) Autoría, 3) Prescripción.

Se debe verificar si se cumplen los presupuestos siguientes: b.1) Configuración delictiva.- Esto supone si se ha cumplido con la tipificación respectiva, tentativa; b.2) Autoría, si la persona ha participado, es autor, autor mediato, cómplice, causas eximentes o atenuantes, etc.; b.3) Prescripción.- El abogado deberá observar si de acuerdo a ley el delito imputado ha prescrito.

## **Actuaciones del abogado según se desprende de las Sentencias del Tribunal Constitucional.-**

El abogado puede: a) interponer demanda de hábeas corpus contra el fiscal y el juez que hayan negado la libertad de su defendido. El abogado sabe que la demanda de hábeas corpus no debe ser dirigida contra el fiscal, puesto que este sólo participa en la fase postulatoria, pero no decide sobre la libertad. Con esto estaría logrando engruesar su petición, hacer que el juez se pronuncie respecto de dicho punto; pero cabe la posibilidad que el juez puede concebir que dicho abogado –conocedor de que dicha petición contra el abogado es incorrecta- le imponga una sanción –multa- por “dilación del proceso”, o “conducta maliciosa”; b) Poner habeas corpus indicando que se ha afectado los derechos de defensa, debido proceso, y a la motivación de las resoluciones en conexidad con la libertad individual; c) Aludir denuncia arbitraria del denunciante particular, empresa o del fiscal; d) Alegar que la denuncia del fiscal fue arbitraria por adolecer de no expresión de los hechos y conducta realizada que encuadre con el tipo penal.

**Jurisprudencia:**

De acuerdo con la Sentencia recaída en el expediente nro. EXP N ° 03382 2012-PHC/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03382-2012-HC.pdf>), se expresa: “Refiere la recurrente que el representante legal de la empresa Aliconh Perú S.A.C. interpuso denuncia penal contra el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Yrowilca por el delito de abuso de autoridad y colusión desleal. Expresa que pese a que no fue denunciada directamente, el fiscal emplazado la comprendió en la investigación sin haberla notificado respecto a la investigación realizada, formalizando la denuncia penal en su contra de manera arbitraria, puesto que no se expresa cuáles son los hechos y la conducta realizada que se encuadra en el hecho punible, ni los medios indiciarios que conllevan a determinar la materialidad del delito instruido.”.

De donde se puede apreciar que el abogado alega: 1) Arbitrariedad de la denuncia; 2) Falta de notificación de la denuncia; 3) No expresión de la denuncia formalizada de los hechos y conducta realizada que se encuadre en tipo delictivo; 4) Falta de medios indiciarios para determinación de la materialidad del delito.

El abogado además puede presentar recurso de agravio constitucional, ante la negativa de la Sala Penal o de Apelaciones de acceder al hábeas corpus.

**Jurisprudencia**

Fidel Rojas Vargas acota jurisprudencia al respecto, la misma que señala: “Respecto al delito de abuso de autoridad previsto en el artículo trescientos setenta y seis del Código Penal, es menester efectuar las siguientes precisiones: a) Tiene como objeto de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están revestidos los funcionarios públicos no sean utilizados por éstos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; b) La conducta abusiva, presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre dentro del marco de las facultades contenidas por

el ordenamiento jurídicos; y, c) Que, el precepto debe ser integrado por las normas de otros ramos del derecho público que son las que fijan las funciones de los órganos de la administración, y, consiguientemente, determina la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas ilícitamente” (Rojas, 2002, pág. 729-730).

Fidel Rojas Vargas escribe sobre el Delito de Autoridad: “La figura penal del abuso de autoridad puede ser definida jurídicamente como aquel delito genérico e innominado que castiga hechos abusivos del funcionario público que no se encuentran previstos, ni como delito autónomo ni como circunstancia agravante de otro delito en el Código penal ni en otra disposición especial de la ley.” (Rojas, 2002, pág. 731).

#### **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Abuso de autoridad.-**

#### **RESEÑA del EXP. N.º 02284-2007-HC/TC.- Determinando qué no constituye delito de función y por tanto no es delito de abuso de autoridad.-**

En el presente caso, recaído en el Expediente EXP. N.º 02284-2007-HC/TC, el hecho se origina en la renuencia del Comisario de la Policía de entregar un vehículo incautado, después de transcurridos más de 24 horas, por lo que se le interpone una denuncia penal por “abuso de autoridad”, por “exceso en el cargo, mando o de la posición”.

El Tribunal Constitucional conoce del presente caso en vía del recurso de agravio constitucional contra la resolución de vista de la Sala Penal de Cusco que declara infundada la demanda de habeas corpus a favor de un Comisario de la Policía Nacional, a quien se le denuncia por negarse a entregar un vehículo incautado pasando más allá de las 24 horas.

El Tribunal Constitucional declara fundado el recurso de agravio constitucional, y en consecuencia fundada la demanda de habeas corpus, argumentando que la no entrega del vehículo no es un delito funcional, porque, según su fundamento 19: “(...) se puede inferir que si bien la conducta fue cometida por un oficial de la PNP en actividad y en ejercicio de sus funciones, y en vulneración de los deberes derivados del cargo encomendado, la referida conducta no incide negativamente en el cumplimiento de los fines que la Constitución le asigna en su artículo 166°; esto es, garantizar, restablecer o mantener el orden interno, entre otros.”.

En el fundamento 10 y 11 de la sentencia recaída en el Expediente EXP. N.° 02284-2007-HC/TC, que prescribe:

“10. Cabe señalar que en el caso concreto se imputa al recurrente la comisión del delito de exceso en la facultad de mando, previsto en el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (tipo penal que con la vigencia del Código de Justicia Militar de 1980 se denominaba delito de abuso de autoridad), por lo que se le viene instruyendo ante el fuero militar. No obstante, es pertinente indicar que el Código Penal también sanciona en su artículo 376° el delito de abuso de autoridad. Se advierte entonces que en nuestro ordenamiento jurídico a nivel legislativo existe un delito de abuso de autoridad “común” (siendo competente para su instrucción la justicia ordinaria) y un delito de abuso de autoridad “militar” (el cual corresponde ser analizado en el fuero militar).

11. La existencia de un delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar, cuyo juzgamiento está previsto en el fuero militar no implica que todos los actos de abuso de autoridad cometidos por personal policial o militar en el ejercicio de sus funciones deban de ser conocidos y juzgados en el fuero militar, sino sólo aquellos que impliquen la vulneración de bienes jurídicos militares o policiales (es decir, bienes que se configuran a partir de las finalidades encomendadas por la Norma Fundamental tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional); esto es, cuando constituyen delitos de función.”

### **Hecho de abuso de autoridad policial, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional.-**

Según la sentencia recaída en el Exp. N.º 02284-2007-HC/TC, del Tribunal Constitucional, el hecho material de abuso de autoridad policial por exceso de cargo, mando o posición, se describe:

El “(...) comisario de la Comisaría del distrito de Wanchaq, retuvo de manera ilegal el vehículo de placa de rodaje N.º BQA-917 de propiedad de don Feliciano Abarca Pastor (que había sido incautado en mérito a una denuncia realizada con fecha 28 de agosto de 2005), toda vez que había concluido el plazo de 24 horas previsto por el artículo 277º del Reglamento de Tránsito. Así,

[A]nte esta versión el Comisario le respondió textualmente diciendo: “no se te va a entregar el vehículo mientras no se presente Feliciano ABARCA PASTOR”, por lo que el abogado defensor le hizo referencia al Comisario que no puede retener el vehículo por más de veinticuatro horas, conforme al artículo doscientos setenta y siete del Reglamento de Tránsito, respondiendo el Comisario, “puedes hacer lo que creas conveniente, por cuanto el que ordena en esta dependencia soy yo”.”

Sin embargo, la misma sentencia declara fundada la demanda de hábeas corpus, según los siguientes fundamentos:

“17. En el proceso penal N.º 44002-2005-0135 cuestionado por el recurrente se pretende sancionar la actitud de un miembro de la Policía Nacional (quien habría actuado en contravención de lo dispuesto en el Reglamento de Tránsito, negándose a la entrega del vehículo incautado a

su legítimo propietario) en el fuero militar, imputándosele la comisión del delito previsto en el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial.

18. Tal como se ha señalado, los delitos de función se configuran cuando las conductas investigadas atentan contra bienes jurídicos relevantes para las instituciones castrenses, las cuales se configuran a partir de los fines constitucionalmente encomendados. En este sentido los fines que la Constitución asigna a la Policía Nacional en su artículo 166° son garantizar, mantener y restablecer el orden interno, por lo que un ilícito cometido por personal policial para configurar delito de función necesariamente deberá lesionar o poner en peligro el cabal cumplimiento de la garantía, mantenimiento o restablecimiento del orden interno por parte de la Policía Nacional.

19. En el presente caso la conducta que es materia del proceso cuestionado a través del presente habeas corpus consiste en la renuencia del recurrente de entregar el vehículo incautado a su propietario, en contravención de lo establecido en el Reglamento de Tránsito. A partir de ello se puede inferir que si bien la conducta fue cometida por un oficial de la PNP en actividad y en ejercicio de sus funciones, y en vulneración de los deberes derivados del cargo encomendado, la referida conducta no incide negativamente en el cumplimiento de los fines que la Constitución le asigna en su artículo 166°; esto es, garantizar, restablecer o mantener el orden interno, entre otros.

20. Por ende los hechos que se le atribuyen al demandante no configuran un delito de función, por lo que la demanda debe estimarse y anular todo lo actuado en el referido proceso penal N.º 44002-2005-0135 seguido ante el fuero militar. Cabe señalar que la estimatoria de la presente demanda no implica un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal del actor, asunto que deberá ser dilucidado por las autoridades competentes. Para

ello se remitirá todo lo actuado al Ministerio Público, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.”

#### **JURISPRUDENCIA - EXP. N.º 00825-2012-PA/TC - ABUSO DE AUTORIDAD**

##### **Sustracción de la materia. No haber prórroga de la competencia territorial.**

Recurso de agravio constitucional interpuesto ante el Tribunal Constitucional contra resolución de la Sala Civil de la Corte del Callao, que declaró improcedente la demanda de amparo contra el juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Arequipa solicitando se declare nulas las Resolución 12 y la Audiencia de Control de acusación, en proceso penal por delito de abuso de autoridad.

Siendo que el recurrente ha presentado la demanda de amparo en la Corte del Callao, siendo que el caso se conoce en Arequipa, y no se puede aplicar la prórroga de la competencia territorial (acuerdo para que el lugar del proceso sea en lugar distinto del domicilio), de acuerdo con el Art. 51º del Código Procesal Constitucional.

Además, se ha producido la sustracción de la materia, por cuanto según la sentencia se ha absuelto al recurrente del delito de abuso de autoridad, por lo que el Tribunal Constitucional declara improcedente el recurso de agravio constitucional por SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA.

#### **SUB CAPÍTULO II:**

##### **ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES PÚBLICOS**

El delito de abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes públicos es aquella conducta punible por la cual el funcionario público o autoridad dirige o condicna par que bienes públicos de programas



sociales se destinen a un área o ambiente o lugar que no le corresponde a fin de obtener un beneficio político.

Este tipo delictivo está creado para evitar el abuso del poder político público mediante la cual se utiliza el poder público para beneficio particular, utilizando como instrumento de enganche de dicho beneficio el destinar o condicionar bienes públicos de programas sociales.

La distribución de bienes o prestación de servicios son derivados ilegalmente a favor propio o de terceros para obtener ventajas políticas o electorales.

### **1.- Concepto doctrinario**

El abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios es sólo una modalidad del delito matriz que es el de Abuso de Autoridad; este tipo o modalidad delictiva describe el tipo de conducta asumido que es la de «condicionar» es decir, influir, o vencer la resistencia o voluntad del agraviado, para que le entregue bienes o realice servicios públicos.

### **2.- Concepto Legal del Delito de Abuso de Autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios**

De acuerdo con el Código Penal, se establece: “Artículo 376-A.- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios.- El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.” (\*) Artículo reubicado y reformado por el Artículo 2 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004.

### **SUB CAPÍTULO III:**

#### **OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES**

##### **1.- Concepto doctrinal del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales**

Jorge Hugo Álvarez, escribe sobre el Delito de Abuso de autoridad por omisión, rehusamiento y retardo de función: “Es un delito en que incurren los funcionarios públicos que maliciosamente omiten, rehúsan o retarden cumplir con sus atribuciones y/o funciones. Así como no se puede abusar del cargo ordenando o ejecutando un acto arbitrario, tampoco se puede omitir, rehusar o retardar su función. La Ley no ampara ninguno de los extremos de conductas, todo lo contrario, los reprime.” (Álvarez, 2002, pág. 27).

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales consiste en sancionar aquellas conductas funcionales de los funcionarios o servidores públicos que dolosamente contra su deber público omiten realizar sus funciones en perjuicio del Estado, la administración pública correcta y contar un administrado. Omitir significa no tener en cuenta, no considerar, pasar de largo, o no atender una petición legal de un administrado. Esta omisión causa un daño penal, un delito penal.

Rehusar significa que la autoridad pública se niega a realizar sus funciones, o encargaturas propias de sus funciones como autoridad, funcionario público y por la cual vulnera los deberes de función y los derechos de los administrados.

Por demora se entiende que existe un tiempo de atención de una petición por encima o que excede el tiempo establecido en la ley, o en plazo razonable, por lo cual el funcionario público perjudica el funcionamiento correcto de la administración pública y al administrado y su derecho.

## **2.- Concepto legal del delito de Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo 377.-** El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.”.

### **SUB CAPÍTULO IV:**

#### **DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL**

:

#### **1.- Concepto doctrinario sobre el delito de denegación o deficiente apoyo policial**

Denegación o deficiente apoyo policial es aquella conducta punible que se define o estereotipa cuando un agente policial debiendo por su condición de policía ejercer el apoyo policial respectivo, se niega ilícitamente, o injustificadamente, o por el contrario presta su apoyo deficiente, insuficiente de acuerdo con sus deberes de función. Estos tipos delictivos se definen en dos tipos de conducta: 1) denegación; 2) deficiencia. Por la primera se pone en riesgo no solo la salvaguarda del deber público, sino el derecho del administrado que requiere el apoyo policial. La conducta es negativa en su totalidad; es decir, se bloquea y por lo tanto se viola el deber público en su totalidad. Por la denegación, se muestra la poca capacidad o competencia dolosa del apoyo policial.

Según Jorge Hugo Álvarez el Delito de Omisión injustificada de auxilio policial consiste en: “Este delito sólo puede ser cometido por policías y consiste en conductas omisivas que no pueden ser consideradas como un simple ‘no hacer’; se trata de un no hacer en relación a una acción posible por exigencia, ya que detrás de un delito de omisión hay un mandato determinado (prestación de auxilio); es decir, una norma preceptiva que ordena actuar.” (Álvarez, 2002, pág. 35).

## **La Policía**

La Policía es una institución del Estado, que tiene como finalidad garantizar, mantener y restablecer el orden interno; garantizar la seguridad de los ciudadanos; prestar protección y ayuda a las personas; hacer cumplir las leyes; garantizar la seguridad del patrimonio público y privado; prevenir, investigar, reprimir y combatir la delincuencia. La Policía es una fuerza estatal que monopoliza el uso de la fuerza para mantener el orden público.

## **Funciones de la Policía**

Son funciones de la Policía Nacional del Perú: 1) Mantener la seguridad y tranquilidad públicas para permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú; 2) Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía; 3) Garantizar la seguridad ciudadana. Capacita en esta materia a las entidades vecinales organizadas; 4) Brindar protección al niño, al adolescente, al anciano y a la mujer que se encuentran en situación de riesgo de su libertad e integridad personal, previniendo las infracciones penales y colaborando en la ejecución de las medidas socio-educativas correspondientes; 5. Investigar la desaparición de personas naturales; 6) Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras, asegurar el transporte automotor y ferroviario, investigar y denunciar los accidentes de tránsito, así como llevarlos registros del parque automotor con fines policiales, en coordinación con la autoridad competente; 7) Intervenir en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre en acciones de su competencia; 8) Vigilar y controlar las fronteras, así como velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio de nacionales y extranjeros; 9) Brindar seguridad al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente

autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine su reglamento; 10) Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones; 11) Participar en la seguridad de los establecimientos penitenciarios, así como en el traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la ley; 12) Participar en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la seguridad del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación; 13) Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes; 14) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país; 15) Ejercer la identificación de las personas con fines policiales; 16) Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución y las leyes. (Esto de acuerdo con su Ley Orgánica).

### **Delito de denegación o deficiente apoyo policial**

Comete delito de Denegación o deficiente apoyo policial, aquel policía que reusa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente; o si el policía se niega a la prestación de auxilio requerida por un particular en situación de peligro.

### **2.- Concepto legal del delito de Denegación o deficiente apoyo policial**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “Artículo 378.- El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. / Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

**SUB CAPÍTULO V:**  
**REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA**

**1.- Concepción doctrinaria**

El «Requerimiento indebido de la fuerza pública» es un concepto que tiene en el eje la utilización útil y responsable del poder para requerir el uso de la fuerza pública; a fin de garantizar el control del buen funcionamiento del ordenamiento social. El concepto legal nos habla de la conducta de un funcionario público, del requerimiento de éste de la asistencia de la fuerza pública. Esta condición, la posibilidad o facultad que tiene un funcionario público para solicitar el uso de la fuerza pública está concebida como una estrategia o responde a la sistematización del uso de los mecanismos para hacer efectivo la subordinación al orden jurídico, al ordenamiento jurídico; es por ello un acto de subordinación o una posibilidad del funcionario de poder usar para fines públicos el uso de la fuerza pública para el cumplimiento de los deberes funcionales. Esta actuación requiere de esfuerzos humanos y económicos que están debidamente reservados para aquellos casos, ya sea en forma general o específica, y que al ser usados requieren previa justificación de aquellos. La primera justificación es el requerimiento legítimo del funcionario del uso de la fuerza; y por legítimo se entiende que el funcionario tenga las facultades para dicho acto, como ser efectivamente funcionario, tener dentro de sus funciones la facultad para dicha conducta, adecuarse a lo establecido. Si dicho funcionario no tiene la legitimidad requerida estaría incurriendo en responsabilidad penal, porque la capacidad para tal conducta ha sido delimitada, como un medio de control del poder, y otorgada o facultada a determinados agentes jurídicos.

Cuando se requiere el uso de la fuerza pública, y se atiende dicho pedido, el Estado está poniendo en funcionamiento un grupo de recursos humanos, logísticos, que han sido adquiridos gracias al sistema de recolección –a través de tributos- y por la cual, cuando una institución pública usa sus recursos, humanos, logísticos, económicos, está utilizando los recursos que la sociedad le ha proveído

a fin de satisfacer determinadas necesidades de bienes o servicios públicos. Así que si el funcionario público no utiliza la asistencia de dicha fuerza pública en forma correcta se está defraudando al Estado. Además, el requerimiento del uso de la fuerza pública no puede utilizarse para «oponerse» a las órdenes legales de la autoridad, o contra la ejecución de sentencias o mandato judicial. Una fuerza pública no puede oponerse a una fuerza jurídica, legítima, por ejemplo, una fuerza pública no puede oponerse al cumplimiento de una sentencia judicial, que es otra fuerza pública.

## **2.- Concepto legal del delito de Requerimiento indebido de la fuerza pública**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “Artículo 379.- El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.”.

## **SUB CAPÍTULO VI:** **ABANDONO DE CARGO**

### **1.- Concepto doctrinario del delito de abandono de cargo.-**

Delito de abandono de cargo público puede ser definido como aquella conducta de abandonar irresponsablemente un cargo o función pública, en forma ilegal, y que de dicha conducta se produzca un daño público. Abandonar en este sentido es dejar, sin justificación, un quehacer. Siendo la administración pública para su funcionamiento integrado por encargados públicos, estos tienen dentro del sistema una función especial que realizar, de tal forma que si no lo realizan pueden causar un daño primero en toda la estructura funcional del Estado y segundo, en el servicio e bienes y servicios de los administrados. Por lo cual dicha conducta es irresponsable y pasible a ser sancionada, por defraudar la confianza en el otorgada mediante empoderamiento público con un cargo funcional.

Según Jorge Hugo Álvarez explica que el delito de Abandono de cargo: “Es un delito que sólo puede ser cometido por el funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo. Sin la existencia del daño no hay delito. /Es necesario, también, en el funcionario o servidor público el propósito doloso de causar daño evidente, entorpeciendo, produciendo descrédito o menoscabo para los intereses morales y materiales del estado o de sus Instituciones. / En suma, el abandono del cargo o de la función pública se produce con el apartamiento efectivo del servicio en circunstancias tales que el hecho provoca perjuicio a la Administración y a los servicios que ella presta.” (Álvarez, 2002, pág. 47).

## **2.- Concepto Legal del delito de Abandono de cargo**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “Artículo 380.- El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. / Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.”

### **SUB CAPÍTULO VII:**

#### **NOMBRAMIENTO O ACEPTACIÓN ILEGAL**

##### **1.- Concepto doctrinal del delito de nombramiento o aceptación ilegal**

Según Jorge Hugo Álvarez el delito de Nombramiento Ilegal “(...) consiste en nombrar o designar para ocupar un cargo público a persona particular que no reúne los requisitos exigidos legalmente. /El legislador utiliza como verbo rector en el tipo el vocablo `nombrar`, sinónimo de designar, para denotar la conducta dolosa del funcionario que hace un nombramiento ilegal, por no concurrir los requisitos exigidos por ley. / Lo ilícito de la acción viene determinado por el hecho de carecer la persona designada de las condiciones requeridas de manera



específica para el cargo que fue nombrado. Estas condiciones suelen estar referidas a la edad, inhabilitación judicial, profesión, nacionalidad, etc., ...” (Álvarez, 2002, pág. 55).

El buen funcionamiento de la administración pública es el bien jurídico tutelado en este tipo penal; y para que esto sea así, el Estado ha creado ciertos requisitos para ingresar a trabajar dentro del aparato estatal; por ello, aquellos funcionarios que nombren a personas que no cumplan con dichos requisitos estarán incurriendo en este delito. Así, por este medio el Estado se asegura que cada plaza dentro de su organización este ocupada por gente capaz, idónea, apta; debiendo ser esta capacidad sustentada en título legítimo, de derecho, y no de hecho necesariamente. El Estado con ello pretende garantizar el buen funcionamiento de la entidad, y el logro de sus objetivos. De tal forma que para acceder a un cargo público, el Estado utiliza sistemas de medición mediante la elaboración de un perfil profesional, técnico y personal, como garantía del buen rendimiento de quien asuma un cargo estatal.

Entretanto, el Nombramiento en cargo público –actividad comprendida en la Administración Pública- significa “aquel acto funcional, emitido por un funcionario público, mediante el cual, a través de una resolución administrativa, se designa a una persona en un cargo público. Para ello, el funcionario que nombra debe tener legítima facultad o atribución para tal acto. Por lo que sancionar este tipo de delitos supone, entre otros aspectos, lo siguiente: 1.- Que las plazas o puestos públicos estén ocupados por las personas idóneas, aptas y capacitadas para dicho cargo. 2.- Que se evite designaciones arbitrarias (sin el cumplimiento de los requisitos de ley) de personas que no tengan las capacidades adecuadas para ejercer el cargo, y por lo tal sólo perjudiquen el desarrollo y operatividad de la administración pública. 3.- Que exista indebido uso de las potestades o facultades de un funcionario público para nombrar a una persona en cargo público. 4.- Que se acepten cargos para los cuales no se está preparado, y

por lo tanto se perjudica a la institución y al derecho a los demás de acceder a cargo público por mérito y capacitación.

Comete el Delito de nombramiento del cargo aquel funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales para tal efecto.

Comete el delito de aceptación ilegal de cargo aquella persona que sin contar con los requisitos legales acepta dicho nombramiento.

Por su parte quien acepta el nombramiento legal también está cometiendo delito porque está defraudando al Estado, pone en riesgo el correcto funcionamiento de la administración pública, incumple el deber de salvaguardar la función pública, y presenta dolo por conocer perfectamente si cuenta con el perfil y los requisitos exigidos por la ley para realizar una función o cargo público. De esta forma, ni la actividad, ni la persona nombrada puede defraudar al Estado. Los requisitos exigidos por la ley son determinados de diversas formas por las cantidades de la administración, por la ley, reglamentos, directivas, manual de organizaciones funcionales, requerimientos técnicos de la entidad convocante o plaza vacante, necesidad de servicio, función o actividad a la que se va a postular. El problema subsistente sin embargo está en que arbitrariamente la unidad requirente puede plantear unos requisitos que son discriminatorio o que por un lado no tengan las necesidades de ser observadas o cumplida por los dos. Esto es observado cuando por ejemplo en una convocatoria ponen como requisitos que la persona tenga maestría en derecho del trabajo, sabiendo que esto reduce el grupo de postulantes, porque dicha maestría es dictada solo un algunas universidades, etc.

Por lo que resulta aquí una propuesta de un nuevo delito o infracción administrativa, delito de direccionamiento de requisitos para ingresar a plazas públicas.

Por lo irrelevante de la sanción, se debería convertir en una infracción administrativa y no penal, pero si es para nombramiento, se debe convertir en delito con mayor sanción.

## **2.- Concepto legal del delito de Nombramiento o aceptación ilegal**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo 381.-** El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa. / El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.”.

### **CAPITULO II:**

#### **DELITO DE CONCUSIÓN**

### **SUB CAPÍTULO I:**

#### **DELITO DE CONCUSIÓN**

### **0.- Etimología de Concusión**

Buscar el concepto en el origen etimológico de la palabra es una técnica que permite entender el contenido original y verificar las transformaciones que ha sufrido en el tiempo la institución o palabra que se investiga. Por eso por lo general la etimología de la palabra nos lleva a Grecia, Roma, Arabia, China; pero occidentalmente fueron los griegos quienes mejor trabajaron en el pensamiento y las nociones conceptuales filosóficas. Fue Roma quien mejor desarrolló el derecho, a través del derecho de gentes, etc. Por aquella encontramos que Roma se hacía claro distingo y partición de la delincuencia de carácter público, y de carácter privado, es decir aquellos perseguidos de oficio, y aquellos perseguidos a instancia de parte. En la actualidad se ha monopolizado la persecución del delito a cargo del poder público (el ministerio público), dejando para un solo tipo delictivo eliminar de la investigación de parte privada (delitos contra el honor). La historia

etimológica nos lleva a concebir a la concusión como “sacudir el árbol para hacer caer sus frutos y luego recogerlos”.

Alfredo Sánchez Franco, en su libro “El delito de la Concusión”, escribe al respecto de la etimología de la Concusión, señalando: “En la antigua Roma se cometían delitos de carácter público crimina y de carácter privado delicta<sup>1</sup>. Los primeros, por su propia naturaleza ponían en peligro a la comunidad romana y eran perseguidos de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano, siendo sancionados con penas de muerte, v. gr., ahorcamiento en el “árbol infeliz”, decapitación, lanzamiento desde la roca Tarpeya, etc. En el segundo de los supuestos, se trataba de delitos que lesionaban la esfera jurídica de particulares básicamente y de manera excepcional, causaban daño a la sociedad. Estos eran perseguidos a petición de la parte afectada y cuya sanción, consistió en sus inicios en la imposición de multas privadas en favor del ofendido, pasando por la venganza privada, el sistema de la Ley del Talión (ojo por ojo y diente por diente), hasta llegar a la “composición voluntaria”. / Posteriormente la ley fijó como requisito la imposición de las “composiciones obligatorias”, con el fin de resarcir los daños causados a la parte agraviada por la comisión de delitos en su perjuicio. / Por lo que respecta a la figura jurídica de la concusión, tiene sus orígenes etimológicos en el propio Derecho Romano, los cuales derivan del vocablo latino *concutere*, que significa “sacudir”. De manera metafórica se explica como “*quis arborem concutit ut cadentes fructus colligar*”,<sup>2</sup> es decir, “el sacudir un árbol para hacer caer sus frutos y después recogerlos”. (Sánchez, 2001, págs. 14, 15).

La historia nos muestra también como el principio el delito de concusión no era distinguido de otro como cohecho, etc., porque la acción de sacudir, significa actuar, o presionar para sacar un provecho económico, patrimonial. La concusión es un acto personal por el que abusando de su poder público, y de su posición en un cargo público se da la iniciativa o se presiona a un administrado para que le proporcione un beneficio patrimonial. El cohecho es más bien el “acuerdo de ambas partes para aprovecharse del bien público.

En la concusión existe la “presión”, no el “acuerdo”, la voluntad coactiva del concusionante, por la que consta la voluntad del concusionado. No hay más que una voluntad, la del agente delictivo. Antes el acto de dar dinero para emitir una sentencia.

Alfredo Sánchez Franco agrega además al respecto de esta figura delictiva, lo siguiente: “En la antigua Roma, el instituto de la concusión no era distinguido con claridad de otras figuras como el “cohecho”, sino que a ambas se les aplicaba el mismo principio genérico de crimen repetundarum, es decir, bajo el título de la concusión en sentido genérico; se comprendían diversos fenómenos que generaban corrupción en contra del sistema de justicia en el Derecho Romano, v.gr., se castigaba el acto de aceptar dinero para pronunciar sentencia.<sup>3</sup> / A efecto de esclarecer la aplicación figurada sobre el origen etimológico de la concusión, CONSTANCIO BERNALDO DE QUIROS<sup>4</sup> aportó el siguiente criterio: “La palabra latina (concussio, onis) equivalente en Español a conmoción o “sacudida”, expresa pintorescamente el efecto y la actitud de quien sufre la impresión desagradable de la exacción misma, con la “mordida” con que no se contaba.”” (Sánchez, 2001, pág. 15).

La etimología nos lleva a concebir la concusión en la palabra sacudada, porque además de ser una presión o coacción del concusionante, esta es de manera imprevista, inesperada por el concusionado, o administrado. El origen delictivo nace evidentemente en el agente delictivo concusionante.

Por último Alfredo Sánchez Franco concluye que el origen etimológico de la palabra concusión deriva del latín, expresando: “De acuerdo con el origen etimológico de la concusión, se deriva del vocablo latino concutere que significa “sacudida”, concepto bajo el cual, se referían metafóricamente en el Derecho Romano a aquella sacudida o conmoción que sufría la víctima del sujeto activo del delito, ante la exacción ilegal que éste le imponía.” (Sánchez, 2001, pág. 15).

### **LA LEY REPETUNDARUM**

La historia nos lleva a hacer un repaso por la ley repetundarum o lex acila, como el primer ordenamiento al respecto, en el gobierno del emperador Gayo Graco, la ley acila al parecer la primer sanción punitiva, se impusieron o prohibieron el acto de devolver el dinero para obtener la libertad.

Según Alfredo Sánchez Franco: “I.4.1. La Ley Repetundarum o Acilia. / De acuerdo a los antecedentes históricos de la concusión, dentro de los primeros ordenamientos que llegaron a regular a dicha figura en la antigua Roma, resalta como pionera en la materia; la Lex Acilia. / Así, tenemos que autores clásicos de las Escuelas Alemana e Italiana, como THEODOR MOMMSEN y VINCENZO MANZINI afirmaron que la Lex Acilia fue el primer ordenamiento en contemplar la regulación y punibilidad de la concusión. / Dicha Ley, fue votada por el emperador Gayo Graco, con la que modificó substancialmente la acción civil de repetición de la liberalidad o de la exacción, que había sido indebidamente recibida por los Magistrados, en acción represiva (penal) con lo que castigaba al responsable, con una multa por el doble de la cantidad recibida por el hurto o exacción ilegal.<sup>12</sup> / Mediante la Lex Repetundarum o Acilia, el Derecho Romano modificó notablemente la sanción aplicable a aquellos sujetos responsables en la comisión del delito de la concusión ya que con anterioridad, tenían la posibilidad de devolver el monto de la exacción ilegalmente obtenida y obtener su libertad. Sin embargo, con la votación de dicho ordenamiento jurídico, el sistema punitivo de la antigua Roma estableció la acción penal al sujeto responsable así como el pago de una multa por el doble de la cantidad exigida. / Con la Lex Sempronia Iudiciaria, el Emperador Gayo Graco votó ciertas reformas tendientes a conferir a la clase social de los Caballeros, la responsabilidad y función de juzgar, facultades que habían sido conferidas con anterioridad exclusivamente a los Senadores. / Para el Romanista Español PIETRO BONFANTE, los Caballeros sólo intervenían con dichas facultades y responsabilidades en los procesos públicos o criminales, de manera exclusiva, cuando se trataba de procesos por la comisión del delito de

la concusión,<sup>13</sup> con lo que la reforma lograda por Gayo Graco, contemplaba de manera más amplia y completa las causas relativas al delito de “malversación” y que guardaba íntima relación con aquellos delitos que atentaban en contra de la seguridad de la comunidad romana.” (Sánchez, 2001, págs.. 18, 19).

### **La lex Calpurnia:**

La aparición de la ley calpurnia en el derecho romano fue aquel aporte por el cual se determinó mejor de qué constaba el delito de concusión, así como cuál era el procedimiento a seguir; sin embargo existen en la historia divergencias sobre quien fue en realidad la norma que establecía derechos, conceptos, si la ley acilia o si la ley calpurnia; por lo que sea, las dos normas romanas, planteaban ya el manejo de la institucionalización y procedimiento de lo que en la actualidad se denominará delito de concusión.

Según Alfredo Sánchez: “I.4.2. La Lex Calpurnia. / Posterior a la Lex Acilia o Repetundarum de Gayo Graco, surgió la Lex Calpurnia. Este ordenamiento romano, debe su nombre a un suceso histórico ya que fue creado y utilizado con posterioridad para determinar el juicio criminal instaurado en contra de Calpurnio Pisone, 14 por la comisión del delito de concusión y que había figurado como uno de los hombres más importantes en el Partido del Senado de la antigua Roma. / Aparentemente, la principal aportación de la Lex Calpurnia fue la de establecer y regular el procedimiento a seguir ante los casos prácticos por el delito de la concusión. Sin embargo, la Doctrina Italiana divaga si dicha aportación se debe a la Lex Calpurnia o a la precedente Lex Repetundarum o Acilia. / Autores como ZUMPT sostienen a la Lex Repetundarum o Acilia, como la pionera en establecer y regular el procedimiento ante los casos de concusión y como consecuencia, niega dicha aportación a la Lex Calpurnia. / “... se admite generalmente conforme a esta noticia, que la Ley del L. Calpurnia Pisone, no sólo determinó el delito de concusión, sino que estableció el procedimiento a seguirse, por esta razón aquella ley estableció la primera cuestión perpetua...”<sup>15</sup>. / Por ello, la preocupación en el

Imperio Romano por determinar las exacciones ilegales de las cuales eran víctimas los ciudadanos romanos, devino en la creación de un tribunal especial para los casos de concusión. Dicho tribunal, estuvo presidido por un Pretor, el cual tuvo la facultad de resolver aquellos casos en que incurrieran en responsabilidad los Procónsules.<sup>16</sup>” (Sánchez, 2001, págs.. 19).

### **La Lex Julia:**

Más tarde aparecieron mayores determinaciones sobre el delito de concusión, como determinar el acto o momento en el que se podía concebir a un hecho, como hecho delictivo; así también se fue determinando qué sanciones debía aplicárseles, o el hecho de cuándo podía aceptar dinero y por lo tanto excluirse del delito de concusión.

Según Alfredo Sánchez: “I.4.4. La Lex Julia. / Con posterioridad, las antiguas Leyes Repetundarum o Acilia y la propia Calpurnia, fueron desplazadas por la Lex Cornelia y la Lex Servia respectivamente. Dichos ordenamientos, no aportaron grandes innovaciones a las que les precedían, hecha excepción de la Lex Servia que establecía la infamia como pena a los concusionarios. Ante la necesidad de crear y aplicar un ordenamiento más completo y abundante en materia de concusiones, es precisamente en el periodo del Emperador Julio César, donde emerge la “Lex Julia Repetundarum”, al cual debe su nombre. / Mediante dicho cuerpo normativo, se reguló y estableció quienes eran considerados responsables por el delito de concusión, en qué momento se consideraba que cometían el delito de estudio; las sanciones a aplicárseles y de quienes podían exclusivamente aceptar cantidades de dinero; siempre y cuando no fueran motivo de las funciones emanadas del cargo que desempeñaban en la administración de la antigua Roma.” (Sánchez, 2001, págs. 19, 20).

### **1.- Concepto doctrinario del delito de concusión**

El concepto del delito de concusión tiene sus propios elementos constitutivos



como: 1) solo puede ser cometido por funcionario público, es decir, persona que ostenta un poder público en el funcionamiento de la administración pública; 2) abuso del poder público o cargo público, por la cual el agente delictivo usando el poder público excede en sus atribuciones o las direcciona contra los derechos de los administrados, este abuso es porque tiene el poder público, porque de no tenerlo no podría abusar puesto que no existiría el factor que permite el uso o mal uso del poder público; 3) obligar o presionar ilícitamente al administrado; esto significa que el administrado es coartado o presionado por el concusionante, el agente delictivo; 4) violencia moral que significa la carga de amenaza respecto a un bien o servicio público usándolo en contra del administrado; 5) beneficio propio o de terceros de carácter patrimonial, que significa que la presión se realice para obtener un beneficio patrimonial.

De acuerdo con lo escrito por Jorge Hugo Álvarez, “La concusión es un delito que sólo puede ser cometido por un funcionario o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial. Ahora bien, la acción concusionaria no se concibe sin la `violencia moral`, elemento orientador, insustituible en la creación y estructuración del tipo legal. / Entendemos por violencia a toda acción que provenga del funcionario o servidor público quien abusando de su cargo infunde temor en el sujeto pasivo, obligándole, exigiéndole, induciéndole, etc., a dar o prometer indebidamente para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial. / Es evidente en estas acciones concusionadas la indebida utilización de la preeminencia que entraña el cargo público y el poder intimidante que suscita su mal uso, para obligar o inducir al agraviado a algo que no está obligado; de manera que no es posible entender una modalidad de acción concusionaria que no entrañe el uso de la violencia.” (Álvarez, 2002, pág. 65).

La concusión tiene como prototipo la acción finalista del agente delictivo, es decir, que la acción tiene una finalidad ilícita para beneficiarse con un bien patrimonial.

Jorge Álvarez amplía su concepto al delito de concusión explícita e implícita atenuada: “Esta modalidad de delito de concusión ha sido tipificada por el legislador por la acción finalista del funcionario o servidor público, quien orienta su acción, abusando del cargo, a la `exigencia` o `hacer pagar o entregar contribuciones no debidas o en cantidad que excede a la tarifa legal, y en beneficio indebido a favor del Estado. / El tipo de comentario no admite el *animus lucrandi* del agente ni de un tercero; admite la acción dolosa (explícita o implícita) en beneficio indebido para la Administración Pública o el Estado, beneficiando de esa manera económicamente al Estado pero perjudicándole en su imagen.” (Álvarez, 2002, pág. 73).

### **Delito de Concusión**

Comete delito de Concusión aquel funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial.

### **Elementos de Tipo de Delito de Concusión**

**1.- Cometido por un funcionario o servidor público.-** Este tipo de delito sólo puede ser cometido por un funcionario público (una persona con autoridad pública, que trabaja para una institución pública, que tiene capacidad de decisión en asuntos públicos) o por un servidor público, es decir, un trabajador del Estado, que no tiene autoridad pública, pero que cumple un rol determinado en la organización estatal, es parte en el trámite y movimiento de todo el aparato estatal, es decir, en la repartición de bienes y servicios públicos (justicia, salud, educación, etc.). En síntesis, este delito sólo puede ser cometido por cualquier trabajador del Estado.

**2.- Abuso del cargo.-** El delito de concusión se configura siempre y cuando se abuse (uso excesivo e ilegítimo de la fuerza física o mental) de las potestades que da el cargo público, las condición de funcionario o servidor público, como por ejemplo poder decidir en la procedibilidad, dirección, rapidez, resolución final, etc., de un trámite o acto, que signifique la concreción o promesa de un beneficio o patrimonio indebido para sí o para otro.

**3.- Coaccionar (obligar) ilegítimamente a dar o prometer un beneficio patrimonial.-** Esto implica que el funcionario o servidor público, obliga (coarta, restringe, limita, anula, la libre voluntad) a otra persona a dar o prometer (un acto de hecho o de futuro hecho) un bien o beneficio patrimonial. Importando aquí, no tanto el resultado del acto (promesa) sino la coacción ilegítima para adoptar una conducta ilegítima y sin libre voluntad. Así también el beneficio tiene que ser patrimonial para configurarse dentro de este tipo delictivo.

**4.- Inducir a una persona a dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.-** La inducción, o dirección de una voluntad, de una conducta implica un atentado contra nuestro derecho a nuestra libre voluntad y conducta. La conducta se ve direccionada, y promovida por el funcionario o servidor público, vulnerando el derecho a elección y dirección de nuestra vida o conductas.

**5.- Que el bien o beneficio patrimonial sea para el funcionario, servidor, o para otra persona.-** Este elemento determina que no importa para quien sea el beneficio, sino que este bien o beneficio patrimonial sea ilegítimo ilícito, producto de un acto ilícito.

La concusión ha sido definida como la “Exacción hecha por un funcionario en beneficio propio”, siendo que el concepto de “exacción” es el de “cobro injusto y violento”.

## **2.- Concepto legal del delito de concusión**

De acuerdo con el Código Penal, se establece: “Artículo 382. Concusión.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”.

### **Jurisprudencia:**

Encontramos algunos casos en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes: a) 1158-2007-PHC-TC; b) 1917-2002-HC-TC; c) 1956-2006-PHC-TC; d) 02557-2012-PHC-TC; e) 02624-2010-HC; f) 02731-2008-PHC-TC; g) 02961-2008-PHC-TC; h) 3113-2004-AA-TC; i) 4032-2009-PHC-TC; j) 04503-2011-PHC-TC; k) 06007-2009-PHC-TC.

### **Ejemplos sobre la materia:**

1.- Un ejemplo se reseña en el libro “¡No callar! – Guía práctica para la denuncia ciudadana contra actos de corrupción y otras prácticas contra la ética pública” (Defensoría del Pueblo, 2013, pág. 19):

“El asesor de transporte de una municipalidad amenaza al propietario de una discoteca con el cierre de su local -al constatar en él, en una visita informal, la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad- sino le entrega la suma de S/. 1,500.”.

### **Concurso de delitos y diferencias entre la concusión y el cohecho.-**

Una de las confusiones que suelen darse llevando consideraciones técnicas legales es entre el delito de concusión y el delito de cohecho, llevando a la figura del concurso de delitos. Existen el 1) concurso ideal (normativo) de delitos, y 2) Concurso real (fáctico) de delitos por lo que en estas figuras se

presentan esencialmente ciertas diferencias, el tipo de acto delictivo, que en la concusión es la violencia ejercida por el agente delictivo, coaccionando o presionando con un instrumento: el poder público que ostenta. Otra gran diferencia según la doctrina es el hecho que en la concusión el agente pasivo, la persona que ha sido presionada a dar un bien patrimonial al concusionante no tiene responsabilidad penal, por cuanto su voluntad ha sido restringida, anulada, direccionada, manipulada, amenazada, coaccionada por la violencia pública del agente delictivo, el funcionario o servidor público concusionante;. En los cohechos el particular que interviene si puede tener responsabilidad penal.

1.- De acuerdo con el Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública, se establece literalmente: ***“Problema concursal entre los cohechos pasivos y el delito de concusión (artículo 382° del Código Penal)***. Entre los delitos de cohecho pasivo y concusión<sup>309</sup> existe un concurso aparente de normas, por lo que solo se aplicará uno de ellos. En este caso, el delito de concusión. / Entre el delito de cohecho pasivo y el delito de concusión, existen las siguientes semejanzas en ambos delitos: 1) El sujeto activo es un funcionario público, 2) existe un abuso de poder del funcionario y 3) el autor se beneficia. / Sin embargo, existen también importantes diferencias sustantivas entre los dos delitos, podemos mencionar las siguientes: 1) En la concusión se usa la violencia, la amenaza o el engaño como medios que vician la voluntad del particular<sup>310</sup> en contraste, 2) en los cohechos pasivos no existen dichos medios; 3) en la concusión, el particular que interviene no responde penalmente, por su parte, en los cohechos pasivos el particular sí puede responder por el delito de cohecho activo. (IDEHPUCP, 2013, pág. 86).

Otra diferencia importante es que en el caso de cohecho a diferencia de la concusión existe libertad contractual entre el funcionario y el particular, según se cita continuación. Sin embargo pensamos que la libertad contractual solo existe si se contrata sobre bienes lícitos; no puede haber por lo tanto

ejercicio de la libertad contractual, sino violación o vulneración de la libertad contractual lícita.

Asimismo se agrega el cuadro de Delitos de Concusión y Cohecho pasivo: Diferencias y Semejanzas, que contiene los siguientes datos: “a) Diferencias en el Delito de Concusión: • Uso de violencia, amenaza o engaño que vicia la voluntad del particular, • El particular sobre el que recae la violencia, amenaza o engaño no responde penalmente. b) Diferencias del Delito de Cohecho Pasivo: • Existe libertad contractual entre el funcionario y el particular, • No existen medios que vicien la voluntad del particular, • El particular que interviene puede responder penalmente. c) Semejanzas entre el Delito de Concusión y Cohecho pasivo: • El sujeto activo es un funcionario público, • Existe abuso de poder del funcionario, • Existe beneficio para el autor.” (IDEHPUCP, 2013, pág. 86).

Existe en la doctrina una solución a los concursos aparentes de delitos cuando se presentan hecho que pudieran ser tipificados dentro de dos o más tipos delictivos como la concusión o el cohecho así la solución es verificar si han existido medios de coacción en el hecho delictivo, que coarten la voluntad del administrado, por lo que constituiría de ser así, delito de peculado; si por el contrario no ha habido medios de coacción entonces se estaría en el delito de cohecho.

Y por último se agrega: “Así pues, al tener los delitos de cohecho pasivo y concusión ciertos elementos divergentes, entre ellos lo que se aprecia es un concurso aparente de delitos que deberá resolverse a través del criterio de especialidad. Si estamos ante un caso donde existe la utilización de medios coercitivos o fraudulentos, se aplicaría solamente el delito de concusión; mientras que si estamos ante un caso donde dichos medios no existen estaríamos ante el delito de cohecho pasivo.” (IDEHPUCP, 2013, pág. 86).

Para Fidel Rojas Vargas la noción del delito de concusión se centra en la conducta que constituye un abuso de poder público, y por la cual se coacciona, constriñe, induce al administrado para obtener un lucro o un beneficio económico patrimonial. Para Rojas Vargas, “El concepto de concusión hace referencia a diversos elementos: constreñimiento, inducción, lucro, abuso del cargo, etc., los que integrados posibilitan enunciar la siguiente noción conceptualizadora: concusión es un modelo especial de abuso de poder orientado a obtener provecho o utilidad económica ilegítima, ya sea mediante el temor (amenaza de un mal), engaño, presión, compulsión o el uso de la fuerza física; y donde el que ejecuta la acción ilícita se vale de su función, cargo o empleo para el logro de su propósito.” (Rojas, 2002, págs.. 215, 216).

Fidel Rojas agrega que el delito de concusión tiene como instrumentalización el temor de la actuación del funcionario, servidor, autoridad pública, por la cual se predestina un determinado resultado de la administración. El temor es posibilidad, no ejecución,, así que es la amenaza como probabilidad el instrumento de coacción, amenaza que en sí ya es delictiva, porque coacciona la libertad, y atenta contra la dignidad de los administrados. Agrega Fidel Rojas Vargas: “La tesis de Carrara de ver en la concusión el hecho de la obtención de lucro por medio del temor de la realización de un acto de autoridad causado contra la víctima por el que está investido de poder oficial, patentiza un concepto histórica de concusión que hizo exclusivo el temor como medio facilitador y a la autoridad como único sujeto activo del delito. En la actualidad se maneja un concepto legal más amplio de concusión, que comprende a la compulsión, amenaza y al engaño, y que extiende la autoría al servidor o empleado público.” (Rojas, 2002, págs.. 215, 216).

**Ejecutoria.-** Según ejecutoria, se establece al respecto del delito de concusión una institución doctrinal, la “infracción al deber”, que tiene todo funcionario o servidor público, por la que además se abusa del poder público, se obliga al administrado a la entrega de un bien patrimonial, se despliega entonces

violencia contra el administrado. Es decir, el administrado sufre en la realidad violencia, sea que se materialice o no el delito. Según la R. N. 1062-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de marzo de 2013: «[...] este delito es uno de infracción de deber, en cuya virtud el agente público, mediante abuso del cargo que tiene —de las propias funciones o facultades que se tiene—, despliega violencia, amenaza o engaño para someter a una personas y, de este modo, obligarla (amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública) o inducirla (con engaños o mentiras) —son las acciones típicas propiamente dichas— a dar un bien o cualquier otro beneficio patrimonial para sí o para otro». (R. N. 1062-2012, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de marzo de 2013). (IDEHPUCP, 2014, pág. 63).

Manual Osorio, autor de un diccionario jurídico, enfoca el concepto del delito de concusión en otro término, el de “exacción ilegal”, que significa obligación ilegal, ejerciendo un abuso del poder público para aprovecharse en beneficio público de un bien patrimonial. La exacción es así la exigencia ilícita por parte de un funcionario o servidor público; exigencia que pone como condicionamiento o acto previo a la distribución del bien o servicio público, exigencia abusiva e ilícita.

Manuel Ossorio, respecto a la figura jurídica de la Concusión señala: “Concusión.- Figura delictiva más corrientemente llamada exacción ilegal, referida al caso del funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar, o entregar indebidamente por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva, o cobrare mayores derechos que los que corresponden. El delito se agrava si el agente emplea intimidación o invoca orden superior, comisión o mandamiento judicial, así como también si convierte en provecho propio o de tercero esa exacción.” (Ossorio, 1974).

Mientras tanto Jorge Hugo Álvarez incide en quien comete el delito, exclusivizándolo a solo un tipo de modalidad de persona, la persona con



poder público, funcionario o servidor público que ejerce una conducta ilícita, la violencia moral, a través de presagiar o pronosticar un mal futuro de no cumplirse con sus exigencias (un beneficio patrimonial). Jorge B. Hugo Álvares también se refiere al origen etimológico de la palabra concusión, como aquel acto de “sacudir”, del árbol para recoger sus frutos, que en este caso sería sacudir, presionar al administrado para recoger de él sus bienes patrimoniales. Jorge Hugo Álvarez señala que existen tipos de concusión, concusión propia, concusión impropia, explícita e implícita, resaltando que puede un particular cometer concusión impropia.

Jorge B. Hugo Álvarez expresa sobre el delito de Concusión: “La Concusión es un delito que sólo puede ser cometido por un funcionario o servidor público que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial. /Ahora bien, la acción concusionaria no se concibe sin la “violencia moral”, elemento orientador, insustituible en la creación y estructuración del tipo legal. /Entendemos por violencia a toda acción que provenga del funcionario o servidor público quien abusando de su cargo infunde temor en el sujeto pasivo, obligándole, exigiéndole, induciéndole, etc., a dar o prometer indebidamente para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial.” (Álvarez, 2002, pág. 65).

Jorge B. Hugo Álvarez, agrega: “Etimológicamente la palabra “concusión” deriva del término latino “concutere” que primigenia y propiamente significa la acción de sacudir el árbol para coger sus frutos. / Doctrinariamente, se reconoce dos tipos de acción concusionaria: la concusión propia y la concusión impropia, diferenciándose por la cualificación del sujeto activo. En la propia, es el funcionario público el que incurre en el hecho ilícito; y en la impropia, el sujeto activo es un particular que simula la condición de funcionario público del cual no se encuentra investido. (...) / La doctrina la legislación comparada divide la acción concusionaria en explícita e implícita; siendo el elemento básico

constitutivo de la acción concusionaria explícita el verbo rector “CONSTREÑIR”, y en la implícita: “INDUCIR”. (Álvarez, 2002, pág. 65).

## **SUB CAPÍTULO II:**

### **DELITO DE COBRO INDEBIDO o EXACCIÓN ILEGAL**

El delito de cobro indebido o exacción ilegal es un tipo delictivo que se ha ido desmenuzando o especificando por cuanto es aquella acción o conducta de un funcionario o servidor público que abusando del poder público que ostenta y aprovechando una sub condición particular, como el cobro de contribuciones o emolumentos que parecieran propios de la actividad de la administración, sobre ellos agrega un “requisito” ilegal más, como el pagar una cantidad de dinero por concepto de derechos, tasas, etc., coaccionando, amenazando, ilícitamente respecto al daño que sufriría el administrado de no realizar la exacción, obligación ilegítima.

#### **1.- Concepto doctrinario del delito de cobro indebido o exacción ilegal**

Para Manuel Ossorio, sostiene a este delito dentro del concepto de “exacción ilegal”, por el cual el funcionario o servidor público, exige el pago de derechos indebidos o cobrar más de lo que corresponde, esto en atribución de un poder público que ostenta y ejerce.

Manuel Ossorio sobre el delito de cobro indebido señala: “Exacción ilegal.- Delito que comete el funcionario público que, valiéndose de su cargo y abusando de las prerrogativas que éste le confiere, exige el pago de derechos indebidos o cobra más de lo que corresponde en dicho concepto, ya sea por sí, ya por interpósita persona. Son agravantes la intimidación, la invocación de órdenes superiores y la utilización en provecho propio de lo así conseguido. (Ossorio, 1974).

Para Fidel Rojas, el delito de cobro indebido o exacción ilegal es aquel que se conocía como concusión, pero que se ha ido especificando en relación a los conceptos de “contribuciones”, o “emolumentos”, que eran conceptos por servicios públicos prestados anteriormente, siendo que aquellos se han desterrado de la administración pública. Estas contribuciones eran aquellos que en anterior concepción, según la doctrina, eran las que se les atribuía como una especie de remuneración a los servidores públicos.

Fidel Rojas Vargas escribe: “Esta figura penal es la que tradicionalmente se conoció en el país como delito de concusión, la misma que más allá de sus imperfecciones de técnica legislativa, al haber hecho una mención conjunta de los términos “contribuciones”, y “emolumentos”, un legado histórico acerca del otrora frecuente sistema retributivo de los funcionarios públicos, quienes obtenían sus ingresos en base a aranceles, tarifas, tasas, propinas o dádivas cobrados a particulares. Situación que ha sido desterrada de forma ostensible en las modernas y profesionalizadas estructuras burocráticas del poder administrador, organizadas en base a sueldos y extras a cuenta del erario público.” (Rojas, Grijley, pág. 261).

### **Ejecutorias.-**

De acuerdo con ejecutoria de la Corte suprema, se precisa que el delito de cobro indebido o exacción ilegal consiste en la entrega de contribuciones no debidas o en exceso de lo que corresponde, de acuerdo a la administración pública.

En el “Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal” se señala lo siguiente: «El tipo penal descrito en el artículo 383 del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un

beneficio». (Exp. 4628-98, Ejecutoria Suprema del 20 de setiembre de 1999). (IDEHPUCP, 2014, pág. 63).

De acuerdo a la misma ejecutoria suprema se precisa que existe una exigencia indebida y arbitraria explícita o implícita, en el que existe el pronóstico, como amenaza, de un mal futuro para el administrado.

El mismo Compendio jurisprudencial sistematizado se señala al respecto del delito de exacción lo siguiente: «El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo “extorsiona” con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar; en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias». (Exp. 1380-98, Ejecutoria Suprema recaída del 13 de octubre de 1998). (IDEHPUCP, 2014, pág. 63).

#### **EJEMPLOS:**

##### **1.- La Defensoría del Pueblo pone el siguiente ejemplo sobre el delito de Cobro Indebido:**

“Qué sucede si...El director de una institución educativa estatal condiciona la matrícula escolar al pago de una determinada suma de dinero, justificando su decisión en la necesidad de cubrir los servicios de mantenimiento de la entidad educativa. Este es un ejemplo de COBRO INDEBIDO” (Defensoría del Pueblo, 2013, pág. 24).

##### **2.- Concepto legal del delito de cobro indebido o exacción ilegal**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Cobro indebido.- Artículo 383.-**

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.”.

### **SUB CAPÍTULO III:**

#### **DELITO DE COLUSIÓN**

El delito de colusión, es un tipo o modalidad de defraudación o perjuicio directo del patrimonio o economía del Estado, en donde dos persona, un funcionario o servidor público “concierte”, acuerda, pacta, conviene, ilícitamente con un tercero para defraudar (acción de violar la fe o confianza puesta en la persona) al Estado y perjudicarlo en su economía. El delito requiere que el agente delictivo, funcionario o servidor público tenga la potestad para dirigir, decidir, respecto una concesión, contratación con el Estado, obras, bienes y servicios al Estado.

Por lo tanto, por un lado el agente delictivo infringe su deber o infracción al deber, además realiza una “concertación ilícita”, que infringe su deber de lealtad y fidelidad al Estado, y perjudica la economía o los bienes económicos del Estado.

#### **1.- Concepto doctrinario de delito de colusión.-**

Jorge H. Álvares, incide en que este tipo delictivo es en principio un “acuerdo secreto y engañoso”, por el cual solo las partes concertantes, dando apariencia de legalidad a sus actos realizan, porque el hecho delictivo es posterior al pacto o concertación entre funcionario y contratista particular. Además, Jorge H. Álvares recicla el concepto de defraudación al Estado, que consiste en el dolo o engaño contra el Estado, vulnerando la confiabilidad por la cual el funcionario es tal.

Señalando que este tipo de conceptos, como el de defraudación se refieren a aquellos que perjudican el fisco, el tesoro público. Por ello la

defraudación consiste en el abuso de la confianza y confiabilidad de la información y el trámite en los procesos de contratación del Estado, y en los que el Estado contrata con particulares, para especificar un ganador ilícito.

Según Jorge Hugo Álvarez, el delito de Colusión “Es un delito que consiste en un acuerdo secreto y engañoso, que realizan el funcionario o servidor público con terceras personas, con el fin de defraudar al Estado. / El verbo rector en el tipo es el vocablo `DEFRAUDAR`, y `fraude, en el estilo corriente, es lo mismo que engaño o dolo. / Además de engaño genérico con perjuicio económico concreto, la defraudación se emplea de modo especial en los abusos cometidos contra el fisco. / Defraudar es privar a otro con abuso de confianza o con infidelidad de aquello que en derecho le corresponde. Éstas y otras definiciones tienen un significado común referidos siempre al perjuicio público. / No se concibe una defraudación sin perjuicio económico del patrimonio del Estado. / El tipo prescribe el medio de que se vale el agente para defraudar (concertación), pero no señala expresamente en qué deben consistir estos `actos fraudulentos`, lo cierto es que se trata de todo aquello que prive al Estado de lo que le corresponde por derecho. Así, por ejemplo, el funcionario o servidor público que en razón de su cargo interviniese en un contrato representando al Estado, beneficiando al cocontratante en los convenios que celebra concediéndole ventajas particulares, que normalmente no hubiere obtenido.”. (Álvarez, 2002, pág. 79).

Manuel Ossorio escribe en su Diccionario Jurídico: “Colusión.- Pacto o proceder con daño de tercero.” (Ossorio, 1974).

### **EJEMPLO:**

La Defensoría del Pueblo, prescribe: “Qué sucede si...El Director Regional de Salud, quien preside el Comité de Selección para la contratación de una empresa que brinde servicios de impresión para un Hospital Regional, entrega la buena pro del proceso de selección a la imprenta ‘La idéntica E.I.R.L.’, previo acuerdo entre él y el representante legal de la empresa. Es un ejemplo de COLUSIÓN” (¿No

Callar! Guía práctica para la denuncia ciudadana contra actos de corrupción y otras prácticas contra la ética pública”.

La Defensoría del Pueblo agrega: “Coludir significa, según la Real Academia Española (RAE), establecer un pacto ilícito que acuerdan dos personas u organizaciones con el fin de perjudicar a un tercero, en este caso el Estado, cuyo patrimonio es afectado de manera directa. En el Código Penal se tipifican dos tipos de colusión.” (Defensoría del Pueblo, 2013, pág. 16).

## **2.- Concepto legal del delito de colusión.-**

El concepto legal del delito de colusión es más específico puesto que considera los elementos del mismo, así: 1) realizado por funcionario o servidor público; 2) intervención directa o indirecta por su condición o encargo público (funcionario o servidor público); 3) actos de contratación con el Estado; es decir aquellas concesiones , prestación de obras o servicios, licitaciones o cualquier proceso de contratación Estatal; 4) Defraudación al Estado, que consiste en el abuso de la confiabilidad del funcionario o servidor público; 4) perjuicio económico del fisco del Estado, que consiste en que se ha atentado contra el tesoro público.

De acuerdo con el Código Penal, se establece: "**Artículo 384. Colusión simple y agravada.-** El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. / El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados,

defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

### **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.-**

#### **Sentencia recaída en el EXP. N.º 00017-2011-PI/TC – Colusión – Tráfico de influencias.-**

Sentencia en la que se determina que no es requisito para configurarse el delito de colusión el “perjuicio patrimonial”.

En la sentencia EXP. N.º 00017-2011-PI/TC, se prescribe en los antecedentes, 3.1, lo siguiente:

“(…) el Tribunal Constitucional ha considerado que la función de esta disposición constitucional es determinar y a su vez garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (Exp. N.º 020-2003-AI). Así, la contravención a los principios que se tienden a proteger en las adquisiciones del Estado (transparencia, imparcialidad, libre competencia, trato justo e igualitario) no precisa de un perjuicio patrimonial al Estado. En ese sentido, alega que los referidos tratados internacionales contienen normas de desarrollo constitucional en la medida que establecen que no es requisito



indispensable el perjuicio patrimonial para la configuración de los delitos de corrupción, entre ellos, colusión (artículo 384 del Código Penal).” (el subrayado es nuestro).

**Los principios en la contratación pública en los delitos de colusión.-**

Los principios en las contrataciones públicas, y por la cual se puede evitar los delitos de colusión, son: 1) Transparencia en las operaciones; 2) Imparcialidad; 3) Libre competencia; 4) Trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. Esto de acuerdo con la sentencia recaída en el EXP. N.º 00017-2011-PI/TC, que prescribe lo siguiente:

“18. Más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la Administración Pública, de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. En este sentido, resulta relevante la disposición constitucional contenida en el artículo 76 de la Constitución:

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

19. Al respecto, este Tribunal ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de

voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (Exp. N° 020-2003-AI, fundamento 11). De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores:

“12. La función constitucional de esta disposición (artículo 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el *mayor grado de eficiencia* en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos”.

(...)

“16.(...)la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución]” (Exp. N° 020-2003-AI, fundamentos N° 12 y 16).

20. En este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384° del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de

transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.”

### **El concepto de defraudación en los delitos de colusión.-**

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC, se prescribe respecto al término “defraudación”, lo siguiente:

“28. En este orden de ideas, en cuanto al término “defraudar”, éste ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. (Abanto Vásquez, Manuel. Delitos contra la Administración Pública, Lima, Palestra. 2003, p. 313). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término “defraudación” en otros ámbitos como el de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial (Cfr. Queralt, Joan. Derecho Penal Español. Parte Especial. Barcelona, Bosh, 1987, Volumen II, p. 349; Martínez-Buján, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 549).  
(...) en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para *“Para la aplicación de la Presente*

*Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.*

**Jurisprudencia: EXP. N.º 00017-2011-PI/TC – Colusión –**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, contra la Ley N° 29703 que modifica el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias).

1.- Colusión.- El Fiscal de la Nación solicita se declare inconstitucional la ley que modificando el Código Penal, respecto a considerar al delito de colusión como una “defraudación patrimonial”, y se considere solo como “defraudación”, en mérito al artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en la que se señala que no será necesario que los delitos enunciados produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado. Siendo que el Tribunal considera fundada la demanda y declara no considerarse el término “patrimonial”, como requisito para comisión de un delito de colusión.

**SUB CAPÍTULO IV:**  
**PATROCINIO ILEGAL**

El delito de patrocinio ilegal es un tipo o modalidad que se explica en el abuso de la condición pública para beneficiarse. Así, existe una contradicción entre el ejercicio público y el ejercicio privado de cualquier actividad y profesión, por eso, por ejemplo, ingresar a la administración de justicia es incompatible con la defensa particular, de esta forma los jueces, por ejemplo, no pueden realizar sino solo labores de juez y ninguna otra actividad en otra institución pública o privada a excepción de la docencia universitaria, porque este reviste una cualidad especial, no es un acto lucrativo lo que se prioriza,

sino una transmisión del saber de los magistrados. Asimismo todo funcionario o servidor público no puede ejercer privadamente sobre un servicio en el cual el mismo se encuentra administrado por que cabría la posibilidad de que torciera la función de la administración pública a favor de su patrocinado. El patrocinio en si no es delictivo, pero si aquel que se realiza en forma ilícita, esto es contraria a la ley. En esto se debe establecer las incompatibilidades a las restricciones que tiene todo servidor o funcionario público respecto al patrocinio, o defensa de los particulares.

Sin embargo los jueces pueden intervenir en aquellas causas donde ellos sean parte del proceso; esto de acuerdo a ley.

### **1.- Concepto doctrinario del delito de patrocinio ilegal**

Según Jorge H. Álvarez, el delito reúne ciertos elementos como: 1) la acción dolosa; 2) valerse de la condición de funcionario o servidor público; 3) patrocinar interés particulares. Aquí el funcionario o servidor público hace “uso indebido, ilícito”, de su condición o cargo público y defiende, patrocina, asesora, intercede a favor de intereses privados; siendo el agente delictivo parte de la administración pública. Se hace prevalecer la calidad de funcionario o servidor público.

Según Jorge H. Álvarez el delito de patrocinio ilegal, “Es un delito de acción dolosa, cuya conducta del agente consiste en valerse de su calidad o condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública. / El verbo rector en el tipo es el vocablo: `patrocinar`, que es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar. El verbo rector utilizando por el legislador en la configuración del tipo debe interpretarse asociado a la expresión: “El que valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público...” para precisar o delimitar la conducta que realmente se desea reprimir. Lo reprochable radica en la acción del agente que haciendo uso indebido del cargo defiende, asesora, intercede, etc., intereses de particular. / El concepto `patrocinar` que utiliza el legislador debe interpretarse extensivamente y no sólo

referido a la actuación del funcionario abogado que se vale del cargo, sino a cualquier otro funcionario independiente de la profesión que pueda tener. De allí que la conducta puede ser cualquier comportamiento que denote abogar, defender, asesorar, litigar, por intereses particulares ante la Administración Pública; no requiriéndose necesariamente de un resultado en sus actuaciones. / Todas estas actuaciones (patrocinio) se hacen haciendo prevalecer su calidad de funcionario o servidor público.”. (Álvarez, 2002, pág. 91).

## **2.- Concepto legal del delito de patrocinio ilegal.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Patrocinio ilegal.- Artículo 385.-**

El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.”.

De acuerdo con el código penal se desprenden los siguientes elementos del tipo delictivo de patrocinio ilegal: 1) valerse de la calidad de funcionario o servidor público; 2) patrocinio e interés particulares, ante la administración pública; 3) acción dolosa; 4) poder público.

## **SUB CAPÍTULO V:**

### **RESPONSABILIDAD DE PERITOS, ÁRBITROS Y CONTADORES PARTICULARES**

#### **1.- Concepto legal del Delito Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo 386.-** Las disposiciones de los Artículos 384 y 385 son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarías.”.

**CAPITULO III**  
**DELITO DE PECULADO**

**SUB CAPÍTULO I:**  
**DELITO DE PECULADO**

**Antecedentes.-**

El antecedente legal del delito de peculado lo encontramos en el código penal de 1924, y en el derecho comparado, la encontramos en el código español, código uruguayo, código argentino, código italiano.

De acuerdo con la doctrina los antecedentes del delito de peculado en nuestro país “se encuentran en el Artículo 346 del Código Penal de 1924, la Ley N.º 29703, de fecha 10 de junio del 2011, Ley N.º 29758, de fecha 21 de julio del 2011, Ley N.º 29758, de fecha 26 de noviembre del 2013”.

Asimismo, los antecedentes del delito de peculado, según la doctrina, la encontramos en el derecho comparado, en “el Código Penal español de 1870, Código Penal uruguayo de 1889, Código Penal Italiano de 1889, Código Penal argentino de 1922, Código Penal español de 1923, Código Penal español de 1928, Código Penal Italiano de 1930”.

**1.- Concepto doctrinario del delito de peculado.-**

La doctrina conceptualiza al delito de peculado como aquella conducta adoptada por un funcionario o servidor público que se apropia o utiliza bienes, recaudos, etc., que por su condición pública o su cargo público le han sido confiados para su administración; entonces existe un acto doloso, voluntad y conciencia del acto delictivo, existe apropiación porque se trata de efectos que no ha robado, o hurtado a otro sino que le han sido consignados a el en administración y custodia. Además ello existe el delito de peculado culposo por el cual la persona que tiene a su cargo la custodia de un caudal o

efectos o patrimonio del Estado permite por negligencia que otro se apropie o utilice un bien o efecto público.

Puede agravarse el tipo delictivo si es que se apropia o utiliza de bienes que pertenece a programas sociales de necesidad común o pública.

Según Jorge H. Álvarez el delito de Peculado es: “La acción dolosa consiste en apropiarse o utilizar en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; entiéndase que estamos refiriéndonos como sujeto activo al funcionario o servidor público de manera que podríamos hablar de un peculado por apropiación y de un peculado por utilización. / La acción u omisión culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo que da ocasión a que se efectúe por otra persona la SUSTRACCIÓN de caudales o efectos. / Estas acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes cuando los efectos o caudales apropiados, utilizados o sustraídos dolosamente por un tercero por negligencia del agente estuvieren destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.”. (Álvarez, 2002, págs. 101, 102.).

Por su parte Manuel Ossorio escribe que el delito de peculado consiste en un “hurto de caudales”, es decir no es hurto simple, son de caudales del erario o tesoro propia, que puede hacer en función de su cargo, sin embargo, aquí queda en desproporción o inexactitud que el caudal o efecto de la administración pública ha sido concebida o asignada en custodia a la misma persona que hurta por lo que dicho concepto no es el as apropiado.

Según Manuel Ossorio, “Peculado.- “Delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración” (Dic. Acad.). | Jurídicamente el concepto es más amplio y se encuentra desarrollado al tratar de la malversación de caudales públicos (v.).”.



## **2.- Concepto legal del delito de peculado:**

Del concepto desprendido del código penal, se deducen los siguientes elementos del delito de peculado: 1) funcionario o servidor público; 2) apropiación o utilización de caudales; 3) beneficio para sí o para otro; 4) efectos o caudales cuya administración o custodia se le haya dado al agente delictivo funcionario o servidor público; 5) confiabilidad por el cargo por la cual se le han asignado los caudales del Estado; 6) agravio al tesoro público; 7) en caso de peculado culposo, la negligencia de quien permite que tercero se apropie o utilice los caudales del tesoro público.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 387. Peculado doloso y culposo.-** El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. / Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. / Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. / Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa."

**CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)**

## **SUB CAPÍTULO II:** **PECULADO POR USO**

### **1.- Concepto doctrinal del delito de peculado de uso**

El delito de peculado de uso, o por uso es aquella conducta por la cual el funcionario o servidor público que tiene bajo su administración o custodia le da un uso para fines ajenos a los destinados por la administración pública. Ahora bien de acuerdo con la doctrina y Jorge H. Álvarez los efectos son los vehículos, máquinas u otras, de la administración pública.

Según Jorge H. Álvarez, el delito de Peculado de uso “El tipo está referido al uso para fines ajenos al servicio, de los que el legislador entiende por “efecto” vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo provenientes a la Administración Pública o que se halla bajo la guarda del funcionario o servidor público.” (Álvarez, 2002, pág. 115).

### **Peculado por apropiación, peculado por utilización y peculado culposo**

En el peculado de uso tiene que haber dolo y el sujeto activo o delictivo debe ser un funcionario o servidor público, así existen peculado por apropiación y peculado por uso o utilización. De esta forma ningún funcionario o servidor público puede usar los efectos caudales o el patrimonio del Estado que le han sido dados para fines propios o fines de terceros, sino para la administración pública.

Jorge Hugo Álvarez señala: “La acción dolosa consiste en apropiarse o utilizar en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; entiéndase que nos estamos refiriendo como sujeto activo al funcionario o servidor público, de manera que podríamos hablar de un Peculado por Apropiación y de un Peculado por Utilización.” (Álvarez, 2002, pág. 105).

**Peculado por apropiación.-**

El peculado por apropiación consiste además del posterior uso que se le pueda dar al efecto caudal del Estado una apropiación ilícita; un quedarse con dichos efectos, defraudando la confianza del Estado de asignarla la administración o custodia de dichos efecto y caudales.

Jorge Hugo Álvarez señala al respecto: “El delito de peculado por apropiación implica el apoderamiento en provecho del agente o de un tercero de los efectos o caudales cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; no concebimos una apropiación sin provecho o beneficio alguno sea ésta económica o de naturaleza diferente, porque un bien puede producir provecho o satisfacción de orden estético, cultural, etc. / La acción dolosa del sujeto activo en el peculado por apropiación va siempre dirigida al apoderamiento con el consiguiente beneficio propio o de un tercero así la norma no lo señale expresamente.”. (Álvarez, 2002, pág. 107).

**Peculado por utilización.-**

El peculado por utilización significa que los efectos o caudales que le han sido confiados a su administración o custodia del funcionario o servidor público no pueden ser utilizados para fines distintos a los que han sido asignados por la propia administración pública; esta conducta supone un uso indebido, una conducta indebida, un abuso de la confianza pública, una utilización a los fines ajenos del bien administrado, aunque existe la intención de restituir el bien.

El problema está en que este tipo delictivo es difícil de prevenir, porque el uso es difícil de determinar el fin, si en el fin el proceso del acto pueden ejecutarse varios actos, por ejemplo, utilización del vehículo oficial, y luego se provecha para además hacer otras cosas particulares.

Jorge Hugo Álvarez señala: “La acción dolosa se orienta a la utilización provechosa de los efectos o caudales por parte del agente o de un tercero, aunque

no persiga necesariamente una ventaja patrimonial. Se trata en realidad de un uso indebido de los efectos o caudales, porque si el uso es conforme a la naturaleza del bien o con el destino específico asignado por la Administración Pública es irrelevante al Derecho Penal; pero si es empleado para labores ajenas al servicio en provecho propio o de un tercero estamos ante el tipo legal descrito. / Supone una acción de uso indebido, abusivo, inadecuado, etc.; con ánimos de restitución. En el peculado por utilización la intención de restituir es evidente.” (Álvarez, 2002, pág. 108).

### **Peculado culposo.-**

El peculado culposo le acarrea la responsabilidad al funcionario público por la cual tiene la obligación de custodiar el buen uso de los caudales y efectos que se le han confiado, es decir, tiene un deber público, puesto que si un tercero utiliza o se apropia de caudales o efectos que le han sido confiados comete delito de peculado culposo, es decir, infracción a su deber de custodiar el buen uso de los bienes patrimoniales.

Al respecto Jorge Hugo Álvarez señala: “Se reprime el acto culposo del funcionario o servidor público que dio ocasión a que un tercero sustrajera los efectos o caudales, quedando consumados el hecho con la mera sustracción, sin que importar el *animus* que tuvo el tercero en la acción dolosa; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. / Ese tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos / Se requiere la intervención dolosa de un tercero para estructural el peculado culposo.”. (Álvarez, 2002, pág. 109).

### **2.- Concepto legal del delito de peculado de uso.-**

El peculado de uso tiene el código penal los siguientes elementos: 1) cometido por funcionario o servidor público; 3) utilización o apropiación de

bienes o caudales; 3) fines ajenos de la utilización del bien; 4) bienes bajo su custodia o administración; 5) efectos, vehículos, etc.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 388. Peculado de uso.-** El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. / Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. / No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo."

### **SUB CAPÍTULO III:** **DELITO DE MALVERSACIÓN**

#### **1.- Concepto doctrinal del Delito de Malversación**

El delito de malversación es un tipo delictivo que enuncia una conducta funcional equívoca, dolosa, distinta a la que debería ejercer, destinando el uso o asignación de dinero bienes del Estado en fines distintos a los que se le han asignado por ley causando o afectando el servicio o bien asignado. Etimológicamente aparece como invertir mal, pero debe acusarse que el concepto de invertir es un concepto comercial, económico, o si se quiere, del mundo de los negocios. Invertir es colocar un dinero donde le convenga mejor, con la espera que exista un retorno mayor de lo invertido, por lo que invertir es siempre una propuesta para la ganancia, es decir, para sumar a lo invertido con un excedente producto de la propia inversión. Invertir entonces es una condición o estrategia económica, pero la inversión tienen también un factor determinante "el riesgo", esto es que colocar un dinero en una actividad, financiera, acción, etc., puede tener una respuesta bien positiva,

pero también negativa, por lo que para ser un inversionista se tiene que tener la capacidad para aquello, no puede invertir quien no puede asumir el riesgo. Por lo que el delito de malversación no se asume como una inversión no es invertir mal un dinero o caudal del Estado sino un acto dañoso contra el Estado.

La malversación entonces es mal usar o destinar los caudales del Estado en acto distinto al estipulado por ley, pero este mal uso del caudal es un efecto doloso del funcionario público o servidor público. Malversar es mal destinar el dinero estatal y por tal afectar a un fin previamente establecido.

#### **Peculado por malversación.-**

Jorge Hugo Álvarez señala: “Etimológicamente, malversar viene del latín MAL y VERSARE que significa invertir mal”, figura típica conocida como peculado por malversación o peculado por aplicación oficial diferente ...”. (Álvarez, 2002, págs. 124, 125).

Asimismo Jorge Hugo Álvarez agrega: “El peculado por malversación de fondos o bienes es un delito de acción dolosa que consiste en dar al dinero o bienes que se administra, una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban destinados previamente por ley, ello siempre que afecte al servicio o la función encomendada. Esta última condición hace del tipo un delito caracterizado por el resultado, consecuentemente si se da el dinero o bien administrados una aplicación provisional diferente sin que se afecte al servicio o a la función encomendada, no se configura el tipo. Siendo esta conducta atípica.” (Álvarez. 2002, Pág. 125).

#### **Manuel Ossorio:**

Por su parte Manuel Osorio señala: “Malversar.- Manejar en forma indebida los fondos públicos, lo que presenta esta triple graduación: a) sustraer o robar tales recursos; b) aplicar fondos públicos a fines privados; c) utilizar los fondos públicos, aun sin beneficio propio, en destino distinto del señalado.” /

“Malversación de caudales públicos.- Delito que comete el funcionario público cuando da a los caudales o efectos que administra aplicación diferente de aquella a la que estuvieren destinados. Por regla general este delito se agrava cuando resulta daño o entorpecimiento del servicio. También configura ese delito la sustracción, por el funcionario público, de caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le hubiere sido confiada por razón de su cargo, o si empleare en provecho propio, o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública. / Es asimismo aplicable el concepto al funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, hubiere dado ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos confiados a su administración o custodia. El delito precitado afecta también a quienes administren o custodien bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. El delito es igualmente atribuible al funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demore injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente, o que rehúse entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.”. (Ossorio, 1974).

## **2.- Concepto legal del delito de Malversación**

De acuerdo con la dogmática penal se pueden encontrar los siguientes elementos: 1) funcionario o servidor público; 2) aplicación o destino distinto de bien o caudal del Estado; 3) administración o custodia del bien o caudal del Estado; 4) afectación al servicio o función encomendada.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 389. Malversación.-** El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos

sesenta y cinco días-multa. / Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa."

#### **SUB CAPÍTULO IV:** **RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO**

El delito de retardo injustificado del pago es un tema recurrente y que se impone como un simple hecho administrativo, sin embargo, si bien es un acto administrativo incumplir con el pago debido configura un tipo penal, es decir, es sancionable.

La doctrina establece que el motivo de la sanción no es el no pago (porque no está en duda aquel) sino la demora, el no pago en el tiempo indicado por la ley o contrato, en el entendido que aquel atraso causa un daño a la persona. Esta conducta delictiva consiste entonces en "demorar, dilatar, retardar, suspender, el pago de lo adeudado.

Este tipo de casos se observan mucho en las contrataciones con el Estado, puesto que las empresas privadas no denuncian a aquellos actos ilícito par que el Estado no cierre sus posibilidad de acceso a las contrataciones con el Estado.

##### **1.- Concepto doctrinal del delito de retardo injustificado de pago**

Según Jorge H. Álvarez, el delito de Peculado por demora injustificada de pago, "...se sanciona la simple demora injustificada toda vez que al fin y al cabo siempre va a pagar lo ordenado o decretado porque es un acto propio de su cargo, lo que hace el agente es sencillamente, retardar, dilatar o suspender, pero no desistirse de su obligación." (Álvarez, 2002, pág. 133).



## **2.- Concepto legal del delito de retardo injustificado de pago.-**

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal se desprende los siguientes elementos del tipo delictivo: delito de retardo injustificado de pago: 1) funcionario o servidor público; 2) disponibilidad presupuestal; 3) demora o retardo en el pago; 4) dolo; 5) inexistencia de justificación de la demora.

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Retardo injustificado de pago.-**  
**Artículo 390.-** El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”

### **SUB CAPÍTULO V:**

#### **REHUSAMIENTO A ENTREGA DE BIENES DEPOSITADOS O PUESTOS EN CUSTODIA**

#### **Concepto legal del Delito de Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia**

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal el delito de rehusamiento de entrega de bienes depositados o puestos en custodia, se trata de aquella conducta por la cual una persona que tiene en depósito o custodia ante un pedido por la autoridad competente y su solicitud formal, no entrega dichos bienes, documentos depositados. Este tipo delictivo también podría ser compatible con el delito de encubrimiento real, sin embargo, la diferencia es que los objetos que encubre, oculta o no en el delito presente le han sido entregados en mérito a un acto de confiabilidad, como depositario.

Los elementos de este tipo delictivo son 1) funcionario o servidor público; 2) dinero, cosas o bienes depositados o puestos bajo custodia; 3) rehusamiento al requirente de autoridad para entregar el bien.

De acuerdo con el Código Penal, el **delito de Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia**: “Artículo 391.- El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”

#### **CAPITULO IV**

### **DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS**

Los delitos de corrupción de funcionarios es un capítulo que se haya insertado dentro de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, y comprende diversas modalidades, como cohecho en sus distintas sub modalidades, pasivo, activo impropio, propio, negociación incompatible, aprovechamiento indebido del cargo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito.

#### **SUB CAPÍTULO I:**

### **DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO**

#### **1.- Concepto de delito de cohecho**

El delito de cohecho puede resumirse en una frase: “compra-venta de la función pública”, compra venta del poder público, en donde por definición existen un comprador y un vendedor, es decir el delito es bilateral, puesto que no puede darse sin la participación de las dos partes; el objeto , producto de la compraventa, sin embargo, es más bien un objeto público, una función pública, una actividad pública, que solo puede estar en poder de un ¡funcionario público o servidor público, por lo que el cohecho se trata de una co autoría de dos, que realizan un hecho delictivo por ello.

### **Delito de Cohecho**

En el “Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública” se señala: “Los delitos de cohecho, también denominados “delitos de corrupción de funcionarios”, vienen a representar un conjunto de delitos consistentes en la compra-venta de la función pública. La característica común de estos es su “bilateralidad” o la naturaleza de “delitos de participación necesaria” ya que, siempre, las partes que interviene son dos: El funcionario que acepta o solicita el “pago” por la venta de la función pública: 1.- El sujeto que compra el “servicio” o recibe el ofrecimiento del funcionario. / Los principales delitos de cohecho o corrupción de funcionarios son dos: 1.- Cohecho pasivo; 2.- Cohecho activo” (IDEHPUCP), 2013, pág. 79).

### **Cohechos Pasivos.-**

El cohecho puede ser cohecho pasivo, que se configura cuando es el actuar o la conducta del funcionario quien recibe, acepta, o solicita, a cambio de un acto de función propio, una ventaja o beneficio. En este tipo de cohecho se puede subdividir en cohecho pasivo propio o cohecho pasivo impropio.

De acuerdo con el “Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública”, se explica: “Las figuras delictivas de cohechos pasivos, a grandes rasgos, sancionan al funcionario que recibe, acepta, o solicita recibir de una persona una ventaja o beneficio de cualquier índole a cambio de realizar algún acto conforme o contrario a sus funciones públicas, o por haber realizado, anteriormente, uno de estos actos. Es decir, los cohechos pasivos se encargan de incriminar solo a una de las partes intervinientes en el contexto de compra-venta de la función pública: El funcionario público. Existen dos tipos de cohecho pasivo: - El cohecho pasivo propio; - El cohecho pasivo impropio.” Cohecho activo” (Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Yvan Montoya Vivanco y otros. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2013. Pág. 79.).

El cohecho pasivo, puede explicarse en dos modalidades que tiene como eje central el tiempo de la acción o infracción del deber por parte del funcionario o servidor público; así, comete delito de cohecho pasivo propio, el que acepta, recibe o solicita un beneficio patrimonial, o acaso la promesa de que, a cambio de su conducta funcional, para realizar el acto posteriormente<, mientras que existe el cohecho pasivo impropio cuando ya se realizó el o la conducta funcional ilícita, faltando a sus deberes funcionales, infracción al deber.

Asimismo se agrega: “Como puede observarse, el cohecho pasivo propio, sanciona tanto al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones (cohecho pasivo propio “antecedente”), como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a consecuencia de haber faltado ya a sus deberes.<sup>282</sup>” (IDEHPUCP), 2013, pág. 80).

### **Cohecho por Acción u Omisión en Violación de Obligación**

Jorge H. Álvarez hace una digresión interesante puesto que considera el cohecho como un delito de consideración unilateral, puesto que el ofrecimiento es en si un acto unilateral, sin embargo el cohecho tiene otras variantes de la conducta delictiva de compraventa, la aceptación que es una acción a realizarse por dos personas. En fin, el delito es de codelincuencia, indica, y se trata de una conducta de omisión acción –de violación del derecho o infracción del deber público.

Al respecto Jorge Hugo Álvarez señala: “El cohecho es un delito de acción u omisión dolosa cuya connotación básica, en algunos casos, radica en la codelincuencia o coparticipación necesaria pero al mismo tiempo, de naturaleza unilateral en su acción, sea en la solicitud, aceptación u ofrecimiento. /Para

nuestro Derecho positivo la concepción bilateral del cohecho es insuficiente, habiendo el legislador peruano asumido un concepto ecléctico que mantiene la bilateralidad y unilateralidad al mismo tiempo de esas conductas reprochables. No siendo necesariamente exigible un pactum sceleris o convenio corruptor para que se configure el tipo, basta la acción unilateral de solicitar, u ofrecer. Obviamente, que tratándose del verbo rector “aceptación” estamos hablando de una acción bilateral o coparticipación necesaria.” (Álvarez, 2002, pág. 153).

#### **Criterios de diferenciación en el cohecho.-**

Jorge H. Álvarez hace una aclaración interesante y realiza la diferenciación entre cohecho activo y cohecho pasivo, así como del cohecho propio y del impropio, de tal forma cohecho activo es aquel que se atribuye a la persona que inicia, da la iniciativa para la conducta ilícita, mientras que el cohecho pasivo, es quien recibe la oferta de compra venta ilícita., Por su parte el cohecho propio es resultado de las funciones propias del funcionario o servidor público, mientras que el cohecho impropio es dejar de realizar las funciones o deberes funcionales.

Según señala Jorge Hugo Álvarez: “El cohecho como hecho ilícito de acción u omisión dolosa se clasificó en función de la cualidad o calidad personal del sujeto activo. Así, el cohecho pasivo era propio del funcionario o servidor público y el cohecho activo del particular. Otro criterio diferenciador, lo constituye quiénes se dejan corromper según la modalidad típica de la acción; atendiendo, evidentemente para esta consideración sólo al acto ejecutado por el sujeto activo del tipo. Es activo quien inicia, dando u ofreciendo, y pasivo quien acepta. Algunos autores aluden a las modalidades típicas del cohecho impropio y propio, según que el acto realizado por el funcionario o servidor público sea justo (conforme a los deberes del cargo) o injusto (contrario a tales obligaciones).” (Álvarez, 2002, pág. 155).

**Cohecho de acción debida por precio.-**

El cohecho puede darse entonces también por realizar un acto que es propio de su deber o funciones, sin embargo, se cobra por aquella función que tiene el deber de realizar.

Según Jorge Hugo Álvarez explica: “Es un delito especial cometido por funcionario o servidor público que “solicita” o “acepta” donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para prácticas un acto propio de su cargo; es decir, para cumplir con un acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones.”. (Álvarez, 2002, pág. 163).

**Negociación incompatible con el cargo.-**

La negociación incompatible con el cargo se da cuando en la acción se encuentran dos supuestos, que el funcionario tenga a su cargo el trámite de un procedimiento específico público, y, que a la vez, tengan un interés particular. Aquí existe incompatibilidad por el objeto del interés, se enfrentan así el interés público con el interés privado; existe atención preferente por aquel interés.

Jorge Hugo Álvarez señala al respecto: “Es un delito de acción dolosa cuyo verbo rector son los vocablos “interesarse” o “interesa”, que definen la conducta del agente configurada como un ilícito penal (...) / Se interesa en un contrato u operación quien pide que se resuelva con rapidez, en la jerga administrativa, quien inquiere en qué estado se encuentra. Y también se interesa el funcionario que pone atención preferente en las condiciones y el trámite de un negocio jurídico. Pero a nada de esto ha podido querer referir la ley, sino al caso en que el autor es al mismo tiempo interesado personalmente en el negocio y funcionario que interviene en él por razón de su cargo. / Interesante es participar en un contrato o negocio en que interviene por razón de su cargo, como necesario y favorable, anteponiendo una pretensión propia o particular, beneficiándose “a sí mismo” o a un tercero. Es decir, interviniendo como funcionario, interviene al mismo tiempo

como beneficiario o parte; bien sea directamente o a través de un tercero en cualquier contrato u operación. (...) / Esta dualidad de participación simultánea del agente (como funcionario y como parte interesada) es la nota característica de la incompatibilidad entre el cargo y el negocio o contrato. / La acción dolosa del sujeto se orienta a lograr que el contrato o negocio se configure en un interés particular o beneficio propio.” (Álvarez, 2002, pág. 183.).

#### **Cohecho Activo del particular.-**

Jorge H. Álvarez hace también una digresión respecto a los casos de los magistrados, peritos que cometen estos delitos a cambio de sus fallos, o decisiones, de esta forma el producto de la venta es la decisión del funcionario o servidor público.

Jorge Hugo Álvarez respecto al delito de cohecho activo del particular señala: “Es un ilícito penal de acción dolosa, calificada por la condición especialísima de uno de los agentes del acto corruptor (magistrado, fiscal, perito, etc.) pero referida a las conductas o acciones dolosas de los particulares; que hacen donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo. El verbo rector que utiliza el legislador en el tipo es el vocablo “hace” para denotar las conductas reprochables tanto en su figura básica como en la atenuada; en esta última cuando el particular corrompe o trata de corromper, o bien acepta la solicitud de un testigo, perito, traductor o intérprete.” (Álvarez, 2002, pág. 191).

#### **Manuel Ossorio.-**

Manuel Ossorio pone en el texto una palabra popular, de mayor alcance social y llama al cohecho, soborno, que consiste en cohechar o sobornar (comprar) a un funcionario público.

Por su parte Manuel Ossorio señala: “Cohecho.- Acción y efecto de cohechar o sobornar a un funcionario público. Constituye un delito contra la administración

pública en el que incurren tanto el sujeto activo (cohechante) como el sujeto pasivo (cohechado). En algunas legislaciones, y ello es lógico, se estima que el delito reviste mayor gravedad cuando el cohechado es un juez. Se configura, por parte del funcionario público, por el hecho de recibir dinero o cualquier otra dádiva y aceptar una promesa para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, o para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público, a fin de que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; o, en cuanto al juez, para dictar o demorar u omitir dictar una resolución o fallo en asuntos de su competencia.” (Ossorio, 1974).

## **2.- Concepto legal del delito de Cohecho pasivo propio.-**

De acuerdo con el código penal, los elementos del cohecho (soborno) pasivo propio son: 1) funcionario o servidor público; 2) acción de aceptar o recibir un bien o promesa; 3) violación del deber público.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 393. Cohecho pasivo propio.-** El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. / El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. / El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2



del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

### **SUB CAPÍTULO II:**

#### **DELITO DE SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO**

El cohecho tiene aplicación también en los escenarios internacionales, puesto que algunas funciones tiene alcance internacional, así si un funcionario o servidor de otro Estado u organismo internacional acepta o recibe un beneficio propio particular para cumplir una conducta o deber funcional está cometiendo delito de soborno internacional pasivo.

#### **1.- Concepto legal de delito de soborno internacional pasivo.-**

de acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo.-** El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones Oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.".

### **SUB CAPÍTULO III:**

#### **COHECHO PASIVO IMPROPIO**

El cohecho pasivo impropio de acuerdo con el código penal tiene los siguientes elementos: 1) realizado por funcionario o servidor público; 2) acto de recibir o aceptar donativo o promesa; 3) beneficio propio, particular del funcionario o servidor público 4) realizar acto propio del cargo.

**Concepto legal del delito de Cohecho pasivo impropio.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 394. Cohecho pasivo impropio.-** El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. / El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

**SUB CAPÍTULO IV:**

**COHECHO PASIVO ESPECÍFICO**

**Concepto de Delito de cohecho pasivo específico.-**

De acuerdo con el ordenamiento jurídico penal los elementos del cohecho pasivo específico son: 1) realizado por el magistrado, árbitro, fiscal, perito, tribuno, o análogo; 2) aceptación de beneficio particular; 3) influir o decidir sobre un caso particular de un administrado; 4) competencia del funcionario específico para conocer.

De acuerdo con el Código Penal, se establece: "**Artículo 395.- Cohecho pasivo específico.-** El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su

conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. / El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.". **CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos).**

#### **SUB CAPÍTULO IV:**

#### **CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES**

Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales es el delito que especifica la sanción de unan parte específica de los servidores públicos que integran el poder judicial, de acuerdo con su ley orgánica, así, cometen este delito los secretario judiciales, relatores, especialistas jurisdiccionales o uno análogo, cando recibe o acepta, conducta ilícita, un beneficio particular.

#### **Concepto legal del delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales**

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 396. Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales.-** Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa." **CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos).**

**SUB CAPÍTULO VI:**  
**DELITO DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO**

**1.- Concepto legal del delito de cohecho activo genérico.-**

El delito de cohecho activo genérico tiene, de acuerdo con el código penal, los siguientes elementos: 1) particular que ofrece da o promete bien; 3) funcionario que recibe bien o promesa; 3) actos funcionales en compraventa; 4) omisión u acción de actos funcionales propio o impropios.

El cohecho activo se trata de la conducta ilícita iniciativa del particular. Es decir, quien da la iniciativa para el ilícito es una persona particular y no el funcionario que es la persona pasiva.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 397. Cohecho activo genérico:** El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. / El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.". CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos).

**SUB CAPÍTULO VII:**  
**COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL**

**El cohecho activo trasnacional es aquella conducta por la cual una persona particular ofrece, da promete un beneficio o ventaja o promesa**

**a cambio de que el funcionario de otro estado realice una función propio de su cargo o impropia de su cargo.**

### **1.- Concepto Legal de Cohecho activo transnacional**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional.-** El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.". Concordancias: **Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos).**

## **SUB CAPÍTULO VIII:** **COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO**

Se trata del cohecho activo específico cuando la conducta sancionada es la del particular que compra la función de un magistrado, fiscal, tribuno, perito, árbitro o análogo, a cambio de un beneficio particular, y rompiendo o violando el deber público.

### **1.- Concepto legal del delito de cohecho activo específico**

De acuerdo con el Código Penal se establece que: "**Artículo 398. Cohecho activo específico.-** El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria

conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. / Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. / Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

**CONCORDANCIAS:** Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

### **SUB CAPÍTULO IX:**

#### **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO**

##### **1.- CONCEPTO DOCTRINARIO**

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido es un tipo delictivo especial porque explica que existen límites a la actividad laboral; esto es que una persona pueda realizar actividades indistintamente de su posición social, pública. Así, la persona que ingresa al servicio de la administración pública ya no puede realizar ciertos actos o negocios por diversos motivos, como la incompatibilidad, por razones de parentesco, o la incompatibilidad por razones de negociación. Así un funcionario o servidor público no puede realizar negocios en aquella institución en la que trabaja, puesto que siendo un interés privado, su función es pública, por lo cual existe evidentemente un conflicto de intereses.

Manuel Ossorio señala al respecto: “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.- En Derecho Penal constituye un delito contra la

administración pública, que se configura por el hecho de que un funcionario público, ya sea directamente, ya sea por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier operación en que intervenga por razón de su cargo. La norma penal comprende también a personas que no ejerzan función pública, como los contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, así como los tutores, curadores, albaceas y síndicos, respecto de los pertenecientes a pupilos o tutelados, testamentarías o concursos.”.

## **2.- Concepto legal del delito de Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.-**

Del código penal el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido tiene los siguientes elementos: 1) funcionario, o servidor público; 2) interés propio indebido; 3) condición o participación del funcionario en proceso que le interesa.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.-** El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.". CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos).

### **SUB CAPÍTULO X:**

#### **TRÁFICO DE INFLUENCIAS**

##### **1.- Concepto doctrinario del delito de tráfico de influencias**

El delito de tráfico de influencia es aquella conducta por la cual se vende las influencias, a cambio de un beneficio propio. Las influencias son aquellas

potestades, facultades o factores de probabilidad para incidir en las decisiones de otros. Esta influencia, en este caso delictivo, es utilizada como objeto de mercancía, y negociada a cambio de un beneficio. No interesa que la venta de la influencia sea cierta o simulada, sino que se haya vendido dicha influencia. Esto podría constituir estafa? En otros casos, pero si se trata de influencia sobre funcionarios o servidores públicos es delito de tráfico de influencias.

Según Jorge H. Álvarez, el delito de tráfico de influencias “Es un delito de acción dolosa cuya conducta consiste en invocar influencias sean –estas reales o simuladas, con el deliberado propósito de obtener un donativo, promesas, o cualquier otra ventaja, ofreciéndose interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. / El agente invocando influencias, percibe un beneficio indebido cualquiera a cambio de su mediación directa; estos actos reprochables denotan un tráfico que tiene como objeto la función pública.” (Álvarez, 2002, pág. 213).

## **2.- Concepto legal del delito de tráfico de influencias**

De acuerdo con el ordenamiento jurídico penal los elementos son: 1) venta o invocación de influencias; 2) ofrecimiento de un beneficio a cambio de una influencia.

En este caso existen tres agentes participantes en el delito, aquella persona que vende u ofrece o invoca la venta de una influencia, aquella persona que compra la influencia y el funcionario o servidor que acepta la influencia.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 400. Tráfico de influencias.-** El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso



judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos)

### **Jurisprudencia sobre el delito de tráfico de influencias.-**

El delito de tráfico de influencias, en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC, prescribe:

"21. De otro lado, para el caso del delito de tráfico de influencias, de una lectura de la norma penal, tanto en su versión actual como la que es materia de cuestionamiento, se advierte que este delito supone que quien invoca ser titular de influencias reciba *"...donativo o promesa o cualquier otra ventaja"* y que posteriormente el titular de las influencias se comprometa a *"...interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo..."*.

Es decir, la disposición no está dirigida a reprimir en concreto actos irregulares cometidos por el propio funcionario sino que se dirige a la conducta de un tercero que, teniendo influencia sobre aquél, promete interceder en beneficio de los intereses de particulares. Al respecto, desde el Derecho penal se ha entendido que la tipificación penal de actos de Tráfico de Influencias supone una suerte de adelantamiento de la persecución penal hasta un momento previo a la posible comisión de actos de corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa (Cfr. San Martín, et al, Los delitos de Tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito y asociación

para delinquir. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 27). De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos.” ( el subrayado es nuestro).

De dicho texto se desprende que es una especie de “adelantamiento de la persecución penal hasta un momento previo a la posible comisión de actos de corrupción”.

## **SUB CAPÍTULO XI:** **DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

### **1.- Concepto doctrinal del delito de enriquecimiento ilícito**

El delito de enriquecimiento ilícito es una modalidad que sanciona una conducta específica, aprovecharse del cargo público para enriquecerse ilegalmente, es decir, que la riqueza no sea del producto de su trabajo, sino del uso o abuso del cargo, que consiste en cualquier conducta no tipificada, eso da otro esquema de determinación del delito, así se prueba no por descubrir el hecho delictivo en sí (la forma cómo se han enriquecido), sino por el desbalance patrimonial entre lo que gana por el Estado o rentas propias, y lo que posee como propiedad o riqueza, así como los signos exteriores de riqueza.

Según Jorge H. Álvarez, el delito de Enriquecimiento ilícito “Es un delito de connotación genérica y subsidiaria de acción dolosa que consiste en aprovecharse o hacer uso indebido del cargo para enriquecerse ilícitamente, mediante cualquier conducta que no esté tipificada como figura propia, tendiente a incrementar su patrimonio con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el

ejercicio de sus funciones, y que no puede ser razonablemente justificado por el mismo agente involucrado.” (Álvarez, 2002, pág. 224).

## **2.- Concepto legal del delito de enriquecimiento ilícito.-**

De acuerdo con el código penal los elementos del delito de enriquecimiento ilícito son: 1) perpetrado por funcionario o servidor público; 2) abuso de cargo o poder público; 3) incremento ilícito del patrimonio. Como se puede observar no existe identificado a otro sujeto participativo del delito, pero si existe una condición económica sin correspondencia con el estatus laboral.

Tiene sus agravantes, como haber ocupado altos cargos públicos, o tener las prerrogativas del antejucio y la acusación constitucional.

Según el Código Penal se establece: "**Artículo 401. Enriquecimiento ilícito.-** El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. / Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejucio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. / Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”. CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Art. 3 (Delitos comprendidos).

## **SUB CAPÍTULO XII:**

### **DECOMISO**

#### **1.- Concepto Legal de Decomiso**

De acuerdo con el Código Penal se prescribe: "**Artículo 401 A.-** En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados.". (Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10-05-92).

## **TITULO III:**

### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Los delitos cometidos contra la administración de justicia son aquellos que vulneran un bien jurídico específico: la justicia y dentro de sus modalidades encontramos los delitos de denuncia calumniosa, ocultamiento de menos a las investigaciones, encubrimiento personal, encubrimiento real, omisión de denuncia, fuga del lugar del accidente de tránsito, falsedad en juicio, obstrucción de la justicia, revelación indebida de identidad, avocamiento ilegal de proceso en trámite, falsa declaración den procedimiento administrativo, expedición de prueba o informe falso en proceso judicial, evasión mediante violencia o amenaza, favorecimiento a la fuga, amotinamiento de detenido o interno, fraude procesal, ejercicio arbitrario de derecho o justicia por propia mano, insolvencia provocada, prevaricato, detención ilegal, prohibición de conocer un proceso que patrocinar, patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial, denegación y retardo de justicia, negativa a administrar justicia, negativa al cumplimiento de obligación del notario y auxiliares jurisdiccionales, omisión del ejercicio de la acción penal.

Los delitos contra la administración de justicia, son de un carácter especial, tienen un objeto jurídico o bien jurídico específico: la administración de justicia; no digamos la justicia porque aquella es propia de los procesos, sin el funcionamiento o proceso para llegar a la justicia. En las corrientes contemporáneas se han ensayado sustituir la palabra

administración por impartición de justicia, esto para indicar que la justicia no es un acto comercial, que el juez no es un administrador, a la manera de los comerciantes, sino que es más bien alguien que imparte justicia porque solo se administra lo que se tiene y la justicia no es un objeto sino un producto, es decir, un resultado, no es a priori, sino posteriori al hecho mismo. Impartir significaría así, un acto producto de aquel proceso. No obstante creemos que el sentido de administración es el más adecuado porque dentro de una sociedad el juez se encuentra como un integrante más, lo que significa que está dentro del sistema siendo que la administración de la sociedad corresponde al diversos actores o administrados, porque administra es dar gestión o conducir o direccionar lo administrado que por tal no le pertenece al administrador, así el juez solo es el administrador de la justicia no es dueño de la justicia, porque aquella no sale de su poder arbitrario, sino de la expedición de un proceso y los márgenes permitidos por la ley y las fuentes del derecho. Esta administración de la justicia permite concebir que aquella responde a la organización social denominada Estado u organización social legitimada. Vulnerar esta organización social requiere una respuesta rápida y efectiva que solo puede encargarse a un tercero imparcial, que es en este caso el que administra la justicia, es decir, el juez.

## **CAPITULO I:**

### **DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

Los delitos contra la función jurisdiccional se refieren a una conducta jurisdiccional, es decir aquellos referidos a los abogados para que se administre la justicia; por lo cual dichas conductas se separan de cualquier otra.

## **SUB CAPÍTULO I:**

### **DELITO DE DENUNCIA CALUMNIOSA**

### **1.- Concepto doctrinario del delito de denuncia calumniosa**

Delito de denuncia calumniosa es aquel ilícito que integra un delito contra el honor como la calumnia, que es imputar un delito a una persona, siendo que la denuncia es aquel acto que formaliza la investigación penal contra una persona; así la denuncia calumniosa es la imputación falsa de un delito, por quien sabe conscientemente que aquella imputación es falsa.

Las nociones de denuncia calumniosa tiene que ver con varios factores, la conciencia o conocimiento de la verdad y la calumnia o perjuicio en el honor de la persona, «imputación falsa de un delito». La denuncia es un acto mediante el cual a través de un instrumento de comunicación (oral, escrito, virtual) se afirma ser conocedor de un hecho ilícito, delictivo, y que se sabe e imputa quién es el responsable, autor, coautor, de dicho acto ilícito.

Asimismo, según información digital se expresa: “Para la existencia del delito de denuncia calumniosa se requiere que la persona efectúe la denuncia sabiendo que el delito no existe, por lo que al existir este, pero no haberse demostrado la responsabilidad del denunciado, no se configura el mismo.” (Recuperado de la url:[http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere\\_pen\\_proce\\_penal/serie\\_jurisprud4/467-492.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/serie_jurisprud4/467-492.pdf)).

Existe sin embargo el hecho de que no procede el delito de denuncia calumniosa si la denuncia ha tenido motivos razonables, por lo tanto incluso no corresponde indemnización por daños y perjuicios.

Así también, en el Exp. N.º 98-0531-HUARAZ. Huaraz, de fecha 23 de marzo de 1999, del Distrito Judicial de Ancash, se desprendería: “CASO 36 / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL RESPONSABILIDAD POR DENUNCIA CALUMNIOSA En aplicación de lo dispuesto en el artículo 1982º del Código Civil, no corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, ante la existencia de motivos razonables, denuncia ante

autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible. Se presume la existencia de «motivos atendibles» cuando la denuncia presentada es formalizada por el Ministerio Público.” (Recuperado por la url: [http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho\\_civil/serie\\_jurisp\\_02/159-194.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_civil/serie_jurisp_02/159-194.pdf)).

Ahora bien, para que se pueda accionar por denuncia calumniosa es necesario que exista un proceso penal acabado, firme, consentido o ejecutoriado y en que se absuelva al imputado por la falta de pruebas; esto es que no se le pudieran vincular certeramente con el delito o el hecho incriminatorio.

No procedería el delito de denuncia calumniosa si la sentencia es absolutoria por duda razonable.

Por su parte, según Jairo Cieza Mora, en su artículo denominado: “La responsabilidad civil por denuncia calumniosa y el abuso del denominado ‘ejercicio regular de un derecho’”, escrito en la revista “Diálogo con la Jurisprudencia”, Nro. 165”, escribe: “Si bien en materia penal el tema de la denominada denuncia calumniosa ha sido poco tratado debo referirme a una conversación sobre el particular con el Dr. José Antonio Caro Jhon, profesor de esta materia quien me señalaba: “este es un tema escasamente tratado en lo penal. Lo cierto es que una denuncia calumniosa solo procede penalmente luego que el proceso ha concluido con una sentencia, naturalmente absolutoria, donde se vea claramente que era forzada la imputación, sin pruebas. Mientras esté en trámite el proceso principal es imposible presentar, accionar por denuncia calumniosa, ya que al imputado le asiste la prognosis de una condena posible, lo que no enerva su estado de inocencia. Se tiene que contar con el proceso principal fenecido y con una absolución para pasar a un nuevo proceso por denuncia calumniosa. Repito, pero es necesario demostrar que ese proceso concluyó en absolución porque la calumnia era tal que no tenía otra forma de fenecer precisamente por la pura

calumnia sin base probatoria. Porque si la absolución es por duda razonable, se caerá la denuncia calumniosa, ya que había la probabilidad razonable de una posible condena, basada en pruebas” (2) (resaltado mío).” (Recuperado de [http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad\\_civil\\_por\\_denuncia\\_calumniosa.pdf](http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad_civil_por_denuncia_calumniosa.pdf)). (pág. 65).

Asimismo se explica que de acuerdo con “El artículo 1982 del Código Civil señala: “Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona atribuyéndole la comisión de un hecho punible”.” (Recuperado de la url: [http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad\\_civil\\_por\\_denuncia\\_calumniosa.pdf](http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad_civil_por_denuncia_calumniosa.pdf)) (pág. 65)

Respecto al tipo de responsabilidad se indica: “Con referencia al tipo de responsabilidad es claro que estamos ante una responsabilidad de carácter subjetiva. Así se puede apreciar de la estructura del artículo 1982 del CC que dos son los presupuestos para que se configure la responsabilidad civil por denuncia calumniosa: a) Que se conozca de la falsedad de la imputación efectuada; b) Que se carezca de un motivo razonable para denunciar.”. (recuperado [http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad\\_civil\\_por\\_denuncia\\_calumniosa.pdf](http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad_civil_por_denuncia_calumniosa.pdf)) (pág. 66).

## **2.- Concepto legal del delito de denuncia calumniosa**

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal, los elementos del delito de denuncia calumniosa: 2) denuncia de un hecho punible, delito; 3) conocimiento de falsedad de la denuncia; 3) simulación de pruebas o indicios; 4) atribución falsa de un delito.



De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Denuncia calumniosa.- Artículo 402.-** El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. / "Cuando la simulación directa o indirecta de pruebas o indicios de su comisión sea efectuada por miembros de la Policía Nacional u otro funcionario o servidor público encargado de la prevención del delito, y que puedan servir de sustento para un proceso penal por tráfico ilícito de drogas, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años.".

### **SUB CAPÍTULO II:**

#### **DELITO DE OCULTAMIENTO DE MENOR A LAS INVESTIGACIONES**

El delito de ocultamiento de menor a las investigaciones, es aquella conducta que reúne do conceptos, ocultamiento que consiste en el acto de esconder, poner fuera de vista o de alcance; y el concepto de menos, que sea una persona menor de edad. Esto en desmedro de las lícitas investigaciones. ¿Podría configurar delito de encubrimiento personal?

#### **1.- Concepto legal del Delito de ocultamiento de menor a las investigaciones**

De acuerdo con el Código Penal se establece “Ocultamiento de menor a las investigaciones.- **Artículo 403.-** El que oculta a un menor de edad a las investigaciones de la justicia o de la que realiza la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.”.

### **SUB CAPÍTULO III:**

#### **ENCUBRIMIENTO PERSONAL**

### **1.- Concepto doctrinario del delito de encubrimiento personal**

El delito de encubrimiento personal es aquella conducta punible porque bloquea el correcto funcionamiento del sistema de justicia, de la persecución del delito; así el encubridor, oculta, sustrae, ayuda, a una persona que ha cometido un delito, y por la cual se burla la acción de la justicia, se frustra la reacción de persecución del delito; se pone en riesgo a la sociedad.

Según indica Pedro Cornejo escribe un artículo denominado “Encubrimiento personal – Perú”: “En palabras de QUINTERO OLIVARES, el encubrimiento es sin duda una conducta dotada de su propio contenido de injusto en la medida en que ayuda al autor o al partícipe en un delito a alcanzar el agotamiento material de sus propósitos o a conseguir burlar la acción de la justicia, con lo cual el injusto cometido cristaliza y hasta se agranda en lo material, amén de que se frustra la reacción punitiva. El encubridor es causa de un nexos que él mismo inicia y que concluye en su propio resultado. El delincuente encubierto lo fue de su cadena causal que concluyó en su propio delito. Una y otra ni se cruzan ni se complementan. Tienen vida táctica y típica distinta. Dicho en nuestras propias palabras: el encubrimiento nace cuando el delito ya se consumó, es decir, el encubridor interviene cuando el autor y el partícipe ya agotaron la realización típica, dando lugar a un nuevo disvalor, que aparece cuando aquél sustrae a un sujeto infractor de la persecución por un delito distinto, no pudiendo darse esta figura en un delito propio.” (Recuperado del internet de la siguiente url: <http://cornejotimote.blogspot.pe/2015/03/encubrimiento-personal-peru.html>).

#### **MANUEL OSSORIO:**

Para Manuel Ossorio existen otros elementos en el delito de encubrimiento personal, como la existencia de un delito anterior, ocultamiento del delincuente, dejar de comunicar de la ubicación del delincuente, entre otros actos. 467-2.- De acuerdo con el código penal los elementos del delito de encubrimiento personal son: 1) ocultamiento o sustracción de un

delincuente, quien cometió un delito; 2) evitar que la acción persecutoria se realice.

Es necesario precisar que encubrir es un concepto en el que se integra la propia responsabilidad por proteger ilícitamente un acto, en este caso a una persona de la persecución de la ley por la comisión de un delito.

Manuel Ossorio escribe al respecto de dicho delito: “Encubrimiento.- Delito que lesiona la administración pública de la justicia como bien jurídicamente protegido. Supone la existencia anterior de un delito y consiste en ocultar a quien lo cometió, en facilitarle la fuga o en hacer desaparecer los rastros o pruebas del delito, o bien en guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio los efectos sustraídos. Igualmente comete encubrimiento quien dejare de comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo, o negare a la autoridad, sin motivo legítimo, el permiso de penetrar en su domicilio para detener al delincuente que se encuentre en él. Si mediara acuerdo previo, el delito no configuraría encubrimiento, sino una participación criminal (v.)” (Ossorio, 1974.).

## **2.- Concepto legal del delito de encubrimiento personal**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo 404.- Encubrimiento personal.-** El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. / Si el Agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa. / Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o

servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.”. CONCORDANCIAS: D.S N° 009-2010-JUS (Aprueban Procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción y otros delitos conexos).

#### **SUB CAPÍTULO IV:**

#### **ENCUBRIMIENTO REAL:**

El encubrimiento real es aquella conducta ilícita por la cual una persona esconde, oculta, sustrae, desaparece, dificulta, un objeto o documento que puede servir como indicio o prueba para demostrar la responsabilidad penal de una persona.

#### **1.- Concepto legal del delito de encubrimiento real.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo 405.- Encubrimiento real.-** El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo o los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.”. CONCORDANCIAS: D.S N° 009-2010-JUS (Aprueban Procedimiento para el pago de la reparación civil a favor del Estado en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción y otros delitos conexos).

**SUB CAPÍTULO V:**  
**EXCUSA ABSOLUTORIA**

**1.- Concepto legal del delito de Excusa absolutoria**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo 406.-** Están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404° y 405° si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.”.

**SUB CAPÍTULO VI:**  
**OMISIÓN DE DENUNCIA**

El delito de omisión de denuncia es aquella conducta funcional por la cual una persona, funcionario o servidor público que tiene la obligación de denunciar cualquier ilícito no lo hace, siendo aquel acto su deber funcional, al no realizarlo está infringiendo su deber, y a su vez cometiendo el delito de omisión de denuncia.

**1.- Concepto legal del delito de omisión de denuncia.-**

De acuerdo el código penal, los elementos del delito de omisión de denuncia son: 1) omisión de comunicar un delito; 2) funcionario o servidor público; 3) deber específico de preservar los bienes públicos; 4) obligación de denuncia de los delitos.

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo 407.- Omisión de denuncia.-** El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. / Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. / Si la omisión está referida a los delitos de genocidio, tortura o desaparición forzada, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años.”

### **SUB CAPÍTULO VII:**

#### **FUGA DEL LUGAR DEL ACCIDENTE DE TRÁNSITO**

El delito de fuga del lugar del accidente de tránsito consiste en aquella conducta que se sanciona cuando una persona ha tenido parte en un accidente de tránsito en donde han existido lesiones o muerte, y la persona para ocultar su identidad se ha ido del lugar, o se hubiera retirado por motivos razonables no ha comunicado inmediatamente del hecho.

Los elementos son: 1) accidente de tránsito o similar; 2) lesiones o muerte; 3) fuga del lugar de los hechos; 4) sustracción de la identidad.

#### **1.- Concepto legal del delito de fuga del lugar del accidente de tránsito.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 408.- Fuga del lugar del accidente de tránsito.-** El que, después de un accidente automovilístico o de otro similar en el que ha tenido parte y del que han resultado lesiones o muerte, se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles, pero omite dar cuenta inmediata a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento veinte días- multa."

### **SUB CAPÍTULO VIII:**

#### **FALSEDAD EN JUICIO**

El delito de falsedad en juicio previene a fin que un proceso no sea vea defraudado, perturbado o distorsionado por la actuación falsa dolosamente de las partes intervinientes. Así, si un testigo declara falsamente y dolosamente, consciente de ello, cometerá delito, así también el perito, que entrega informes falsos, o el intérprete que entrega interpretaciones falsas serán o estarán cometiendo este delito.

Los elementos son: 1) calidad de perito, testigo, intérprete o traductor; 2) declaración falsa de los hechos delictivos; 3) conciencia de la falsedad de sus declaraciones.

### **1.- Concepto legal del delito de falsedad en juicio.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Falsedad en juicio.- Artículo 409.-** El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años. / Si el testigo, en su declaración, atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años. / El Juez puede atenuar la pena hasta límites inferiores al mínimo legal o eximir de sanción, si el agente rectifica espontáneamente su falsa declaración."

## **SUB CAPÍTULO IX:**

### **OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA**

La obstrucción a la justicia es aquella conducta que tiene como efecto el lograr obstruir u obstaculiza a la justicia, estas conductas pueden ser uso de la fuerza física, amenaza, ofrecimiento, concesión de un beneficio a fin de que se preste una declaración testimonial, oral, prueba, o se induce a que se dé una declaración falsa, comete este delito.

Los elementos son 1) uso de la fuerza física, amenaza u ofrecimiento de bien; 2) impedimento u obstaculización; 3) falsedad de los hechos.

### **1.- Concepto legal del delito de obstrucción de la justicia.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia.-** El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o

concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. / Si el hecho se comete respecto en la investigación preliminar o proceso penal por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 296 al 298 o en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.” (\*) Artículo adicionado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007.

### **SUB CAPÍTULO X:**

#### **REVELACIÓN INDEBIDA DE IDENTIDAD:**

El delito de revelación indebida de la identidad es aquella sanción a la persona que revela, pone de conocimiento de cualquier forma de la identidad de personas de los cuales deben mantenerse en reserva, como los testigos protegidos, colaborador eficaz, agraviado, perito protegido, agente encubierto, etc., puesto que se preserve su integridad física y psíquica por causas del proceso.

#### **1.- Concepto legal del delito de revelación indebida de identidad.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Artículo 409-B.- Revelación indebida de identidad.-** El que indebidamente revela la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, Agente Encubierto o especial, o información que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Cuando el Agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.” (\*) Artículo adicionado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007.



## **SUB CAPÍTULO XI:**

### **AVOCAMIENTO ILEGAL DE PROCESO EN TRÁMITE**

El delito de avocamiento ilegal de proceso en trámite es aquel delito que sanciona a la autoridad (juez) que existiendo un procedimiento para un hecho determinado, y conociendo del mismo se avoque, conozca implique competencia. Este acto intenta desvirtuarse las causales por las cuales se puede generar una parcialidad, o ilícito, por parte del juez, en el conocimiento de causas que no le competen. De acuerdo al código penal, los elementos de este delito son 1) autoridad, que conoce una causa; 2) proceso en trámite; 3) conocimiento de la existencia de otro procedimiento igual.

#### **1.- Concepto legal del delito de Avocamiento ilegal de proceso en trámite.-**

De acuerdo con el Código Penal el Delito de avocamiento ilegal de proceso en trámite: “Artículo 410.- La autoridad que, a sabiendas, se avoque a procesos en trámite ante el órgano jurisdiccional, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.”.

## **SUB CAPÍTULO XII:**

### **FALSA DECLARACIÓN EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Falsa declaración en procedimiento administrativo, es aquella por la cual se sanciona a la persona que miente, conscientemente, falsea, respecto de acto que tiene que probar; siendo que aquella persona está obligada por el principio de veracidad establecido en la legislación administrativa. Los elementos que se desprenden del código penal son: 1) procedimiento administrativo vigente; 2) falsa declaración; 3) vulneración del deber de veracidad administrativa.

#### **1.- Concepto legal del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: **“Falsa declaración en procedimiento administrativo.- Artículo 411.-** El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.”.

**SUB CAPÍTULO XIII:**  
**EXPEDICIÓN DE PRUEBA O INFORME FALSO EN PROCESO**  
**JUDICIAL**

El delito de expedición de prueba o informe falso en proceso judicial es aquella conducta por la cual una persona que no es parte en un proceso pudiendo ser perito, testigo, intérprete, etc., emite un informe falso, o se niega o calla la verdad será sancionado con sanción penal. Esta norma intenta evitar la falsedad impune e imponer el principio del deber público que se asume cuando se está ante un proceso judicial, y por la cual, no se puede falsear, o realizar un acto contrario a la verdad, porque estaría obstaculizando la administración de justicia, así como los principios de veracidad. Los elementos que se desprenden del código penal son: 1) legalmente requerido; 2) causa judicial; 3) presentación de prueba o informe falso; 4) negarse a callar la verdad.

**1.- Concepto legal del delito de expedición de prueba o informe falso en proceso judicial.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial.- Artículo 412.- El que, legalmente requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.”.

**SUB CAPÍTULO XIV:**  
**EVASIÓN MEDIANTE VIOLENCIA O AMENAZA**

El delito de evasión mediante violencia o amenaza es aquella conducta por la cual una persona encarcelada, utiliza la amenaza o la violencia para evadir su condición de preso. Los elementos que se desprenden del código penal son: 1) estar privado de la libertad; 2) evasión; 3) uso de la violencia o amenaza.

**1.- Concepto legal del delito de evasión mediante violencia o amenaza**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Evasión mediante violencia o amenaza.- Artículo 413.-** El que, estando legalmente privado de su libertad, se evade por medio de violencia o amenaza, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.”.

**SUB CAPÍTULO XV:**  
**FAVORECIMIENTO A LA FUGA**

El delito de favorecimiento a la fuga es aquella conducta ilícita por la cual una persona ayuda a un preso a evadirse, escaparse de la cárcel y la acción de la ley. Las conductas punibles en este tipo delictivo son: uso de la violencia, amenaza o astucia. Los elementos que se desprenden del código penal son: 1) uso de violencia, amenaza, astucia; 2) ayuda para que un detenido o preso se fugue.

**1.- Concepto legal del delito de favorecimiento a la fuga**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Favorecimiento a la fuga.- Artículo 414.-** El que, por violencia, amenaza o astucia, hace evadir a un preso, detenido o interno o le presta asistencia en cualquier forma para evadirse, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.  
/ Si el agente que hace evadir, o presta asistencia para tal efecto, es funcionario o

servidor público, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. / Si el agente actuó por culpa, la pena será no mayor de un año.”.

### **SUB CAPÍTULO XVI:**

#### **SECCION 16.- AMOTINAMIENTO DE DETENIDO O INTERNO**

El delito de amotinación de detenido o interno es aquella conducta sancionable por la cual una persona que está en condición de detenido o preso utiliza, la amenaza o la violencia contra la autoridad, funcionario o servidor y le obliga a realizar actos para fugarse o evadirse. De acuerdo un código penal se desprenden los siguientes elementos: 1) condición de detenido o interno; 2) amotinamiento; 3) ataque a funcionario o encargado de su custodia; 4) obligar por amenaza o violencia a realizar actos para evadirse, 5) provocación de motín, disturbio.

##### **1.- Concepto legal del delito de Amotinamiento de detenido o interno.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece. “**Artículo 415.- Amotinamiento de detenido o interno.-** El detenido o interno que se amotina atacando a un funcionario del establecimiento o a cualquier persona encargada de su custodia, u obligando por la violencia o amenaza a un funcionario del establecimiento o a cualquier persona encargada de su custodia a practicar o abstenerse de un acto, con el fin de evadirse, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. / Si el agente provoca un motín, disturbio o cualquier violación contra la integridad física de cualquier persona o de la seguridad interna o externa del recinto, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. / Los cabecillas o dirigentes del motín serán sancionados con la pena señalada, aumentada en una tercera parte.”.

**SUB CAPÍTULO XVII:**  
**FRAUDE PROCESAL**

Fraude procesal es aquel delito que sanciona que induce, utiliza ciertos instrumentos para dirigir la voluntad de la persona, a una autoridad, funcionario o servidor público con medios falsos, fraudulentos, y por las cuales induce a error, son sancionados. Los elementos son: 1) utilización de medio fraudulento; 2) inducción a error a funcionario o servidor público; 3) obtención de resolución contraria a ley.

**1.- Concepto del delito de Fraude procesal.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece que el delito de Fraude procesal: “Artículo 416.- El que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario o servidor público para obtener resolución contraria a la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”.

**SUB CAPÍTULO XVIII:**  
**EJERCICIO ARBITRARIO DE DERECHO. JUSTICIA POR PROPIA  
MANO**

El delito de ejercicio arbitrario de derecho, o justicia por propia mano es aquella conducta sancionable cuando una persona e toma la justicia por su propia cuenta, es decir, asume competencia que no le corresponde, puesto que la persecución del delito le corresponde al ministerio público y la policía, y la administración de justicia le corresponde al poder judicial. Los elementos que se desprenden del código penal son: 1) ejercicio de un derecho que no le corresponde; 2) no concurrir a la autoridad 3) hacerse justicia arbitraria por si mismo.

### **1.- Concepto legal del delito de ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano.- Artículo 417.- El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por si mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.”.

### **SUB CAPÍTULO XIX:** **INSOLVENCIA PROVOCADA**

El delito de insolvencia provocada es aquella conducta por la cual una persona con posterioridad a la determinación de una deuda, realiza actos de disposición del dinero, o traslado, o cualquier acto para que no le puedan cobrar, es decir, para aparecer como insolvente. De acuerdo al código penal se desprenden los siguientes elementos: 1) responsable civil por un hecho delictivo; 2) finalidad de eludir la responsabilidad civil; 3) acto realizado después de su determinación como responsable civilmente; 4) actos de disposición, o contraer obligaciones que disminuyen su patrimonio; 5) hacerse total o parcialmente insolvente.

### **1.- Concepto legal del delito de Insolvencia provocada.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece que el delito de insolvencia provocada: “**Artículo 417-A.- Insolvencia provocada.-** El responsable civil por un hecho delictivo que, con posterioridad a la realización del mismo y con la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil correspondiente, realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro. / La misma pena se aplicará a quien como representante de una persona jurídica, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada, con la finalidad de eludir total o parcialmente la

imposición de una consecuencia accesoria en el proceso penal respectivo. / Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos 152 al 153 A, 200, 296 al 298, en la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.” (\*) Artículo adicionado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007.

## **CAPITULO II**

### **PREVARICATO**

#### **SUB CAPÍTULO I:**

##### **PREVARICATO**

#### **1. Concepto doctrinario.-**

El delito de prevaricato es aquella conducta sancionable cuando los funcionarios públicos a sabiendas, con conocimiento o por ignorancia inexcusable emiten decisiones, resoluciones, dictámenes, contrarias a las leyes.

Manuel Osorio hace una interesante observación respecto a la prisión preventiva; así señala cuando un juez dicta prisión preventiva cuando no corresponda según las leyes estará cometiendo prevaricato, así también cometerá este delito si el juez prolonga sin ley expresa, o contrariando las mismas, cuando prolonga la prisión preventiva.

De acuerdo con Manuel Ossorio, “Prevaricación o prevaricato.- Delito que cometen los funcionarios públicos dictando o proponiendo a sabiendas, o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia. | En algunos códigos, como el argentino, tiene significación más concreta, puesto que está referida

únicamente a la administración de justicia, ya que el delito sólo lo cometen: el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él, o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones que hicieren otro tanto; los árbitros y los amigables componedores falsos; el juez que dictare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare **la prisión preventiva** por más tiempo del que hubiere correspondido al delito imputado; el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultanea o sucesivamente, o que de cualquier modo perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada, norma que se extiende a los fiscales, asesores y a todos los funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. Es, pues, un delito contra la administración pública. (V. CONCLUSIÓN.).

## **2.- Concepto legal del delito de prevaricato.-**

Del código penal se desprenden del delito de prevaricato los siguientes elementos: 1) juez o fiscal que emite resolución o dictamen; 2) resolución manifiestamente contrario a la ley; 3) cita de pruebas inexistentes; 4) cita de hechos falsos; 5) cita de leyes supuestas o derogadas en las que apoya su decisión.

De acuerdo con el Código Penal se establece: "**Artículo 418.- Prevaricato.-** El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años."

## **SUB CAPÍTULO II:** **DETENCIÓN ILEGAL**

El delito de detención ilegal es aquella conducta funcional punible del juez que ordena maliciosamente la detención de una persona, o no ordena la liberación de un detenido injustamente. Los elementos que se desprenden



del código penal son: 1) juez; 2) actuación maliciosa; 3) falta de motivación legal; 4) orden de detención arbitraria; 5) no ordenar la libertad de persona que le correspondía.

#### **1.- Concepto legal del delito de Detención ilegal.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Detención ilegal.- Artículo 419.-**

El Juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”.

### **SUB CAPÍTULO III:**

#### **PROHIBICIÓN DE CONOCER UN PROCESO QUE PATROCINÓ**

#### **1.- Concepto del delito de prohibición de conocer un proceso que patrocinó.-**

El delito de prohibición de conocer un proceso que conoció es aquel que sanciona a la conducta de un juez o un fiscal que se avoca, conoce o toma competencia en una causa cuya una de las partes ha sido su patrocinado anteriormente, como abogado. Los elementos que se desprenden del código penal son: 1) juez o fiscal en funciones; 2) conocimiento de un proceso que patrocinó como abogado.

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Prohibición de conocer un proceso que patrocinó.- Artículo 420.-** El Juez o Fiscal que conoce en un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”.

### **SUB CAPÍTULO IV:**

#### **PATROCINIO INDEBIDO DE ABOGADO O MANDATARIO JUDICIAL**

Delito de patrocinio indebido de abogado o mandato judicial es aquella conducta sancionada del abogado o mandatario judicial por haber asumido la

defensa de la parte contraria a la que había también patrocinado. Esto quiere significar que el abogado no utilice su información de su cliente en desvario de su anterior cliente. Los elementos que se desprenden del código penal son: 1) abogado o mandatario judicial; 2) patrocinio de dos partes contrarias.

### **1.- Concepto legal del delito de patrocinio indebido de abogado o mandato judicial.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: **Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial.- Artículo 421.-** El Abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial o administrativo, asume la defensa o representación de la parte contraria en el mismo proceso, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”.

## **CAPITULO III**

### **DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA**

#### **SUB CAPÍTULO I:**

#### **NEGATIVA A ADMINISTRAR JUSTICIA**

Delito de negativa a administrar justicia es aquel delito por el cual el juez se niega a cumplir con su deber funcional de administrar justicia. De acuerdo con el código penal se desprenden los siguientes elementos: 1) juez; 2) negativa a administrar justicia; 3) elusión de juzgar; 4) pretexto de defecto o deficiencia de la ley.

### **1.- Concepto legal del delito de negativa a administrar justicia.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: **“Denegación y retardo de justicia.- Negativa a administrar justicia.- Artículo 422.-** El Juez que se niega a administrar justicia o que elude juzgar bajo pretexto de defecto o deficiencia de la

ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.”

### **SUB CAPÍTULO II:**

#### **NEGATIVA AL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE NOTARIO Y AUXILIARES JURISDICCIONALES**

Delito de negativa al cumplimiento de obligación de notario y auxiliares jurisdiccionales consiste en aquellas conductas de negarse a cumplir con sus deberes funcionales del notario, o del secretario de juzgado, fiscalía, o auxiliar de justicia. Según el código penal, los elementos que se desprenden son: 1) notario, secretario de juzgado, fiscalía o auxiliar jurisdiccional; 2) negación al cumplimiento de sus deberes funcionales; 3) negación a cumplir sus obligaciones legales.

#### **1.- Concepto del delito de negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales.-**

De acuerdo con el Código Penal se establece: “**Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales.- Artículo 423.-** El notario o secretario de juzgado o fiscalía o cualquier otro auxiliar de justicia que se niega a cumplir las obligaciones que legalmente le corresponde, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año, o con treinta a sesenta días-multa.”

### **SUB CAPÍTULO III:**

#### **OMISIÓN DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.**

#### **1.- Concepto legal del delito de omisión de ejercicio de la acción penal.-**

Según el Código Penal se establece respecto al delito de “**Omisión de ejercicio de la acción penal.- Artículo 424.-** El Fiscal que omita ejercitar la acción penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.”.

**DERECHO COMPARADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS  
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
(Legislación comparada)**

**SUB CAPÍTULO: DERECHO COMPARADO SOBRE PRISIÓN  
PREVENTIVA**

**I.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO COMPARADO.-**

La prisión preventiva en los diversos países en América tiene un tratamiento también especial. Así haremos una referencia a los mismos.

**1.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ARGENTINA.-**

De acuerdo con el Código Procesal Penal Argentino, Ley 23,984, la prisión preventiva se encuentra regulada en el capítulo VI.- Prisión Preventiva, artículos 312 al 315. La prisión preventiva es una medida por la cual se aloja en establecimientos diferentes a los dados para los penados, condenados. Así mismo se hace una separación de por sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito atribuido (Art. 313). Además, quienes sufren prisión preventiva pueden a su costo, proveerse de las comodidades que desearan siempre y cuando no afecten las condiciones del régimen carcelario y la asistencia médica. Podrán también recibir visitas íntimas periódicas, sin distinción de sexo; tienen derecho a correspondencia y hasta salir del establecimiento penitenciario con autorización del juez en casos especiales como para cumplir con deberes morales, muerte, gravedad de un pariente próximo. La prisión preventiva no rige para los menores de edad.

El Código Procesal Penal Argentino, Ley 23,984, prescribe respecto a la prisión preventiva lo siguiente:

## CAPITULO VI

### **Prisión preventiva**

Art. 312. - El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando:

1º) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional.

2º) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319.

### **Tratamiento de presos**

Art. 313. - Excepto lo previsto por el artículo siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados. Se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les atribuye.

Podrán procurarse, a sus expensas, las comodidades que no afecten al régimen carcelario y la asistencia médica que necesiten, sin perjuicio de la gratuita que deberá prestarles al establecimiento donde se alojen, por medio de sus médicos oficiales, recibir visitas íntimas periódicas sin distinción de sexo, en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley.

Los jueces podrán autorizarlos, mediante resolución fundada, a salir del establecimiento y ser trasladados bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de algún pariente próximo, por el tiempo que prudencialmente se determine.

### **Prisión domiciliaria**

Art. 314.- El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio.

### **Menores**

Art. 315.- Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica.

## **2.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CHILE.-**

De acuerdo con el Código Procesal Penal de Chile, se establece que la prisión preventiva es una medida aplicada en deficiencia o “insuficiencia” de las demás medidas cautelares para asegurar las finalidades del proceso, seguridad del ofendido o la sociedad (Art. 139 CPP).

La prisión preventiva debe ser requerida por el Ministerio Público o por el querellante, y debe contener los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal, como existencia de antecedentes de la existencia del delito, presumir la participación del imputado en el delito, antecedentes calificados para que sea considerada “indispensable” para el éxito del proceso, o que la libertad del imputado es peligrosa, o posibilidad de fuga, sospecha grave de obstaculización del proceso

La prisión preventiva no procederá en los delitos sancionados con penas pecuniarias o privativas de derecho, delitos de acción privada, o el imputado se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad, todo esto de acuerdo con el artículo 141 del CPP.

El Código Procesal Penal de Chile establece la siguiente normativa:

### ***Párrafo 4º Prisión preventiva***

*Artículo 139.- Procedencia de la prisión preventiva. Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.*

*La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.*

*Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:*

- a) *Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;*
- b) *Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y*
- c) *Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.*

*Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.*

*Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.*

*Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.*

*Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.*

*Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado.*

*Artículo 141. Improcedencia de la prisión preventiva. No se podrá ordenar la prisión preventiva:*

a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos;

b) Cuando se tratare de delitos de acción privada, y

c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6º, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad.

Podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso anterior, cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6º de este Título o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado de conformidad a los artículos 33 y 123. Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante.

Artículo 142.- Tramitación de la solicitud de prisión preventiva. La solicitud de prisión preventiva podrá plantearse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral.

También podrá solicitarse en cualquier etapa de la investigación, respecto del imputado contra quien se hubiere formalizado ésta, caso en el cual el juez fijará una audiencia para la resolución de la solicitud, citando a ella al imputado, su defensor y a los demás intervinientes.

La presencia del imputado y su defensor constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resolviere la solicitud de prisión preventiva.

Una vez expuestos los fundamentos de la solicitud por quien la hubiere formulado, el tribunal oírá en todo caso al defensor, a los demás intervinientes si estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra y al imputado.

Artículo 143.- Resolución sobre la prisión preventiva. Al concluir la audiencia el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión.

Artículo 144.- Modificación y revocación de la resolución sobre la prisión preventiva. La resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento.



*Cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el tribunal podrá rechazarla de plano; asimismo, podrá citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida.*

*Si la prisión preventiva hubiere sido rechazada, ella podrá ser decretada con posterioridad en una audiencia, cuando existieren otros antecedentes que, a juicio del tribunal, justificaren discutir nuevamente su procedencia.*

*Artículo 145.- Substitución de la prisión preventiva y revisión de oficio. En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá substituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del Párrafo 6° de este Título.*

*Transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.*

*Artículo 146.- Caución para reemplazar la prisión preventiva. Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta únicamente para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará.*

*La caución podrá consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal.*

*Artículo 147.- Ejecución de las cauciones económicas. En los casos de rebeldía o cuando el imputado se sustrajere a la ejecución de la pena, se procederá a ejecutar la garantía de acuerdo con las reglas generales y se entregará el monto que se obtuviere a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.*

*Si la caución hubiere sido constituida por un tercero, producida alguna de las circunstancias a que se refiere el inciso anterior, el tribunal ordenará ponerla en conocimiento del tercero interesado, apercibiéndolo con que si el imputado no compareciere dentro de cinco días, se procederá a hacer efectiva la caución.*

*En ambos casos, si la caución no consistiere en dinero o valores, actuará como ejecutante el Consejo de Defensa del Estado, para lo cual el tribunal procederá a poner los antecedentes en su conocimiento, oficiándole al efecto.*

*Artículo 148.- Cancelación de la caución. La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hubieren sido ejecutados con anterioridad:*

*a) Cuando el imputado fuere puesto en prisión preventiva;*

b) Cuando, por resolución firme, se absolviera al imputado, se sobreseyere la causa o se suspendiere condicionalmente el procedimiento, y

c) Cuando se comenzare a ejecutar la pena privativa de libertad o se resolviera que ella no debiere ejecutarse en forma efectiva, siempre que previamente se pagaren la multa y las costas que impusiere la sentencia.

*Artículo 149.- Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva. La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno.*

*Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N°17.798 y N°20.000 y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, el imputado que hubiere sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva no podrá ser puesto en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, susItituyere o revocare la prisión preventiva. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados.*

*En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante.*

*Artículo 150.- Ejecución de la medida de prisión preventiva. El tribunal será competente para supervisar la ejecución de la prisión preventiva que ordenare en las causas de que conociere. A él corresponderá conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida.*

*La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos.*

*El imputado será tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que*

*las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto.*

*El tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad.*

*El tribunal podrá excepcionalmente conceder al imputado permiso de salida por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del referido permiso, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva.*

*Artículo 151.- Prohibición de comunicaciones. El tribunal podrá, a petición del fiscal, restringir o prohibir las comunicaciones del detenido o preso hasta por un máximo de diez días, cuando considerare que ello resulta necesario para el exitoso desarrollo de la investigación. En todo caso esta facultad no podrá restringir el acceso del imputado a su abogado en los términos del artículo 94, letra f), ni al propio tribunal. Tampoco se podrá restringir su acceso a una apropiada atención médica.*

*El tribunal deberá instruir a la autoridad encargada del recinto en que el imputado se encontrare acerca del modo de llevar a efecto la medida, el que en ningún caso podrá consistir en el encierro en celdas de castigo.*

*Artículo 152.- Límites temporales de la prisión preventiva. El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado.*

*En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.*

*Artículo 153.- Término de la prisión preventiva por absolución o sobreseimiento. El tribunal deberá poner término a la prisión preventiva cuando dictare sentencia absolutoria y cuando decretare sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encontraren ejecutoriadas.*

*En los casos indicados en el inciso precedente, se podrá imponer alguna de las medidas señaladas en el párrafo 6° de este Título, cuando se consideraren necesarias para asegurar la presencia del imputado.*

***Párrafo 5° Requisitos comunes a la prisión preventiva y a la detención***

*Artículo 154.- Orden Judicial. Toda orden de prisión preventiva o de detención será expedida por escrito por el tribunal y contendrá:*

- a) El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren;*
- b) El motivo de la prisión o detención, y*
- c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere.*

*Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 9º para los casos urgentes.*

### **3.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN COSTA RICA.-**

En Costa Rica la Prisión Preventiva se encuentra regulada en el Código Procesal Penal, en el Título I, Medidas Cautelares de carácter personal, desde el artículo 238 al 243. La prisión preventiva es considerada una medida cautelar de carácter personal, que se aplica mediante resolución judicial fundada, y sólo dentro de los límites para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Quien tiene a cargo de solicitar la prisión preventiva es el Ministerio Público; siendo que la prueba de sus fundamentos y petición debe ser aportada por el Ministerio Público o por la defensa. Importa también la aplicación del principio de proporcionalidad por la cual la privación de la libertad debe ser proporcional a la pena que se pueda imponer.

De acuerdo con el artículo 239 de este código se necesitan las siguientes circunstancias: 1) elementos de convicción suficientes de probabilidad de autoría o participación del imputado en el delito; 2) Presunción razonable de peligro de fuga u obstaculización del proceso; 3) determinación de que el delito atribuido esté reprimido con pena privativa de la libertad; 4) Peligro o situación de riesgo de la víctima, denunciante o testigo, observando si existe relación matrimonial o unión de hecho; o cuando: 1) Exista flagrancia en delitos determinados como delitos contra la vida, sexualidad, propiedad, drogas, etc.; 2) Que el supuesto

imputado haya sido sometido al menos en dos procesos penales en los que medie la violencia; 3) Reincidentes; 4) Delincuencia organizada.

La presunción de fuga es una circunstancia especial, puesto que la falsedad de la información o de actualización del domicilio podrá ser constitutivo para que de aquella presunción de fuga.

El Código Procesal Penal de Costa Rica prescribe respecto de la Prisión Preventiva lo siguiente:

### **MEDIDAS CAUTELARES**

#### **TITULO I**

#### **MEDIDAS CAUTELARES DE CARACTER PERSONAL**

##### *Artículo 238.- Aplicación de la prisión preventiva*

*La prisión preventiva solo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este Código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley. Cuando el Ministerio Público estime que procede la prisión preventiva, solicitará al juez correspondiente que convoque a una audiencia oral, en la que se discutirá sobre la procedencia o no de esa medida. Si la persona se encontrare detenida, la solicitud de audiencia deberá pedirse dentro de las veinticuatro horas, contadas desde que el encausado se puso a la orden del juez; la audiencia deberá celebrarse dentro de las cuarenta y ocho horas y la resolución deberá ser dictada dentro de ese plazo.*

*Corresponde al Ministerio Público y la defensa del imputado, aportar la prueba en la que fundamente sus peticiones.*

*Terminada la audiencia, el juez resolverá sobre lo solicitado. Si contare con medios de grabación, el respaldo de ellos será suficiente para acreditar la existencia de la celebración de la audiencia y de lo resuelto.*

*Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados.*

*La privación de libertad, durante el procedimiento, deberá ser proporcional a la pena que pueda imponerse en el caso. (Así reformado por el artículo 16 de la ley Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009).*

##### **ARTICULO 239.-**

##### ***Procedencia de la prisión preventiva***

*El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias:*

*a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él.*

*b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.*

*c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.*

*d) Exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. (Así adicionado el inciso anterior mediante el artículo 45 de la ley N° 8589 del 25 de abril del 2007).*

#### *Artículo 239 bis.- Otras causales de prisión preventiva*

*Previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales, el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política :*

*a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupeficientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.*

*b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos. c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.*

*d) Se trate de delincuencia organizada. (Así adicionado por el artículo 17 de la ley Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009).*

**ARTICULO 240.-**

*Peligro de fuga Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:*

*a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.*

*b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso.*

*c) La magnitud del daño causado.*

*d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.*

**ARTICULO 241.-**

*Peligro de obstaculización Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:*

*a) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.*

*b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos. El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del debate.*

**ARTICULO 242.-**

*Prueba para la aplicación de medidas cautelares El fiscal o, en su caso el Tribunal, podrán recibir prueba, de oficio o a solicitud de parte, con el fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar.*

*Dicha prueba se agregará a un legajo especial cuando no sea posible incorporarla al debate. El tribunal valorará estos elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas en este Código y exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida cautelar. Si el tribunal lo estima necesario, antes de pronunciarse, podrá convocar a una audiencia oral para oír a las partes o para recibir directamente la prueba. De dicha audiencia se levantará un acta.*

*ARTICULO 243.-*

*Resolución que acuerda la prisión preventiva La prisión preventiva sólo podrá decretarse por resolución debidamente fundamentada, en la cual se expresen cada uno de los presupuestos que la motivan. El auto deberá contener:*

- a) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo.*
- b) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen.*
- c) La indicación de las razones por las cuales el tribunal estima que los presupuestos que motivan la medida concurren en el caso.*
- d) La cita de las disposiciones penales aplicables.*
- e) La fecha en que vence el plazo máximo de privación de libertad.*

**4.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR.-**

La prisión preventiva se encuentra regulada dentro de las medidas cautelares de carácter personal (Art. 160, inc. 13 del Código de Procedimiento Penal).

La prisión preventiva en Ecuador es una de las medidas cautelares, y se aplica cuando el juez lo considera necesario para “garantizar la comparecencia del procesado o acusado”, o para “asegurar la pena. Los requisitos necesarios son que existan indicios sobre un delito, indicios sobre responsabilidad del autor o cómplice, delito superior a un año, indicios para asegurar la comparecencia del procesado, indicios que otras medidas son insuficientes.

El fiscal debe “motivar” la solicitud de la prisión preventiva, y demostrar la “necesidad” de la misma medida cautelar. Se llevará a cabo en audiencia pública, oral y contradictoria. La medida será dictada por el juez de garantías penales a petición del fiscal.

Puede producirse la caducidad de la prisión preventiva al excederse el plazo establecido, y en consecuencia a excarcelación.

Así también está prohibido la aplicación de la prisión preventiva en procesos por delitos de acción privada en las que no exista prescrita la pena privativa de la libertad.



La prisión preventiva se encuentra regulada dentro de las medidas cautelares de carácter personal (Art. 160, inc. 13 del Código de Procedimiento Penal). El Art. 160 determina las clases de medidas cautelares de carácter personal, como: 13) La prisión preventiva. La normativa al respecto es la siguiente:

#### *CAPITULO IV*

##### *LA PRISION PREVENTIVA*

*Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:*

- 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;*
- 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y,*
- 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.*
- 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.*
- 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.*

*Nota: Artículo reformado por Art. 11 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.*

*Nota: Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.*

*Art. ...- La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.*

*Si el juez de garantías penales resuelve no ordenar la prisión preventiva, y se estableciera que la libertad del procesado puede poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica del ofendido, testigos o de otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de amparo previstas en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal.*

*Si se trata de delitos sexuales o de lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas de amparo adoptadas por la*

*Fiscalía, el juez de garantías penales prohibirá que el procesado tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o algún miembro de su familia.*

*Toda medida de prisión preventiva se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria, en la misma que el juez de garantías penales resolverá sobre el requerimiento fiscal de esta medida cautelar, y sobre las solicitudes de sustitución u ofrecimiento de caución que se formulen al respecto.*

*En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción, o el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, en la forma y términos previstos en este Código.*

*Nota: Artículo agregado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.*

*Art. 168.- Competencia, forma y contenido de la decisión.- El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado por el juez de garantías penales, a petición del Fiscal y debe contener:*

- 1. Los datos personales del procesado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;*
- 2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva;*
- 3. La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior; y,*
- 4. La cita de las disposiciones legales, aplicables.*

*Nota: Artículo reformado por Art. 12 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.*

*Nota: Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.*

*Art. 169.- Caducidad de la prisión preventiva.- La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión.*

*En ambos casos, el plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva.*

*Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez de garantías penales que conoce la causa.*

*Cuando se excedieren los plazos dispuestos por las normas constitucionales y del Código del Procedimiento Penal y se produjere la caducidad de la prisión preventiva, concediéndose, como consecuencia de ello la libertad de quien se halle efectivamente privado de ella, el Juez de garantías penales o Tribunal de Garantías Penales competente, remitirá obligatoriamente e*

*inmediatamente el expediente completo de cada caso al Consejo Nacional de la Judicatura, órgano que llevará un registro individualizado de estos hechos.*

*Si no pudiera realizarse la audiencia de juzgamiento por inasistencia de los imputados, de los testigos considerados indispensables para la resolución del caso, de los peritos, de los intérpretes o de los abogados defensores de los acusados, es decir por causas no imputables a la administración de justicia, dicha inasistencia suspenderá ipso jure el decurso de los plazos determinados en este artículo hasta la fecha en que efectivamente se realice la audiencia de juzgamiento. Lo anterior sin perjuicio de la necesaria constancia procesal respecto de la suspensión en cada expediente por parte del respectivo secretario.*

*No se considerará, por consiguiente, que ha excedido el plazo de caducidad de prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva.*

*Lo señalado en los incisos precedentes comprende las actuaciones unilaterales del imputado o acusado cuando, con deslealtad procesal provoquen incidentes o dilaciones al trámite del proceso que no correspondan al derecho de impugnación a una resolución o sentencia, o incumplan en forma deliberada las disposiciones del Juez de garantías penales o Tribunal de Garantías Penales para que se presenten a las audiencias legalmente convocadas y notificadas, evidenciando la intención de retardar el desarrollo normal del proceso para beneficiarse de una futura declaratoria de caducidad.*

*Para la determinación de dicho plazo tampoco se computará el tiempo que haya transcurrido entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de los fallos sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando éstas hayan sido negadas.*

*Producida la caducidad de la prisión preventiva, en la misma providencia que la declare el juez de garantías penales dispondrá que el procesado quede sujeto a la obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales y la prohibición de ausentarse del país, o una sola de estas medidas si la estimare suficiente, para garantizar la inmediación del procesado con el proceso.*

*Nota: Interprétase el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que si no pudiera realizarse la audiencia de juzgamiento por inasistencia de los imputados, de los testigos considerados indispensables para la resolución del caso, de los peritos, de los intérpretes o de los abogados defensores de los acusados, es decir por causas no imputables a la administración de justicia, dicha inasistencia suspenderá ipso jure el decurso de los plazos determinados en el artículo materia de esta interpretación, hasta la fecha en que efectivamente se realice la audiencia de juzgamiento. Lo anterior sin perjuicio de la necesaria constancia procesal respecto de la suspensión en cada expediente por parte del respectivo Secretario.*

*No se considerará, por consiguiente, que ha excedido el plazo de caducidad de prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva. Dada por Ley No. 91, publicada en Registro Oficial Suplemento 194 de 19 de Octubre del 2007.*

*Nota: Inciso 4o. agregado por Art. 13 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.*

*Nota: Incisos 5o, 6o, 7o. y 8o. agregados por Ley No. 94, publicada en Registro Oficial Suplemento 203 de 1 de Noviembre del 2007.*

*Nota: Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.*

*Art. 170.- Revocatoria o suspensión de la prisión preventiva.*

*La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:*

- 1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;*
- 2. Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído;*
- 3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa;*

*y,*

- 4. Cuando su duración exceda los plazos previstos en el artículo 169.*

*Se suspenderá la prisión preventiva cuando el procesado o acusado rinda caución.*

*Vencido los plazos previstos en el numeral 4, no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva, "salvo la detención en firme".*

*Nota: Texto entre comillas, declarado inconstitucional por Resolución del Tribunal Constitucional No. 0002-2005-TC, publicada en Registro Oficial Suplemento 382 de 23 de Octubre del 2006.*

*Nota: Artículo reformado por Art. 14 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.*

*Nota: Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009. Lexis S.A.*

*Art. 171.- Revisión.- El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:*

- a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen;*
- b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad.*

*Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de sesenta años*

*de edad, o una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen.*

*Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio.*

*Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar.*

*Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto.*

*El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Policía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica.*

*Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución.*

*El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.*

*La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales.*

*Nota: Artículo sustituido por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.*

*Art. 172.- El procesado o el fiscal, pueden apelar de la orden de prisión preventiva impuesta o negada por el juez de garantías penales cuando consideren que hubo errónea valoración de los elementos aportados por las partes para la adopción de la resolución. Su trámite se realizará conforme a lo establecido en el presente Código.*

*La impugnación y la concesión del recurso no tendrán efecto suspensivo, ni serán causa que obstaculice la prosecución de la investigación fiscal o del proceso.*

*Para conocer y resolver la apelación, se enviará copia del proceso al superior.*

*La Sala a la que le corresponda, resolverá por el mérito de lo actuado en un plazo de cinco días; de no hacerlo, el superior jerárquico impondrá a los respectivos jueces la multa de un salario mínimo vital por cada día de retraso; si el atraso fuere causado por una de las salas de la Corte Nacional la sanción será impuesta por el tribunal en Pleno, con exclusión de los jueces que incurrieron en el retraso.*

*Nota: Artículo reformado por Art. 15 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.*

*Nota: Artículo sustituido por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.*

*Art. 173.- Prohibición.- No se puede ordenar la prisión preventiva en los juicios por delitos de acción privada, en los que no tengan prevista pena privativa de libertad, ni en las infracciones que se sancionan con una pena que no exceda de un año de prisión, independientemente de la pena que pueda imponerse en la sentencia.*

## **5. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN GUATEMALA.-**

La prisión preventiva en Guatemala se encuentra regulada en el Código Procesal Penal, y se aplica cuando exista un hecho punible, motivos racionales suficientes, y después de oír al sindicado; se dicta para asegurar la presencia del imputado al proceso y sólo si es indispensable. El juez dicta su decisión enunciando datos personales, hechos atribuidos, fundamentos, y normas penales aplicables. Siendo que la prisión preventiva no se dictará en “delitos menos graves”, a excepción que exista presunción de fuga u obstaculización de la verdad. Además, sólo se dictará prisión preventiva en aquellos delitos que tengan como sanción la pena privativa de la libertad.

Para considerar el peligro de fuga se tendrá en cuenta el arraigo en el país, domicilio, residencia habitual, asiento de familia, negocios o trabajo y facilidad para abandonar el país o permanecer oculto; así mismo se debe considerar que se espera una pena al final del proceso; así mismo se considera el daño resarcible y actitud del sindicado en el procedimiento o ante otro procedimiento; así como su conducta.

El peligro de obstaculización se tiene en cuenta si el sindicato puede destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, o, influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal, o inducir a otros estas conductas.

El Código Procesal Penal de Guatemala establece la siguiente normatividad:

*Artículo 259. (Prisión preventiva). Se podrá ordenar la prisión preventiva, después de oír al sindicado, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en él.*

*La libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso.*

*Artículo 260. (Forma y contenido de la decisión). El auto de prisión será dictado por el juez o tribunal competente, y deberá contener:*

- 1) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo.*
- 2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen.*
- 3) Los fundamentos, con la indicación concreta de los presupuestos que motivan la medida.*
- 4) La cita de las disposiciones penales aplicables.*

*Artículo 261. (Casos de excepción). En delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción.*

*Artículo 262. (Peligro de fuga). Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:*

- 1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.*
- 2) La pena que se espera como resultado del procedimiento.*
- 3) La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él.*
- 4) El comportamiento del sindicado o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y*
- 5) La conducta anterior del imputado.*

*Artículo 263. (Peligro de obstaculización). Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría:*

*1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba.*

*2) Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.*

*3) Inducir a otros a realizar tales comportamientos.*

## **6.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN HONDURAS.-**

La prisión preventiva en Honduras se encuentra prescrita en el artículo 113, inciso 3 del Código Procesal Penal, como una de las medidas cautelares, y se la define como “la privación de la libertad, durante el proceso, dictada por órgano competente, hasta que la “sentencia definitiva adquiera el carácter de firme”.

Es necesario para aplicar la prisión preventiva que se puedan producir el peligro de fuga del imputado, obstrucción de la investigación, riesgo de reintegrarse a actividad delictiva, riesgo de utilización de medios para entorpecer la investigación, actos de represalias contra denunciante o acusador. Además, se consignará la causa que funde la misma.

Se considera también las definiciones de peligro de fuga del imputado, con sus requisitos, como la falta de arraigo del país, así como la gravedad de la pena, la importancia del daño a indemnizar, la actitud del imputado, frente al daño, en el proceso.

El peligro de obstrucción se considera si existen indicios que el imputado destruya, modifique, oculte, suprima o falsifique la prueba existente; así como si influirá en otros para informar falsamente, o inducirá a otros interesados a conductas indicadas.



No aplicará la prisión preventiva en los delitos que no sean sancionados con pena privativa de la libertad o en aquellos en que la pena sea inferior a cinco años de carcelería.

Así tampoco la prisión preventiva no se podrá aplicar a personas mayores de 60 años, mujeres embarazadas, madres lactantes, enfermos en fase terminal.

La Prisión preventiva se encuentra en el Art. 113, inc. 3, dentro de las medidas cautelares, en el Código Procesal Penal, y se regula por la siguiente normatividad:

*Artículo ° 178*

*DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.*

*Por prisión preventiva se entenderá la privación de libertad que se produzca, durante el proceso, en cumplimiento de la orden emitida por el órgano jurisdiccional competente, hasta que la sentencia definitiva adquiera el carácter de firme.*

*Para ordenar la prisión preventiva, deberá de concurrir alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1. Peligro de fuga del imputado;*
- 2. La posible obstrucción de la investigación por parte del imputado;*
- 3. Riesgo fundado de que el imputado se reintegre a la organización delictiva a la que hay sospecha que pertenece y, utilice los medios que ella le brinde para entorpecer la investigación o facilitar la fuga de otros imputados, y,*
- 4. Riesgo fundado de que el imputado atente o ejecute actos de represalia contra el acusador o denunciante.*

*En la resolución que ordene la prisión preventiva, se deberá consignar expresamente la causa o causas en que se funde, así como los indicios resultantes de las actuaciones practicadas, que se hayan tenido en cuenta para acordarla.*

*Artículo ° 179*

*PELIGRO DE FUGA DEL IMPUTADO. Para determinar si existe peligro de fuga del imputado, se tendrán en cuenta las circunstancias siguientes:*

1. La falta de arraigo en el país, teniendo en cuenta el domicilio del imputado, el asiento de su familia, de sus negocios o de su trabajo, y las facilidades con que cuente para abandonar definitivamente el territorio nacional o para permanecer oculto;

2. La gravedad de la pena que pueda imponerse al imputado, como resultado del proceso;

3. La importancia del daño que deba indemnizar y la actitud del imputado frente al mismo y, en particular, su falta de voluntad reparadora; y,

4. El comportamiento del imputado durante el proceso, en cualquier otro anterior o en las diligencias previas, del que razonablemente pueda inferirse su falta de voluntad para someterse a la investigación o al proceso penal.

#### Artículo ° 180

**PELIGRO DE OBSTRUCCIÓN.** Para decidir acerca del peligro de obstrucción de la investigación, se tendrá en cuenta todo indicio racional del cual se infiera que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará la prueba o pruebas existentes, relacionadas con el delito;

2. Influirá en los demás imputados o en los testigos o peritos, para que informen falsamente sobre lo que saben o para que se comporten de manera desleal o reticente; y,

3. Forzará o inducirá a otros interesados a observar los comportamientos previstos en el numeral anterior.

Los motivos precedentes sólo servirán de fundamento para la prisión preventiva del imputado, hasta la conclusión del debate.

#### Artículo ° 181

**DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.**

La prisión preventiva podrá durar, como regla general, hasta un (1) año.

Cuando la pena aplicable al delito sea superior a seis (6) años, la prisión preventiva podrá durar hasta dos (2) años.

Excepcionalmente, y habida cuenta del grado de dificultad, dispersión o amplitud de la prueba que deba rendirse, la Corte Suprema de Justicia podrá ampliar hasta por seis (6) meses los plazos a que este Artículo se refiere, a solicitud fundada del Ministerio Público.

En ningún caso, la prisión preventiva podrá exceder de la mitad de la duración del mínimo de la pena aplicable al delito.

Una vez dictada la sentencia condenatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse durante la tramitación y resolución del recurso que contra ella pueda interponerse, hasta la mitad de la

*pena impuesta en la sentencia recurrida. Si el máximo así determinado excediere del ordinario establecido en este Artículo, el tribunal, siempre que lo solicite alguna de las partes, oídas las demás, lo acordará por auto motivado.*

*Dentro de dicho plazo, no se contará el tiempo que hayan durado las demoras producidas por gestiones de la defensa, que hayan sido declaradas sin lugar.*

*Si vencido el plazo no ha llegado a su fin el proceso, el imputado será puesto en libertad provisional y sometido a cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Artículo 173, sin perjuicio de la continuación del proceso, hasta que la sentencia adquiera el carácter de firme.*

*Cuando dentro del plazo indicado no se dé fin al proceso, los funcionarios y empleados que hayan dado lugar al retraso por malicia, culpa o negligencia, serán sancionados de conformidad con la ley de la Carrera Judicial, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hayan incurrido. La Corte Suprema de Justicia y el Ministerio Público, velarán por el estricto cumplimiento de lo dispuesto en este párrafo.*

*Artículo ° 182*

*PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Salvo el caso previsto en el Artículo 178 numeral 4) y el Artículo 179 de este Código, en los delitos en los que la pena aplicable no sea privativa de libertad o en aquellos en que el máximo de la pena sea inferior a cinco (5) años de reclusión, no se impondrá la prisión preventiva, sino sólo las medidas sustitutivas, las que serán decretadas, teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza de cada caso.*

*Artículo ° 183*

*CASOS EN QUE NO PODRÁ DECRETARSE PRISIÓN PREVENTIVA.*

*No podrá decretarse prisión preventiva contra:*

- 1.Los mayores de sesenta (60) años; 2.Las mujeres en Estado de embarazo;*
- 3.Las madres durante la lactancia de sus hijos; y,*
- 4.Las personas afectadas por una enfermedad en su fase terminal.*

*En tales casos, la prisión preventiva se sustituirá por arresto domiciliario o internamiento en un centro médico según las circunstancias.*

## **7.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN NICARAGUA.-**

La prisión preventiva está determinada como una medida personal, en el Código Procesal Penal, y por la cual el juez o tribunal con auto motivado, a solicitud de

parte acusadora, y ante la existencia de hecho punible grave, que tenga como sanción la pena privativa de la libertad, no haya prescrito, existan elementos de convicción suficientes para la probabilidad del autor de hecho punible, así como presunción que el imputado no se someterá a proceso, piensa evadir la justicia, obstaculizará la averiguación de la verdad, intimidará a personas que deban declarar, o la personalidad del imputado se puede apreciar que cometa graves delitos o continuará en actividad delictiva.

El peligro de evasión (fuga) se tendrá en cuenta el arraigo en el país, domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, negocios o trabajo, facilidad para abandonar el país u ocultarse, falsedad en la información domiciliaria, pena a imponerse, magnitud del daño causado, comportamiento del imputado.

El peligro de obstaculización, será determinado en la probabilidad fundada que el acusado destruya, modifique, oculte o falsifique elementos de prueba, influya en otros para informar falsamente, influirá en miembros del jurado, funcionarios o empleados de justicia

La prisión preventiva tiene un rasgo característico: “se cumplirá de tal manera que no adquiera las características de una pena ni provoque al acusado más limitaciones que las imprescindibles para evitar su fuga, la obstrucción de la investigación o que continúe en la actividad delictiva”.

La prisión preentiva se encuentra en el Código Procesal Penal, en el Artículo 167, inciso k), por la cual se indica que el juez o tribunal podrá adoptar por auto motivado como medida cautelar la prisión preventiva. La normatividad al respecto es la siguiente:

## **Capítulo II**

### **De la prisión preventiva**

*Arto. 173. Procedencia. El juez, a solicitud de parte acusadora, podrá decretar la prisión preventiva, siempre que concurran las siguientes circunstancias:*

1. *Existencia de un hecho punible grave que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre prescrita;*
2. *Elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de ese hecho punible o partícipe en él, y,*
3. *Presunción razonable, por apreciación de las circunstancias particulares, acerca de alguna de las tres siguientes situaciones:*
  - a) *Que el imputado no se someterá al proceso, porque ha evadido o piensa evadir la justicia;*
  - b) *Que obstaculizará la averiguación de la verdad, intimidando personas que deban declarar, ocultando elementos de convicción o de cualquier otra manera afectando el curso de la investigación, y,*
  - c) *Cuando, por las específicas modalidades y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado, exista peligro concreto de que éste cometa graves delitos mediante el uso de armas u otros medios de intimidación o violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional o delitos de criminalidad organizada o de la misma clase de aquel por el que se proceda, o de que el imputado continuará la actividad delictiva.*

*En todo caso el juez decretará la prisión preventiva, sin que pueda ser sustituida por otra medida cautelar, cuando se trate de delitos graves relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas o con lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas.*

*Arto. 174. Peligro de evasión. Para decidir acerca del peligro de evasión de la justicia se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:*

1. *Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de evasión de la justicia;*
2. *La pena que podría imponerse;*
3. *La magnitud del daño causado, y,*
4. *El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.*

*Arto. 175. Peligro de obstaculización. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la probabilidad fundada de que el acusado:*

1. *Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba;*

2. *Influirá para que otros acusados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, o,*
  3. *Influirá en los miembros del jurado o en los funcionarios o empleados del sistema de justicia.*
- El motivo sólo podrá fundar la prisión hasta la conclusión del Juicio.*

*Arto. 176. Sustitución de prisión preventiva por domiciliaria. El juez puede sustituir la prisión preventiva por prisión domiciliaria, entre otros casos, cuando se trate de:*

1. *Mujeres en los tres últimos meses de embarazo;*
2. *Madres durante la lactancia de sus hijos hasta los seis meses posteriores al nacimiento, o,*
3. *Personas valetudinarias o afectadas por una enfermedad en fase terminal debidamente comprobada.*

*Arto. 177. Auto de prisión preventiva. La prisión preventiva sólo podrá decretarse por auto debidamente fundado, que deberá contener:*

1. *Descripción del hecho o hechos que se atribuyen al acusado;*
2. *Razones por las cuales el tribunal estima que concurren los presupuestos establecidos en este Código, y,*
3. *Cita de las disposiciones legales aplicables.*

*Arto. 178. Lugar de cumplimiento y tratamiento de acusado. Las personas contra quienes se haya dictado prisión preventiva cumplirán ésta en los centros penitenciarios del país, pero en lugares absolutamente separados de los que ocupan quienes hayan sido condenados.*

*El acusado será tratado, en todo momento, como inocente y teniendo en cuenta que se encuentra detenido para el solo efecto de asegurar su comparecencia en el proceso o, en su caso, el cumplimiento de la pena.*

*La prisión preventiva se cumplirá de tal manera que no adquiera las características de una pena ni provoque al acusado más limitaciones que las imprescindibles para evitar su fuga, la obstrucción de la investigación o que continúe en la actividad delictiva.*

*La prisión preventiva sufrida se abonará a la pena de prisión que llegue a imponerse.*

*Arto. 179. Límite después de condena. La prisión preventiva nunca podrá exceder el tiempo de la pena impuesta por la sentencia impugnada y, de ser el caso, bajo responsabilidad, el*

*tribunal que conoce del recurso, de oficio o a petición de parte deberá dictar auto ordenando la libertad inmediata del detenido.*

## **8.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PARAGUAY.-**

La prisión preventiva se encuentra legislada en el artículo 242 y siguientes, del Código Procesal Penal, y por la cual el juez la impondrá, previa derecho de defensa, cuando sea “indispensable”, existan elementos de convicción suficientes del delito grave, sea necesaria la presencia del imputado, existan hechos suficientes de presunción de autoría o participación en el delito, y cuando existan presunción razonable de peligro de fuga o la obstrucción de la investigación.

El peligro de fuga se considerará la falta de arraigo en el país, la pena que podrá ser impuesta, el perjuicio causado, la actitud del imputado ante el perjuicio, el comportamiento en el proceso o en otro anterior, la posible inducción a otros a falsear información. Asimismo, el juez revisará la vigencia de las medidas cautelares privativas de la libertad cada tres meses.

La normatividad al respecto es la siguiente:

### ***Art. 242. PRISIÓN PREVENTIVA.***

*El juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, solo cuando sea indispensable y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos:*

- 1) que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave;*
- 2) sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y,*
- 3) cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación.*

### ***Art. 243. PELIGRO DE FUGA.***

*Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:*

- 1) la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;*
- 2) la pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento;*
- 3) la importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él; y,*

4) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse  
3) inducirá a otros a efectuar tales comportamientos.

Estos motivos sólo podrán servir de fundamento para la prisión preventiva del imputado hasta la conclusión del juicio.

*Art. 245. MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:*

1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;

2) la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;

3) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;

4) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez;

5) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares;

6) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, y;

7) la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

El juez podrá imponer una o varias de estas alternativas, conjunta o indistintamente, según cada caso, adoptando las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica.

En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas.

Las medidas que se dicten como alternativas a la prisión preventiva, o que las atenúen, 4) la indicación del domicilio procesal, y;



5) la promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones que el juez le señale.

*Art. 247. FORMA Y CONTENIDO DE LAS DECISIONES.*

*Las resoluciones que decreten la prisión preventiva, la internación o las medidas alternativas o sustitutivas, deberán contener:*

- 1) los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo;*
- 2) una sucinta enunciación del hecho o hechos que se atribuyen al imputado;*
- 3) los fundamentos, indicando concretamente, todos los presupuestos que motivan la medida, en especial, la existencia de peligro de fuga o de obstrucción;*
- 4) el lugar o establecimiento donde deberá cumplirse, y;*
- 5) la parte dispositiva, con clara expresión de las normas aplicables.*

*Art. 248. CARÁCTER DE LAS DECISIONES.*

*La resolución que imponga una medida cautelar, la rechace o sustituya, es revocable o reformable, aún de oficio, en cualquier estado del procedimiento, cuando hayan desaparecido sus presupuestos.*

*Art. 249. EXIMICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.* *El imputado*

*podrá presentarse por sí o por medio de un abogado ante el juez, antes de la aplicación de la medida, por escrito o en forma oral, solicitando que se lo exima de la prisión preventiva o de las otras medidas cautelares. El juez resolverá de inmediato la petición en el caso que sea procedente.*

*Art. 250. EXCARCELACIÓN Y REVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.*

*El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurran todos los presupuestos exigidos para el auto de prisión preventiva.*

*El juez examinará la vigencia de la medidas cautelares privativas de libertad cada tres meses, y en su caso, las sustituirá por otras menos gravosas atendiendo a la naturaleza del caso o dispondrá la libertad.*

*El imputado también podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar todas las veces que lo considere pertinente, sin perjuicio de la responsabilidad que contrae el defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva.*

## **9.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN REPÚBLICA DOMINICANA.-**

La prisión preventiva se encuentra regulada en el Código Procesal Penal de República Dominicana, y tiene un límite temporal, a fin de evitar que se convierta en una “pena anticipada”. Puede ser impuesta a solicitud del Ministerio Público, o del querellante, después de escuchado al imputado. La prisión preventiva no aplica para infracciones de la acción privada.

Procede aplicarla cuando existan elementos de prueba suficientes de probabilidad como autor, cómplice de una infracción, si existe peligro de fuga, y este reprimida con pena privativa de la libertad.

El peligro de fuga determina que se tenga en cuenta el arraigo en el país, la pena imponible al imputado, el daño a ser resarcido, la actitud del imputado frente al daño causado, el comportamiento en el procedimiento o en otro anterior.

La prisión preventiva solo se aplicará cuando no se pueda evitar la fuga del imputado mediante otra medida menos gravosa.

No procede la prisión preventiva para mayores de setenta años, si la pena no es mayor a cinco años de privación de la libertad, ni a mujeres embarazadas, madres lactantes, enfermos terminales.

La normatividad al respecto es la siguiente:

*Art. 16.- Límite razonable de la prisión preventiva. La prisión preventiva está sometida a un límite temporal razonable a los fines de evitar que se convierta en una pena anticipada.*

### **CAPÍTULO II: OTRAS MEDIDAS**

*Art. 226.- Medidas. A. solicitud del ministerio público o del querellante, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se explica en este código, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción:*

- 1) *La presentación de una garantía económica suficiente;*
- 2) *La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;*
- 3) *La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez;*
- 4) *La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;*
- 5) *La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;*
- 6) *El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga;*
- 7) *La prisión preventiva.*

*En las infracciones de acción privada no se puede ordenar la prisión preventiva ni el arresto domiciliario ni la colocación de localizadores electrónicos.*

*En cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento sea suficiente para descartar el peligro de fuga.*

**Art. 227.- Procedencia.** *Procede aplicar medidas de coerción, cuando concurren todas las circunstancias siguientes:*

- 1) *Existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción;*
- 2) *Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento;*
- 3) *La infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad.*

**Art. 228.- Imposición.** *A solicitud del ministerio público o del querellante, el juez puede imponer una sola de las medidas de coerción previstas en este código o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y expedir las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. Cuando se ordene la prisión preventiva, no puede combinarse con otras medidas de coerción.*

*En ningún caso el juez está autorizado a aplicar estas medidas desnaturalizando su finalidad ni a imponer otras más graves que las solicitadas o cuyo cumplimiento resulta imposible.*

**Art. 229.- Peligro de fuga.** Para decidir acerca del peligro de fuga el juez toma en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- 1) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de fuga;
- 2) La pena imponible al imputado en caso de condena;
- 3) La importancia del daño que debe ser resarcido y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante el mismo;
- 4) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

**Art. 230.- Prueba.** Las partes pueden proponer prueba con el fin de sustentar la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de una medida de coerción.

Dicha prueba se individualiza en un registro especial cuando no está permitida su incorporación al debate.

El juez valora estos elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas en este código, exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida de coerción.

En todos los casos el juez debe, antes de pronunciarse, convocar a una audiencia para oír a las partes o para recibir directamente la prueba. De dicha audiencia se levanta un acta.

**Art. 231.- Resolución.** La resolución que impone una medida de coerción debe contener:

- 1) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo;
- 2) La enunciación del hecho que se le atribuye y su calificación jurídica;
- 3) La indicación de la medida y las razones por las cuales el juez estima que los presupuestos que la motivan concurren en el caso;
- 4) La fecha en que vence el plazo máximo de vigencia de la medida.

**Art. 232.- Acta.** *Previo a la ejecución de las medidas de coerción, cuando corresponda, se levanta un acta en la que conste:*

- 1) *La notificación al imputado;*
- 2) *La identificación y el domicilio de la institución o de los particulares que intervengan en la ejecución de la medida y la aceptación de la función u obligación que les ha sido asignada;*
- 3) *El señalamiento del lugar o la forma para recibir notificaciones;*
- 4) *La promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones.*

**Art. 233.- Internamiento.** *A solicitud del ministerio público, el juez puede ordenar el internamiento del imputado en un centro de salud mental, previa comprobación, por dictamen pericial, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornan peligroso para sí o para terceros, siempre que medien las mismas condiciones que para aplicar la prisión preventiva.*

**Art. 234.- Prisión preventiva.** *Además de las circunstancias generales exigibles para la imposición de las medidas de coerción, la prisión preventiva sólo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para su persona.*

*No puede ordenarse la prisión preventiva de una persona mayor de setenta años, si se estima que, en caso de condena, no le es imponible una pena mayor a cinco años de privación de libertad. Tampoco procede ordenarla en perjuicio de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave y terminal.*

**Art. 235.- Garantía.** *La garantía es presentada por el imputado u otra persona mediante el depósito de dinero, valores, con el otorgamiento de prendas o hipotecas sobre bienes libres de gravámenes, con una póliza con cargo a una empresa de seguros dedicada a este tipo de actividades comerciales, con la entrega de bienes, o la fianza solidaria de una o más personas solventes.*

*Al decidir sobre la garantía, el juez fija el monto, la modalidad de la prestación y aprecia su idoneidad. En ningún caso fija una garantía excesiva ni de imposible cumplimiento en atención a los recursos económicos del imputado.*

*El juez hace la estimación de modo que constituya un motivo eficaz para que el imputado se abstenga de incumplir sus obligaciones.*

*El imputado y el garante pueden sustituirla por otra equivalente, previa autorización del juez.*

**Art. 236.- Ejecución de la garantía.** *Cuando se declare la rebeldía del imputado o cuando éste se sustraiga a la ejecución de la pena, el juez concede un plazo de entre quince a cuarenticinco días al garante para que lo presente y le advertirá que si no lo hace o no justifica la incomparecencia, se procederá a la ejecución de la garantía. Vencido el plazo otorgado, el juez dispone, según el caso, la ejecución en perjuicio del garante o la venta en pública subasta de los bienes dados en prenda o de los hipotecados, sin necesidad de embargo inmobiliario previo.*

**Art. 237.- Cancelación de la garantía.** *La garantía debe ser cancelada y devueltos los bienes afectados a la garantía, más los intereses generados, siempre que no haya sido ejecutada con anterioridad, cuando:*

- 1) *Se revoque la decisión que la acuerda;*
- 2) *Se dicte el archivo o la absolución;*
- 3) *El imputado se someta a la ejecución de la pena o ella no deba ejecutarse.*

### **CAPÍTULO III:**

#### **REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN**

**Art. 238.- Revisión.** *Salvo lo dispuesto especialmente para la prisión preventiva, el juez, en cualquier estado del procedimiento, a solicitud de parte, o de oficio en beneficio del imputado, revisa, sustituye, modifica o hace cesar las medidas de coerción por resolución motivada, cuando así lo determine la variación de las condiciones que en su momento las justificaron.*

*En todo caso, previo a la adopción de la resolución, el secretario notifica la solicitud o la decisión de revisar la medida a todas las partes intervinientes para que formulen sus observaciones en el término de cuarentiocho horas, transcurrido el cual el juez decide.*

**Art. 239.- Revisión obligatoria de la prisión preventiva.** *Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en que se dispone expresamente, el juez o tribunal competente examina los presupuestos de la prisión preventiva y, según el caso, ordena su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. La revisión se produce en audiencia oral con citación a todas las partes y el juez decide inmediatamente en presencia de las que asistan. Si compete a un tribunal colegiado, decide el presidente.*

*El cómputo del término se interrumpe en los plazos previstos en el artículo siguiente o en*

*caso de recurso contra esta decisión, comenzándose a contar íntegramente a partir de la decisión respectiva.*

**Art. 240.- Revisión a pedido del imputado.** *El imputado y su defensor pueden provocar la revisión de la prisión preventiva que le haya sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento. La audiencia prevista en el artículo anterior se lleva a cabo dentro de las cuarentiocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud.*

*Al revisarse la prisión preventiva el juez toma en consideración, especialmente, la subsistencia de los presupuestos que sirvieron de base a su adopción.*

**Art. 241.- Cese de la prisión preventiva.** *La prisión preventiva finaliza cuando:*

- 1) Nuevos elementos demuestren que no concurren las razones que la motivaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;*
- 2) Su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional;*
- 3) Su duración exceda de doce meses;*
- 4) Se agraven las condiciones carcelarias de modo que la prisión preventiva se convierta en una forma de castigo anticipado o trato cruel, inhumano o degradante.*

**Art. 242.- Prórroga del plazo de la prisión preventiva.** *Si el fallo ha sido recurrido por parte del imputado o del ministerio público en su favor, el plazo del artículo anterior puede prorrogarse por seis meses. Vencido ese plazo, no se puede acordar una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva.*

## **SUBCAPÍTULO: DERECHO COMPARADO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

De acuerdo con la Convención interamericana contra la corrupción, documento firmado por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, de la que es parte el Perú, define el concepto de “función pública” en su artículo I, que a la letra expresa: “Artículo I: Definiciones para los fines de la presente Convención, se entiende por: "Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”

"Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.”.

### **1.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ARGENTINA**

Los Delitos contra la Administración Pública en Argentina se encuentran regulados en el Título XI del Código Penal Argentino, y contiene el Capítulo I: Atentado y resistencia contra la autoridad; Capítulo II: Falsa Denuncia; Capítulo III: Usurpación de autoridad, títulos u honores; Capítulo IV: Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos; Capítulo V: Violación de sellos y documentos; Capítulo VI: Cohecho y tráfico de influencias; Capítulo VII: Malversación de caudales públicos; Capítulo VIII: Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; Capítulo IX: Exacciones ilegales; Capítulo IX bis: Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; Capítulo X: Prevaricato; Capítulo XI: Denegación y retardo de justicia; Capítulo XII: Falso



testimonio; Capítulo XIII: Encubrimiento; Capítulo XIV: Evasión y quebrantamiento de pena.

De acuerdo con esta normatividad penal se prescribe respecto a los Delitos contra la Administración Pública lo siguiente:

***CODIGO PENAL ARGENTINO.-***

***TITULO XI***

***DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA***

***Capítulo I: Atentado y resistencia contra la autoridad***

***ARTICULO 237.*** - *Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.*

***ARTICULO 238.*** - *La prisión será de seis meses a dos años:*

- 1 Si el hecho se cometiere a mano armada;*
- 2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;*
- 3 Si el culpable fuere funcionario público;*
- 4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.*

*En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.*

***ARTICULO 238 bis*** - *El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.*

*Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años.*

*(Artículo incorporado por art. 10 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008.*

*Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

***ARTICULO 238 ter*** - *El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en*

*cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.*

*(Artículo incorporado por art. 11 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

**ARTICULO 239.** - *Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.*

**ARTICULO 240.** - *Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.*

**ARTICULO 240 bis** - *El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.*

*(Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

**ARTICULO 241.** - *Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:*

*1 El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;*

*2 El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones.*

**ARTICULO 241 bis** - *Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que:*

1. *Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada.*
2. *Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores.*
3. *Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo.*
4. *Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho.*
5. *Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

**ARTICULO 242.** - *Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.*

*(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)*

**ARTICULO 243.** - *Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año.*

## **Capítulo II**

### **Falsa Denuncia**

**ARTICULO 244.** - *(Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 24.198 B.O. 3/6/1993).*

**ARTICULO 245.** - *Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.*

(**Nota Infoleg:** multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

### **Capítulo III**

#### **Usurpación de autoridad, títulos u honores**

**ARTICULO 246.** - *Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:*

*1 El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;*

*2 El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;*

*3 El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.*

*El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

**ARTICULO 247.** - *Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.*

*Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren. (**Nota***

**Infoleg:** multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

(Artículo sustituido por Ley N° 24.527 B.O. 8/9/1995)

### **Capítulo IV**

#### **Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos**

**ARTICULO 248.** - *Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o*

*resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.*

**ARTICULO 248 bis.-** *Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen.*  
(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

**ARTICULO 249.** - *Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.*  
(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

**ARTICULO 249 bis** - *El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.*  
(Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008.  
Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

**ARTICULO 250.** - *Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.*

**ARTICULO 250 bis** - *Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:*

1. *Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.*

2. *Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.*

*(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

**ARTICULO 251.** - *Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.*

**ARTICULO 252.** - *Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500) e inhabilitación especial de un (1) mes a un (1) año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.*

*El miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o agencia estatal armada que por su naturaleza tenga a cargo el cuidado de personas, que a sabiendas abandonare injustificadamente actos de servicio o maliciosamente omitiere la prestación regular de la función o misión a la que reglamentariamente se encuentra obligado, será reprimido con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena.*

*Si, como consecuencia del abandono u omisión tipificado en el párrafo precedente, se produjeren daños a bienes de la fuerza, bienes de terceros, lesiones o muerte de sus camaradas o terceros, se aplicará una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años e inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos.*

*El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese, o dificultase la salvación de vidas en supuesto de*

*catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.*

*(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.079 B.O. 19/12/2014)*

**ARTICULO 253.** - *Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.*

*(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)*

**ARTICULO 253 bis** - *El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.*

*(Artículo incorporado por art. 18 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

**ARTICULO 253 ter** - *Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.*

*(Artículo incorporado por art. 19 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)*

## **Capítulo V**

### **Violación de sellos y documentos**

**ARTICULO 254.** - *Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.*

*Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo. Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.*

*(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)*

**ARTICULO 255.** - *Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.*

*Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500).*

*(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)*

## **Capítulo VI**

### **Cohecho y tráfico de influencias**

*(Título del capítulo sustituido por art. 30 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*

**ARTICULO 256.** - *Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones*

*(Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*

**ARTICULO 256 bis** — *Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.*

*Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión,*



*dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.*

*(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*

**ARTICULO 257.** - *Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia*

*(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*

**ARTICULO 258.** - *Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.*

*(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*

**ARTICULO 258 bis** — *Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.*

*Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado*

*ejerza una influencia directa o indirecta.*

*(Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)*

**ARTICULO 259.** - *Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.*

**ARTICULO 259 bis** - *Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.*

*(Artículo incorporado por art. 31 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)*

## **Capítulo VII**

### **Malversación de caudales públicos**

**ARTICULO 260.** - *Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.*

**ARTICULO 261.** - *Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.*

**ARTICULO 262.** - *Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.*

**ARTICULO 263.** - *Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*

**ARTICULO 264.** - *Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.*

### **Capítulo VIII**

#### **Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas**

**ARTICULO 265.** - *Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.*

*Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.*

*Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales. (Artículo sustituido por art. 32 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)*

### **Capítulo IX**

#### **Exacciones ilegales**

**ARTICULO 266.** - *Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.*

*Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.*

*(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)*

**ARTICULO 267.** - *Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.*

**ARTICULO 268.** - *Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.*

*Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.*

*(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)*

### **Capítulo IX bis**

#### **Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados**

**ARTICULO 268 (1).** - *Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.*

*Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido. (Párrafo incorporado por art. 35 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)*

**ARTICULO 268 (2)** — *Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)*

*Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.*

*La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.*

*(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*

**ARTICULO 268 (3)** — *Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.*

*El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.*

*En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.*

*(Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*

## **Capítulo X**

### **Prevaricato**

**ARTICULO 269.** - *Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.*

*Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.*

*Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables compondores.*

*(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)*

**ARTICULO 270.** - *Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.*

*(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)*

**ARTICULO 271.** - *Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.*

*(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)*

**ARTICULO 272.** - *La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.*

## **Capítulo XI**

### **Denegación y retardo de justicia**

**ARTICULO 273.** - *Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.*

**ARTICULO 274.** - *El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.*

## **Capítulo XII**

### **Falso testimonio**

**ARTICULO 275.** - *Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.*

*Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.*

*En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.*

**ARTICULO 276.** - *La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.*

*El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso.*

**ARTICULO 276 bis.** - *Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogándose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos. (Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)*

### **Capítulo XIII**

#### **Encubrimiento**

*(Denominación del Capítulo sustituida por art. 1° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)*

#### **ARTICULO 277.-**

*1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:*

- a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.*
- b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.*
- c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.*
- d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.*
- e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.*

*2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.*

*3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:*

- a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.*
- b) El autor actuare con ánimo de lucro.*

c) *El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.*

d) *El autor fuere funcionario público.*

*La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.*

*4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c). (Inciso sustituido por Art. 4° de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006.)*

*(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003)*

**ARTICULO 277 bis.-** *Se aplicará prisión de TRES (3) a SEIS (6) años e inhabilitación especial de TRES (3) a DIEZ (10) años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.*

*(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)*

**ARTICULO 277 ter.-** *Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años al que reuniendo las condiciones personales descritas en el artículo 167 quater inciso 4, por imprudencia o negligencia, intervenga en algunas de las acciones prevista en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.*

*(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)*

**ARTICULO 278.-** *(Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)*

**ARTICULO 279.-**

*1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.*

*2) Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000) pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor.*



3) Cuando el autor de los hechos descriptos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

4) Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

#### **Capítulo XIV**

##### **Evasión y quebrantamiento de pena.**

(Rúbrica del capítulo sustituida por art. 3° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

**ARTICULO 280.** - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiera por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas.

**ARTICULO 281.** - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo.

Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota **Infoleg**: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

**ARTICULO 281 bis.** El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años.

(Artículo incorporado por art.4° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

## **2.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN BOLIVIA**

Los Delitos contra la Administración Pública en Bolivia se encuentran regulados en el Título II del Código Penal boliviano, con el título de “Delitos contra la Función Pública”, y contiene el CAPÍTULO I: DELÍTOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS: Peculado, malversación, cohecho pasivo propio, uso indebido de influencias, beneficios en razón del cargo, omisión de declaración

de bienes y rentas, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. Delitos cometidos por particulares: Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas por particulares, concusión, exacciones, abuso de autoridad. Título III: Delitos contra la función judicial: Capítulo I: Delitos contra la actividad judicial: Receptación proveniente de delitos de corrupción, Prevaricato, Cohecho pasivo de jueza, juez o fiscal, Consorcio de jueces, fiscales, policías y abogados. Título VI: Delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio: Capítulo I: Delitos contra la economía nacional: Contratos lesivos al Estado, Incumplimiento de contratos, Conducta antieconómica, Infidencia económica. Capítulo III: Delitos de corrupción: Uso indebido de bienes y servicios públicos, Enriquecimiento ilícito, Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado, Favorecimiento al Enriquecimiento ilícito, Cohecho activo transnacional, Cohecho pasivo transnacional, Obstrucción de la justicia, Falsedad en la declaración jurada de bienes y rentas. Delitos Transversales a la corrupción: Título I: Delitos contra la seguridad del Estado. Capítulo III: Delitos contra la tranquilidad pública: Asociación delictuosa, Organización criminal, Título: Delitos contra la función pública: Capítulo I: Delitos cometidos por funcionarios Públicos: Peculado culposo, Abuso de autoridad, Resoluciones contrarias a la Constitución y a las Leyes, Incumplimiento de deberes. Título: Delitos contra la Función Judicial: Capítulo I: Delitos contra la actividad judicial: Negativa o retardo de justicia. Capítulo III: Régimen penal y administrativo de la legitimación de ganancias ilícitas: Legitimación de ganancias ilícitas. Título VI: Delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio. Capítulo I: Delitos contra la economía nacional: Contribuciones y ventajas ilegítimas, Contribuciones y ventajas ilegítimas de la servidora o servidor público, Sociedades o asociaciones ficticias, Franquicias, liberaciones o privilegios ilegales.

De acuerdo con el Código Penal de Bolivia se prescribe respecto a los Delitos contra la Administración Pública:

## *TÍTULO II*

*DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA*

*CAPÍTULO I*

*DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS*

- *Artículo 142. (PECULADO). La servidora o el servidor público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años y multa de doscientos (200) a quinientos (500) días. (Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*
- *Artículo 144. (MALVERSACIÓN). La servidora o el servidor público que diere a los caudales que administra, percibe o custodia, una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será sancionada con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días.*

*Si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio público, la sanción será agravada en un tercio.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- *Artículo 145. (COHECHO PASIVO PROPIO). La servidora o el servidor público o autoridad que para hacer o dejar de hacer un acto relativo a sus funciones o contrario a los deberes de su cargo, recibiere directamente o por interpuesta persona, para sí o un tercero, dádivas o cualquier otra ventaja o aceptare ofrecimientos o promesas, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a ciento cincuenta (150) días.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- *Artículo 146. (USO INDEBIDO DE INFLUENCIAS). La servidora o el servidor público o autoridad que directamente o por interpuesta persona y aprovechando de las funciones que ejerce o usando indebidamente de las influencias derivadas de las mismas obtuviere ventajas o beneficios, para sí o para un tercero, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a quinientos (500) días.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 
- **Artículo 147. (BENEFICIOS EN RAZÓN DEL CARGO).** *La servidora o el servidor público o autoridad que en consideración a su cargo admitiere regalos u otros beneficios, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 
- **Artículo 149. (OMISIÓN DE DECLARACIÓN DE BIENES Y RENTAS).** *La servidora o el servidor público que conforme a la Ley estuviere obligado a declarar sus bienes y rentas a tiempo de tomar posesión o a tiempo de dejar su cargo y no lo hiciere, será sancionado con multa de treinta (30) días.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

*Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas  
Cometidos por funcionarios públicos*

- 
- **Artículo 150. (NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS).**
- *La servidora o el servidor público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para tercero un beneficio en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene en razón de su cargo, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años y multa de treinta (30) a quinientos (500) días.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 
- **Cometidos por particulares**
- **Artículo 150 Bis. (NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES).**
- *El delito previsto en el artículo anterior también será aplicado a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores, y demás profesionales respecto a los actos en los cuales por razón de su oficio intervienen y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los*

bienes pertenecientes a sus pupilos, curados, testamentarias, concursos, liquidaciones y actos análogos, con una pena privativa de libertad de cinco (5) a diez (10) años y multa de treinta (30) a quinientos (500) días.

(Incorporado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)

- 
- **Artículo 151. (CONCUSIÓN).** La servidora o el servidor público o autoridad que con abuso de su condición o funciones, directa o indirectamente, exigiere u obtuviere dinero u otra ventaja ilegítima o en proporción superior a la fijada legalmente, en beneficio propio o de un tercero, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años.

(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)

- 
- **Artículo 152. (EXACCIONES).** La servidora o el servidor público que exigiere u obtuviere las exacciones expresadas en el artículo anterior para convertirlas en beneficio de la administración pública, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.

Si se usare de alguna violencia en los casos de los artículos anteriores, la sanción será agravada en un tercio.

(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)

- **ABUSO DE AUTORIDAD**
- **Artículo 157. (NOMBRAMIENTOS ILEGALES).** Será sancionado con privación de libertad de uno(1) a cuatro (4) años y multa de treinta (30) a cien (100) días, la servidora o el servidor público que propusiere en terna o nombrare para un cargo público a persona que no reüniere las condiciones legales para su desempeño.

(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)

### TÍTULO III DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN JUDICIAL

#### CAPÍTULO I

*DELITOS CONTRA LA ACTIVIDAD JUDICIAL*

- *Artículo 172 Bis. (RECEPTACIÓN PROVENIENTE DE DELITOS DE CORRUPCIÓN). El que después de haberse cometido un delito de corrupción ayudare a su autor a asegurar el beneficio o resultado del mismo o recibiere, ocultare, vendiere o comprare a sabiendas las ganancias resultantes del delito, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y el decomiso de los bienes obtenidos ilícitamente.*

*(Incorporado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

*Artículo 173. (PREVARICATO). La jueza o el juez, que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la Ley, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.*

*Sí como resultado del prevaricato en proceso penal se condenare a una persona inocente, se le impusiere pena más grave que la justificable o se aplicare ilegítimamente la detención preventiva, la pena será agravada en un tercio a la establecida en el párrafo anterior.*

*Los árbitros o amigables componedores o quien desempeñare funciones análogas de decisión o resolución y que incurran en este delito, tendrán una pena privativa de libertad de tres (3) a ocho (8) años.*

- *Si se causare daño económico al Estado será agravada en un tercio.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- *Artículo 173 Bis. (COHECHO PASIVO DE LA JUEZA, JUEZ O FISCAL). La jueza, el juez o fiscal que aceptare promesas o dádivas para dictar, demorar u omitir dictar una resolución o fallo en asunto sometido a su competencia, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años y con multa de doscientos (200) a quinientos (500) días, más la inhabilitación especial para acceder a cualquier función pública y/o cargos electos.*

*Idéntica sanción será impuesta al o a los abogados que con igual finalidad y efecto, concertaren dichos consorcios con uno o varios jueces o fiscales, o formaren también parte de ellos.*

- 
- *(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*
- 
- *Artículo 174. (CONSORCIO DE JUECES, FISCALES, POLICÍAS Y ABOGADOS). El juez o fiscal que concertare la formación de consorcios con uno o varios abogados o policías, o formare parte de ellos, con el objeto de procurarse ventajas económicas ilícitas en detrimento de la sana administración de justicia, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.*
- 
- *Idéntica sanción será impuesta al o los abogados que con igual finalidad y efecto, concertaren dichos consorcios con uno o varios jueces, fiscales o policías u otros abogados o formaren también parte de ellos.*
- 
- *(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*
- 
- *TÍTULO VI DELITOS CONTRA LA ECONOMÍA NACIONAL, LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO*
- 
- *CAPÍTULO I*
- *DELITOS CONTRA LA ECONOMÍA NACIONAL*
- 
- *Artículo 221. (CONTRATOS LESIVOS AL ESTADO). La servidora o el servidor público que a sabiendas celebrare contratos en perjuicio del Estado o de entidades autónomas, autárquicas, mixtas o descentralizadas, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.*
- 
- *En caso de que actuare culposamente, la pena será de privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.*
- 
- *El particular que en las mismas condiciones anteriores celebrare contrato perjudicial a la economía nacional, será sancionado con reclusión de tres (3) a ocho (8) años.*
- *(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*
-

- *Artículo 222. (INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS). El que habiendo celebrado contratos con el Estado o con las entidades a que se refiere el artículo anterior, no los cumpliera sin justa causa, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años.*

*Si el incumplimiento derivare de culpa del obligado, éste será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.*

- 

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 

- *Artículo 224. (CONDUCTA ANTIECONÓMICA). La servidora o el servidor público o el que hallándose en el ejercicio de cargos directivos u otros de responsabilidad, en instituciones o empresas estatales, causare por mala administración, dirección técnica o por cualquier otra causa, daños al patrimonio de ellas o a los intereses del Estado, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años.*

- 

*Si actuare culposamente, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 

- *ARTICULO 225. (INFIDENCIA ECONÓMICA). La servidora o el servidor público o el que en razón de su cargo o funciones se hallare en posesión de datos o noticias que deba guardar en reserva, relativos a la política económica y los revelare, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.*

- 

*Incurrirá en la misma sanción, agravada en un tercio, la servidora o el servidor público o el que en las condiciones anteriores usare o revelare dichos datos o noticias en beneficio propio o de terceros.*

- 

*Si obrare culposamente, la pena será rebajada en un tercio.*

- 

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

-



- **Ley N° 004 --De Lucha Contra La Corrupción, Enriquecimiento Ilícito E Investigación De Fortunas «MARCELO Quiroga Santa Cruz»**

- 

- **CAPÍTULO III**

- **DELITOS DE CORRUPCIÓN**

- *Artículo 26. (Uso Indevido de Bienes y Servicios Públicos). La servidora pública o el servidor público que en beneficio propio o de terceros otorgue un fin distinto al cual se hallaren destinados bienes, derechos y acciones pertenecientes al Estado o a sus instituciones, a las cuales tenga acceso en el ejercicio de la función pública, será sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años.*

- 

*Si por el uso indebido, el bien sufre deterioro, destrozos o pereciere, la pena será de tres a ocho años y reparación del daño causado.*

- 

*La pena del párrafo primero, será aplicada al particular o servidor público que utilice los servicios de personas remuneradas por el Estado o de personas que se encuentren en el cumplimiento de un deber legal, dándoles un fin distinto para los cuales fueron contratados o destinados.*

- 

- *Artículo 27. (Enriquecimiento Ilícito). La servidora pública o servidor público, que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.*

- 

- *Artículo 28. (Enriquecimiento Ilícito de Particulares con Afectación al Estado). La persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.*

*Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le*

*hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25% de su patrimonio.*

- *Artículo 29. (Favorecimiento al Enriquecimiento Ilícito). El que con la finalidad de ocultar, disimular o legitimar el incremento patrimonial previsto en los artículos precedentes, facilitare su nombre o participare en actividades económicas, financieras y comerciales, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de cincuenta a quinientos días.*
- *Artículo 30. (Cohecho Activo Transnacional). El que prometiére, ofreciere u otorgare en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero, o de una organización internacional pública, beneficios como dádivas, favores o ventajas, que redunden en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones para obtener o mantener un beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años y multa de cien a quinientos días.*
- *Artículo 31. (Cohecho Pasivo Transnacional). El funcionario público extranjero o funcionario de una organización internacional pública que solicitare o aceptare en forma directa o indirecta un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de cincuenta a quinientos días.*
- *Artículo 32. (Obstrucción de la Justicia). El que utilice fuerza física, amenazas, intimidación, promesas, ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos por delitos de corrupción, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de treinta a quinientos días.*

*Se agravará la sanción en una mitad a quienes utilicen la fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de jueces, fiscales, policías y otros servidores responsables de luchar contra la corrupción.*

- *Artículo 33. (Falsedad en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas). El que falseare u omitiere insertar los datos económicos, financieros o patrimoniales, que la declaración jurada de bienes y rentas deba contener, incurrirá en privación de libertad de uno a cuatro años y multa de cincuenta a doscientos días.*

- 
- **Delitos Transversales a la corrupción**
- **TÍTULO I**
- **DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO**
- **CAPÍTULO III**
- **DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA**
- 
- *Artículo 132. (ASOCIACIÓN DELICTUOSA). El que formare parte de una asociación de cuatro (4) o más personas, destinada a cometer delitos, será sancionado con reclusión de seis (6) meses a dos (2) años o prestación de trabajo de un (1) mes a un (1) año.*
- 
- *Igual pena se aplicará a los que formaren parte de bandas juveniles con objeto de provocar desórdenes, ultrajes, injurias o cualquier otro delito.*
- 
- *Artículo 132 Bis (ORGANIZACIÓN CRIMINAL). El que formare parte de una asociación de tres (3) o más personas organizada de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, destinada a cometer los siguientes delitos: genocidio, destrucción o deterioro de bienes del Estado y la riqueza nacional, sustracción de un menor o incapaz, tráfico de migrantes, privación de libertad, trata de seres humanos, vejaciones y torturas, secuestro, legitimación de ganancias ilícitas, fabricación o tráfico ilícito de sustancias controladas, delitos ambientales previstos en leyes especiales, delitos contra la propiedad intelectual, o se aproveche de estructuras comerciales o de negocios, para cometer tales delitos, será sancionado con reclusión de uno (1) a tres (3) años.*
- 
- *Los que dirijan la organización serán sancionados con reclusión de dos (2) a seis (6) años.*
- 
- *La pena se aumentará en un tercio cuando la organización utilice a menores de edad o incapaces para cometer los delitos a que se refiere este artículo, y cuando el miembro de la organización sea un funcionario público encargado de prevenir, investigar o juzgar la comisión de delitos.*
- 
- *(Modificado por el artículo 2 de la Ley No 3325 de 18 de enero de 2006, Trata y Tráfico de Personas y otros Delitos Relacionados»)*
- 
- **TÍTULO** **II**
- **DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA**
- **CAPÍTULO I**

- **DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

- 

- *Artículo 143. (PECULADO CULPOSO). El funcionario público que culposamente diere lugar a la comisión de dicho delito, será sancionado con prestación de trabajo de un (1) mes a un (1) año y multa de veinte (20) a cincuenta (50) días.*

- 

- **ABUSO DE AUTORIDAD**

- *Artículo 153. (RESOLUCIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES). La servidora o el servidor público o autoridad que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes, o ejecutare o hiciere ejecutar dichas resoluciones u órdenes, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años. La misma pena, será aplicada cuando la resolución sea emitida por un fiscal.*

- 

*Si el delito ocasionare daño económico al Estado, la pena será agravada en un tercio.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 

- *Artículo 154. (INCUMPLIMIENTO DE DEBERES). La servidora o el servidor público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare un acto propio de sus funciones, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años.*

*La pena será agravada en un tercio, cuando el delito ocasione daño económico al Estado.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 

- **TÍTULO**

**III**

**DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN JUDICIAL**

- **CAPÍTULO I**

- **DELITOS CONTRA LA ACTIVIDAD JUDICIAL**

- 

- *Artículo 177. (NEGATIVA O RETARDO DE JUSTICIA). El funcionario judicial o administrativo que en ejercicio de la función pública con jurisdicción y competencia, administrando justicia, retardare o incumpliere los términos en los cuales les corresponda pronunciarse sobre los trámites, gestiones, resoluciones o sentencias conforme a las leyes procedimentales, a la equidad*

y justicia y a la pronta administración de ella, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años.

(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)

- 
- **CAPÍTULO III**
- **RÉGIMEN PENAL Y ADMINISTRATIVO DE LA LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS**

- 
- **Artículo 185 Bis. (LEGITIMACIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS).** El que adquiera, convierta o transfiera bienes, recursos o derechos, vinculados a delitos de: elaboración, tráfico ilícito de sustancias controladas, contrabando, corrupción, organizaciones criminales, asociaciones delictuosas, tráfico y trata de personas, tráfico de órganos humanos, tráfico de armas y terrorismo, con la finalidad de ocultar, o encubrir su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad, será sancionado con privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de doscientos (200) a quinientos (500) días.

Este delito se aplicará también a las conductas descritas previamente aunque los delitos de los cuales proceden las ganancias ilícitas hubieran sido cometidos total o parcialmente en otro país, siempre que esos hechos sean considerados delictivos en ambos países.

El que facilite, o incite a la comisión de este delito, será sancionado con privación de libertad de cuatro (4) a ocho (8) años.

Se ratifica que el delito de la legitimación de ganancias ilícitas es autónomo y será investigado, enjuiciado y sentenciado sin necesidad de sentencia condenatoria previa, respecto a los delitos mencionados en el primer párrafo.

(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)

- 
- **TÍTULO VI**
- **DELITOS CONTRA LA ECONOMÍA NACIONAL, LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO**
- **CAPÍTULO I**

- **DELITOS CONTRA LA ECONOMÍA NACIONAL**

- 

- *Artículo 228. (CONTRIBUCIONES Y VENTAJAS ILEGÍTIMAS). El que abusando de su condición de dirigente o el que simulando funciones, representaciones, instrucciones u órdenes superiores, por sí o por interpuesta persona, exigiere u obtuviere dinero u otra ventaja económica en beneficio propio o de tercero, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a tres (3) años.*

- 

*Si el autor fuere servidora o servidor público, la pena será agravada en un tercio.*

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 

- *ARTICULO 228 Bis. (CONTRIBUCIONES Y VENTAJAS ILEGÍTIMAS DE LA SERVIDORA O SERVIDOR PÚBLICO). Si la conducta descrita en el artículo anterior, hubiere sido cometida por servidora o servidor público, causando daño económico al estado, la pena será de privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años.*

- 

- *(Incorporado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 

- *Artículo 229. (SOCIEDADES O ASOCIACIONES FICTICIAS). El que organizare o dirigiere sociedades, cooperativas u otras asociaciones ficticias para obtener por estos medios beneficios o privilegios indebidos, será sancionado con privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cien (100) a quinientos (500) días.*

- 

*Si fuere servidora o servidor público el que por sí o por interpuesta persona cometiere el delito, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años y multa de treinta (30) a cien (100) días.*

- 

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

- 

- *Artículo 230. (FRANQUICIAS, LIBERACIONES O PRIVILEGIOS ILEGALES). El que obtuviere, usare o negociare ilegalmente liberaciones, franquicias, privilegios diplomáticos o de otra naturaleza, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a ocho (8) años.*

*La servidora o el servidor público que concediere, usare o negociare ilegalmente tales liberaciones, franquicias o privilegios, será sancionado con la pena establecida en el párrafo anterior, agravada en un tercio.*

•

*(Modificado por el artículo 34 la Ley No 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”)*

### **3.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CHILE.-**

Los Delitos contra la Administración Pública en Chile se encuentra regulados en el Código Penal chileno, cuyos títulos son: Malversación de caudales públicos: Contempla los siguientes delitos: 1) Peculado o sustracción de fondos públicos; 2) Distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos; 3) Aplicación pública diferente (malversación); 4) Negativa a un pago o entrega. Fraudes cometidos por funcionarios públicos, que comprende: 1) Fraude al fisco; 2) Negociaciones incompatibles; 3) Tráfico de influencias; 4) Exacciones ilegales. Delito de cohecho, Enriquecimiento ilícito: Incremento patrimonial relevante e injustificado.

El Código Penal chileno (1874) prescribe respecto de los Delitos contra la Administración Pública:

#### ***MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.-***

*Que contempla los siguientes delitos: 1) Peculado o sustracción de fondos públicos; 2) Distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos; 3) Aplicación pública diferente (malversación); 4) Negativa a un pago o entrega. Los artículos del Código Penal chileno son los siguientes:*

#### ***“5. Malversación de caudales públicos***

*Artículo 233.- El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare*

*de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.*

*Art. 234. El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.*

*Art. 235. El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído. No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233. Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinte y cinco por ciento de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro.*

*Art. 236. El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.*

*Art. 237. El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio. Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.”*

#### **FRAUDES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS.-**



*En el Código Penal chileno se encuentra el título de Fraudes cometidos por funcionarios públicos, que se refiere a los siguientes tipos delictivos: 1) Fraude al fisco; 2) Negociaciones incompatibles; 3) Tráfico de influencias; 4) Exacciones ilegales.*

*6. Fraudes y exacciones ilegales Art. 239. El empleado público que en las operaciones en que intervinere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.*

*En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, el juez podrá aumentar en un grado la pena señalada en el inciso anterior. Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo. En todo caso, se aplicarán las penas de multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo. Art. 240. El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.*

*Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias. Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo diere interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción. Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma. Art. 240 bis. Las penas establecidas en el artículo precedente serán también aplicadas al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba*

*intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses. Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos tercero y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses. En los casos a que se refiere este artículo el juez podrá imponer la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.*

*Art. 241. El empleado público que directa o indirectamente exigiere mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en cualquiera de sus grados y multa del duplo al cuádruplo de los derechos o del beneficio obtenido.*

*Art. 241. bis. El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público. Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código.*

#### **DELITO DE COHECHO.-**

*De acuerdo con el Código Penal chileno el delito de cohecho se encuentra tipificado en el párrafo IX del Título V.*

#### **9. Cohecho**

*Art. 248. El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados*

*derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados.*

*Art. 248 bis. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado. Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.*

*Art. 249. El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado. Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio.*

*Artículo 250.- El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones. Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.*

*Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en b) el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido. Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio*

*ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última.*

#### **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.-**

##### **INCREMENTO PATRIMONIAL RELEVANTE E INJUSTIFICADO**

*En el Código Penal chileno al delito de Enriquecimiento ilícito se le denomina Incremento patrimonial relevante e injustificado.*

*“ART. 241 bis.*

*El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.*

*Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.*

*La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.*

*Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código.*

#### **4.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.-**

Los Delitos contra la Administración Pública en Colombia se encuentran regulados en el Código Penal colombiano, y contiene: Título XV: Delitos contra la Administración Pública: Capítulo I: Del Peculado: Peculado por apropiación, Peculado por uso, Peculado por aplicación oficial diferente, Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social, Peculado

culposo, Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral, Omisión del agente retenedor o recaudador, Fraude de subvenciones, Concusión. Cohecho: Cohecho propio, Cohecho impropio, Cohecho por dar u ofrecer. Celebración indebida de contratos: Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, Interés indebido en la celebración de contratos, Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, Acuerdos restrictivos de la competencia. Tráfico de Influencias: Tráfico de influencias de servidor público, Tráfico de influencias de particular. Enriquecimiento ilícito: Enriquecimiento ilícito. Prevaricato: Prevaricato por acción, Prevaricato por omisión. Abuso de autoridad y otras infracciones: Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, Abuso de autoridad por omisión de denuncia, Revelación de secreto, Revelación de secreto culposa, Utilización de asunto sometido a secreto o reserva, Utilización indebida de información oficial privilegiada, Asesoramiento y otras actuaciones ilegales, Intervención en política, Empleo ilegal de la fuerza Pública, Omisión de apoyo. Usurpación y abuso de funciones públicas: Usurpación de funciones públicas, Simulación de investidura o cargo, Usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, Abuso de función pública. Delitos contra los servidores públicos: Violencia contra servidor público, Perturbación de actos oficiales. Utilización Indebida de Información y de influencias derivadas del ejercicio de la función pública: Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de la función pública, Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública, Soborno transnacional, Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública. De acuerdo con el Código Penal colombiano (ley 599 de 2000) se prescribe respecto a los Delitos contra la Administración Pública lo siguiente:

*TÍTULO XV. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

*CAPÍTULO I. DEL PECULADO*

*DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA DEL PECULADO*

**Artículo 397. Peculado por apropiación**

*El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

*Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.*

**Artículo 398. Peculado por uso**

*El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

**Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente**

*El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

**Artículo 399-A.** *Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social*

*La pena prevista en el artículo 399 se agravará de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.*

**Artículo 400.** *Peculado culposo*

*El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.*

**Artículo 400A.** *Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral*

*Las penas previstas en el artículo 400 de la Ley 599 de 2000 se agravarán de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.*

**Artículo 401.** *Circunstancias de atenuación punitiva*

*Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad.*

*Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.*

*Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.*

**Artículo 402.** *Omisión del agente retenedor o recaudador*

*El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la*

*fuelle o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.*

*En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguiente a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.*

*El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal prevista en este artículo.*

*Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.*

**Artículo 403.** *Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos*

*El servidor público que destine recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona, a los explotadores y comerciantes de metales preciosos, con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, en multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.*

*En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del tesoro, o quien declare producción de metales preciosos a favor de municipios distintos al productor.*

**Artículo 403-A.** *Fraude de subvenciones*

*El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.*



*Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.*

**Artículo 404. Concusión**

*El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

**DEL COHECHO**

**Artículo 405. Cohecho propio**

*El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

**Artículo 406. Cohecho impropio**

*El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

*El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.*

**Artículo 407. Cohecho por dar u ofrecer**

*El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

**DE LA CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS****Artículo 408. Violacion del regimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades**

*El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.*

**Artículo 409. Interes indebido en la celebracion de contratos**

*El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.*

**Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

*El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a*



*El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.*

#### **DEL PREVARICATO**

##### **Artículo 413. Prevaricato por accion**

*El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

##### **Artículo 414. Prevaricato por omision**

*El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.*

##### **Artículo 415. Circunstancia de agravacion punitiva**

*Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro.*

#### **DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES**

##### **Artículo 416. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto**

*El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*

**Artículo 417.** *Abuso de autoridad por omisión de denuncia*

*El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*

*La pena será de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular.*

**Artículo 418.** *Revelación de secreto*

*El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*

*Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.*

**Artículo 418B.** *Revelación de secreto culposa*

**Artículo 419.** *Utilización de asunto sometido a secreto o reserva*

*El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.*

**Artículo 420.** *Utilización indebida de información oficial privilegiada*

*El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica,*

*incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*

**Artículo 421.** *Asesoramiento y otras actuaciones ilegales*

*El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*

*Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público la pena será de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses*

**Artículo 422.** *Intervención en política*

*El servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*

*Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.*

**Artículo 423.** *Empleo ilegal de la fuerza pública*

*El servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición para consumar acto arbitrario o injusto, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses, multa trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.*

**Artículo 424.** *Omisión de apoyo*

*El agente de la fuerza pública que rehuse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.*

#### *DE LA USURPACION Y ABUSO DE FUNCIONES PUBLICAS*

##### *Artículo 425. Usurpacion de funciones publicas*

*El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.*

##### *Artículo 426. Simulacion de investidura o cargo*

*El que simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y en multa de tres (3) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*En la misma pena incurrirá el que con fines ilícitos porte o utilice uniformes o distintivos de una persona jurídica.*

*La pena se duplicará si la conducta se realiza con fines terroristas o cuando se participe en grupos de delincuencia organizada.*

##### *Artículo 427. Usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas*

*Las penas señaladas en los artículos 425, 426 y 428, serán de cuatro (4) a ocho (8) años cuando la conducta se realice con fines terroristas.*

##### *Artículo 428. Abuso de funcion publica*

*El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.*

#### *DE LOS DELITOS CONTRA LOS SERVIDORES PUBLICOS*

##### *Artículo 429. Violencia contra servidor público*

*El que ejerza violencia contra servidor público, por razón de sus funciones o para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.*

**Artículo 429B.**

*Ley 1288 de 2009 declarada inexecutable*

**Artículo 430. Perturbación de actos oficiales**

*El que simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en prisión de dos a cuatro años y en multa.*

*El que realice la conducta anterior por medio de violencia incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.*

**DE LA UTILIZACION INDEBIDA DE INFORMACION Y DE INFLUENCIAS DERIVADAS DEL EJERCICIO DE FUNCION PUBLICA****Artículo 431. Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública**

*El que habiéndose desempeñado como servidor público durante el año inmediatamente anterior utilice, en provecho propio o de un tercero, información obtenida en calidad de tal y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa.*

**Artículo 432. Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública**

*El que habiéndose desempeñado como servidor público durante el año inmediatamente anterior utilice, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función cumplida, con el fin de obtener ventajas en un trámite oficial, incurrirá en multa.*

**Artículo 433. Soborno transnacional**

*El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil*



(50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

*PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.*

**Artículo 434.** *Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública*

*El servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración pública, incurrirá por ésta sola conducta en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, siempre que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor.*

*Si intervinere un particular se le impondrá la misma pena.*

## **5.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR.-**

Los Delitos contra la Administración Pública en Ecuador se encuentran regulados en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, conteniendo: Sección Tercera: Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública: Peculado, Enriquecimiento ilícito, Artículo 280.- Cohecho; Artículo 281.- Concusión; Artículo 282.- Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente; Artículo 283.- Ataque o resistencia; Artículo 284.- Ruptura de sellos; Artículo 285.- Tráfico de influencias; Artículo 286.- Oferta de realizar tráfico de influencias; Artículo 287.- Usurpación y simulación de funciones públicas; Artículo 288.- Uso de fuerza pública contra órdenes de autoridad; Artículo 289.- Testaferismo; Artículo 290.- Delitos contra los bienes institucionales de Fuerzas

Armadas o Policía Nacional; Artículo 291.- Elusión de responsabilidades de las o los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional; Artículo 292.- Alteración de evidencias y elementos de prueba; Artículo 293.- Extralimitación en la ejecución de un acto de servicio; Artículo 294.- Abuso de facultades. SECCIÓN CUARTA: Contravenciones contra la eficiencia de la administración pública: Artículo 295.- Negativa a prestar auxilio solicitado por autoridad civil; Artículo 296.- Usurpación de uniformes e insignias.

De acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador se prescribe respecto de los Delitos contra la Administración Pública, lo siguiente:

#### **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

##### ***Sección Tercera***

##### ***DELITOS CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA***

*Artículo 278.- Peculado.-*

*Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.*

*Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.*

*Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior. Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.*

*Artículo 279.- Enriquecimiento ilícito.-*

*Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años. Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones. Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años. Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.*

*Artículo 280.- Cohecho.-*

*Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

*Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.*

*Artículo 281.- Concusión.-*

*Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si la conducta prevista en el inciso anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

*Artículo 282.- Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.-*

*La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La o el servidor militar o policial que se niegue a obedecer o no cumpla las órdenes o resoluciones legítimas de autoridad competente, siempre que al hecho no le corresponda una pena privativa de libertad superior con arreglo a las disposiciones de este Código, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se aplicará el máximo de la pena prevista en el inciso segundo de este artículo, cuando la o el servidor militar o policial desobedezca o se resista a cumplir requerimientos legítimos de la Policía, en su función de agentes de autoridad y auxiliares de la Fiscalía General del Estado.*

*Artículo 283.- Ataque o resistencia.-*

*La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública, serán sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Si la conducta prevista en el inciso anterior ha sido*

*cometida por muchas personas y a consecuencia de un concierto previo, serán sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años. En los casos de los incisos anteriores, si las personas, además, están armadas, serán sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona que incite a la Fuerza Pública a ejecutar las conductas anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad establecida para cada caso incrementada en un tercio. Si como consecuencia de la incitativa resulta un conflicto en el cual se producen lesiones, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años y si se produce la muerte, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.*

*Artículo 284.- Ruptura de sellos.-*

*La persona que rompa o retire los sellos impuestos por la autoridad competente, para incumplir la medida impuesta, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

*Artículo 285.- Tráfico de influencias.-*

*Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.*

*Artículo 286.- Oferta de realizar tráfico de influencias.-*

*La persona que, ofreciéndose a realizar la conducta descrita en el artículo anterior, solicite de terceros: dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o acepte ofrecimiento o promesa, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

*Artículo 287.- Usurpación y simulación de funciones públicas.-*

*La persona que ejerza funciones públicas sin autorización o simule cargo o función pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La persona que ejerza funciones públicas y sea destituida, suspensa o declarada legalmente en interdicción y que continúe en el*

*ejercicio de sus funciones después de ser notificada con la destitución, suspensión o interdicción, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.*

*Artículo 288.- Uso de fuerza pública contra órdenes de autoridad.-*

*Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución, que utilice a miembros de la Policía Nacional o Fuerzas Armadas contradiciendo la Constitución, impidiendo la ejecución de órdenes legítimas expedidas por autoridad competente o permitiendo el uso de la violencia sin legitimación legal suficiente, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

*Artículo 289.- Testaferrismo.-*

*La persona que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen, producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público o producto del enriquecimiento privado no justificado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando los bienes, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen provengan de la producción, oferta, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, trata de personas, diversas formas de explotación, delincuencia organizada, estafa o que atenten contra los derechos humanos, será sancionada con la misma pena del delito que se encubre. La persona que siendo titular de autorización de armaje de embarcaciones o permisos de operación turística en el Parque Nacional Galápagos y Reserva Marina de la Provincia de Galápagos, en beneficio propio o de un tercero, haga constar como suyos bienes o permita ilegítimamente el uso de sus derechos que sirvan para tal fin, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Serán comisados los instrumentos utilizados en el cometimiento del delito así como los productos o réditos obtenidos.*

*Artículo 290.- Delitos contra los bienes institucionales de Fuerzas Armadas o Policía Nacional.-*

*La o el servidor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año, cuando realice cualquiera de los siguientes actos: 1. Ejecute o no impida, actos que puedan producir incendio, estragos u originar un grave riesgo para la seguridad de una unidad o establecimiento de la Policía Nacional o Fuerzas Armadas. 2. Oculte a sus superiores averías o deterioros graves en instalaciones, aprovisionamiento o material logístico a su cargo que sea de uso del personal policial o militar.*

*Artículo 291.- Elusión de responsabilidades de las o los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.-*

*La o el servidor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que eluda su responsabilidad en actos de servicio, cuando esta omisión cause daños a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.*

*Artículo 292.- Alteración de evidencias y elementos de prueba.-*

*La persona o la o el servidor público, que altere o destruya vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba para la investigación de una infracción, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

*Artículo 293.- Extralimitación en la ejecución de un acto de servicio.-*

*La o el servidor de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o seguridad penitenciaria que se extralimite en la ejecución de un acto del servicio, sin observar el uso progresivo o racional de la fuerza, en los casos que deba utilizarla y que como consecuencia de ello, produzca lesiones a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad que corresponda, según las reglas de lesiones, con el incremento de un tercio de la pena. Si como consecuencia de la inobservancia del uso progresivo o racional de la fuerza se produce la muerte de una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de diez a trece años.*

*Artículo 294.- Abuso de facultades.-*

*La o el servidor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que, en ejercicio de su autoridad o mando, realice los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años: 1. Imponga contra sus inferiores castigos no establecidos en la Ley o se exceda en su aplicación. 2. Asuma, retenga o prolongue ilegal o indebidamente un mando, servicio, cargo o función militar o policial. 3. Haga requisiciones o imponga contribuciones ilegales. 4. Ordene a sus subalternos el desempeño de funciones inferiores a su grado o empleo; ajenas al interés del servicio o inste a cometer una infracción que ponga en peligro la seguridad de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas.*

*5. Obtenga beneficios para sí o terceros, abusando de la jerarquía, grado, función, nivel o prerrogativas, siempre que este hecho no constituya otra infracción. 6. Permita a personas ajenas o desvinculadas a la institución ejercer funciones que les correspondan exclusivamente a los miembros del servicio militar o policial.*

#### **SECCIÓN CUARTA**

*Contravenciones contra la eficiencia de la administración pública*

*Artículo 295.- Negativa a prestar auxilio solicitado por autoridad civil.-*

*La o el servidor de la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas que, después de haber sido legalmente requerido por la autoridad civil, se niegue a prestar el auxilio que esta le pida, será sancionado con pena privativa de libertad de quince a treinta días.*

*Artículo 296.- Usurpación de uniformes e insignias.-*

*La persona que públicamente utilice uniformes o insignias de un cargo oficial que no le corresponden, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.*

### **6.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.-**

*Los Delitos contra la Administración Pública en España, se encuentran regulados en el Código penal español, dentro de la categoría: Delitos contra la Administración Pública, del artículo 404, al 445, y por el Delitos contra la Administración de Justicia, del Artículo 446 al 471 del Código Penal.*

*Delitos contra la Administración Pública, (Art. 404-445,CP): 1.- Prevaricación de los funcionarios públicos; 2.- Abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos; 3.- Desobediencia y Denegación de Auxilio; 4.- Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos; 5.- Cohecho; 6.- Tráfico de Influencias; 7.- Malversación; 8.- Fraudes y Exacciones ilegales; 9.- Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de sus funciones.*

*Así también reguladas dentro de los **Delitos contra la Administración de Justicia**, (Art. 446-471,CP): del Título XX del Código Penal: 1.- Prevaricación; 2.- Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución; 3.- Encubrimiento; 4.- Realización arbitraria del propio derecho; 5.- Acusación y denuncia falsa, y simulación de delito; 6.- Falso testimonio; 7.- Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional; 8.- Quebrantamiento de condena; 9.- Delitos contra la administración de justicia en el corte penal internacional.*

*De acuerdo con el Código Penal de España se prescribe respecto de los Delitos contra la Administración Pública, lo siguiente:*

*Sumilla según el internet:*

*Dentro de esta categoría de Delitos contra la Administración Pública, (Art. 404-445,CP) se regulan las siguientes conductas:*

- 1. Prevaricación de los funcionarios públicos.*
- 2. Abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos.*
- 3. Desobediencia y Denegación de Auxilio.*
- 4. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos.*
- 5. Cohecho.*



6. *Tráfico de Influencias.*
7. *Malversación.*
8. *Fraudes y Exacciones ilegales.*
9. *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de sus funciones.*

*Los Delitos contra la Administración de Justicia, (Art. 446-471 ,CP) se regulan a lo largo del Título XX del Código Penal, y engloban las siguientes conductas:*

1. *Prevaricación.*
2. *Omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución.*
3. *Encubrimiento.*
4. *Realización arbitraria del propio derecho*
5. *Acusación y denuncia falsa, y simulación de delito.*
6. *Falso testimonio.*
7. *Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional.*
8. *Quebrantamiento de condena.*
9. *Delitos contra la administración de justicia en el corte penal internacional.*

## **TÍTULO XIX**

*Delitos contra la Administración pública*

### **CAPÍTULO PRIMERO**

*De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*

#### **Artículo 404**

*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*

*Artículo 404 redactado por el número doscientos seis del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 405**

*A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo*

*público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

*Artículo 405 redactado por el número doscientos siete del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 406**

*La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.*

### **CAPÍTULO**

**II**

*Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos*

#### **Artículo 407**

*1. A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

*2. Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente.*

#### **Artículo 408**

*La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

#### **Artículo 409**

*A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

*Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses.*

## **CAPÍTULO**

III

*De la desobediencia y denegación de auxilio*

### **Artículo 410**

*1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.*

### **Artículo 411**

*La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

### **Artículo 412**

*1. El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

*2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.*

*3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*

*Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.*

*En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

## **CAPÍTULO**

IV

*De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos*

### **Artículo 413**

*La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.*

### **Artículo 414**

*1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

*2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.*

### **Artículo 415**

*La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

### **Artículo 416**

*Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos.*

**Artículo 417**

*1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

*Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.*

*2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

**Artículo 418**

*El particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triple del beneficio obtenido o facilitado y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de uno a tres años. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de seis a diez años.*

*Artículo 418 redactado por el número doscientos ocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

**CAPÍTULO V****Del cohecho****Artículo 419**

*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto*

*realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.*

*Artículo 419 redactado por el número doscientos nueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 420**

*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.*

*Artículo 420 redactado por el número doscientos diez del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 421**

*Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.*

*Artículo 421 redactado por el apartado centésimo vigésimo primero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010*

#### **Artículo 422**

*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.*

*Artículo 422 redactado por el apartado centésimo vigésimo segundo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010*

#### **Artículo 423**

*Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como a mediadores, peritos, administradores o interventores*

*designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.*

*Artículo 423 modificado por el apartado catorce del artículo único de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional («B.O.E.» 21 febrero). Vigencia: 13 marzo 2019*

#### **Artículo 424**

*1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.*

*2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.*

*3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.*

*Artículo 424 redactado por el número doscientos doce del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 425**

*Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.*

*Artículo 425 redactado por el apartado centésimo vigésimo quinto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010*

**Artículo 426**

*Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.*

*Artículo 426 redactado por el apartado centésimo vigésimo sexto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010*

**Artículo 427**

*Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a:*

*a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.*

*b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.*

*c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.*

*d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.*

*Artículo 427 modificado por el apartado quince del artículo único de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional («B.O.E.» 21 febrero). Vigencia: 13 marzo 2019*

**Artículo 427 bis**

*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:*



*a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

*b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.*

*c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

*Artículo 427 bis introducido por el número doscientos catorce del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

## **CAPÍTULO VI**

### *Del tráfico de influencias*

#### **Artículo 428**

*El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.*

*Artículo 428 redactado por el número doscientos quince del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 429**

*El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con*

*el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.*

*Artículo 429 redactado por el número doscientos dieciséis del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 430**

*Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años.*

*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

*Artículo 430 redactado por el número doscientos diecisiete del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 431**

*A los efectos de este capítulo se entenderán funcionarios públicos los determinados por los artículos 24 y 427.*

*Artículo 431 introducido, en su actual redacción, por el apartado dieciséis del artículo único de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional («B.O.E.» 21 febrero). Vigencia: 13 marzo 2019*

### **CAPÍTULO VII**

*De la malversación*

#### **Artículo 432**

*1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.*

*2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.*

*3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o*

*b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.*

*Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.*

*Artículo 432 redactado por el número doscientos diecinueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

### **Artículo 433**

*Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.*

*Artículo 433 redactado por el número doscientos veinte del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

### **Artículo 433 bis**

*1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros*

*información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.*

*3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.*

*Artículo 433 bis introducido por el apartado doce del artículo único de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social («B.O.E.» 28 diciembre). Vigencia: 17 enero 2013*

#### **Artículo 434**

*Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.*

*Artículo 434 redactado por el número doscientos veintiuno del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 435**

*Las disposiciones de este capítulo son extensivas:*

*1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.*

*2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.*

*3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.*

*4.º A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley. Apartado 4.º del artículo 435 introducido por el número doscientos veintidós del artículo*

único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

*5.º A las personas jurídicas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo. En estos casos se impondrán las siguientes penas:*

*a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

*b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.*

*c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

*Ordinal 5.º del artículo 435 introducido por el apartado diecisiete del artículo único de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional («B.O.E.» 21 febrero). Vigencia: 13 marzo 2019*

#### **Artículo 435 bis**

*A los efectos de este capítulo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.*

*Artículo 435 bis introducido por el apartado dieciocho del artículo único de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional («B.O.E.» 21 febrero). Vigencia: 13 marzo 2019*

### **CAPÍTULO VIII**

*De los fraudes y exacciones ilegales*

#### **Artículo 436**

*La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.*

*Artículo 436 redactado por el número doscientos veintitrés del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 437**

*La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.*

#### **Artículo 438**

*La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código.*

*Artículo 438 redactado por el número doscientos veinticuatro del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

### **CAPÍTULO IX**

*De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función*

#### **Artículo 439**

*La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.*

*Artículo 439 redactado por el número doscientos veinticinco del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 440**

*Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeran del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías, y los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años, salvo que esta conducta esté sancionada con mayor pena en otro precepto de este Código.*

*Artículo 440 redactado por el número doscientos veintiséis del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 441**

*La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a cinco años.*

*Artículo 441 redactado por el número doscientos veintisiete del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 442**

*La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas de prisión de uno a tres años, multa del tanto al séxtuplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cuatro a seis años. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años. A los efectos de este artículo se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.*

*Artículo 442 redactado por el número doscientos veintiocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 443**

*1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.*

*2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años.*

*3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.*

*Artículo 443 redactado por el apartado centésimo cuadragésimo del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Vigencia: 1 octubre 2004*

#### **Artículo 444**



*Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.*

*Artículo 444 redactado por el apartado centésimo cuadragésimo primero del artículo único de L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Vigencia: 1 octubre 2004*

## **CAPÍTULO X**

*Disposición común a los Capítulos anteriores*

*Rúbrica del Capítulo X del Título XIX del Libro II redactada por el número doscientos veintinueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

### **Artículo 445**

*La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.*

## **TÍTULO XX**

*Delitos contra la Administración de Justicia*

### **CAPÍTULO PRIMERO**

*De la prevaricación*

#### **Artículo 446**

*El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:*

*1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.*

*2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve.*

*3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.*

*Artículo 446 redactado por el número doscientos treinta y uno del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

#### **Artículo 447**

*El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.*

#### **Artículo 448**

*El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.*

#### **Artículo 449**

*1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.*

*2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior.*

### **CAPÍTULO II**

*De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución*

#### **Artículo 450**

*1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.*

*2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.*

### **CAPÍTULO III**

#### *Del encubrimiento*

#### **Artículo 451**

*Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniera con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:*

*1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.*

*2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.*

*3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey o Reina, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o Princesa de Asturias, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos. Los términos «Rey o Reina» y «Príncipe o Princesa de Asturias» han sido introducidos en sustitución de las anteriores referencias al «Rey» y al «Príncipe heredero de la Corona», respectivamente, conforme establece el número doscientos cincuenta y nueve del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

*b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.*

#### **Artículo 452**

*En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad*

*será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.*

#### **Artículo 453**

*Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena.*

#### **Artículo 454**

*Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451.*

### **CAPÍTULO IV**

*De la realización arbitraria del propio derecho*

#### **Artículo 455**

- 1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.*
- 2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.*

### **CAPÍTULO V**

*De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos*

#### **Artículo 456**

*1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:*

- 1.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.*
- 2.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.*
- 3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara un delito leve.*

*Número 1 del artículo 456 redactado por el número doscientos treinta y dos del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*

*2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.*

#### **Artículo 457**

*El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente, provocando actuaciones procesales, será castigado con la multa de seis a doce meses.*

### **CAPÍTULO VI**

#### *Del falso testimonio*

#### **Artículo 458**

*1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.*

*2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.*

*3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.*

#### **Artículo 459**

*Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años.*

#### **Artículo 460**

*Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será*

*castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.*

#### **Artículo 461**

*1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores.*

*2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.*

*Número 2 del artículo 461 reenumerado por el apartado centésimo cuadragésimo quinto del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 3 del mismo artículo. Vigencia: 1 octubre 2004*

#### **Artículo 462**

*Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado.*

### **CAPÍTULO VII**

*De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*

#### **Artículo 463**

*1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.*

*Número 1 del artículo 463 redactado por el apartado centésimo cuadragésimo sexto del artículo único de L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Vigencia: 1 octubre 2004*

*2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.*

*3. Si la suspensión tuviera lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del juez o miembro del tribunal o de quien ejerza las funciones de secretario judicial, se impondrá la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años.*

*Número 3 del artículo 463 redactado por el apartado centésimo cuadragésimo sexto del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Vigencia: 1 octubre 2004*

#### **Artículo 464**

*1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.*

*Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.*

*2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.*

#### **Artículo 465**

*1. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.*

*2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses.*

#### **Artículo 466**

*1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.*

*2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior.*

*3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior.*

#### **Artículo 467**

*1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.*

*2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.*

*Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.*

### **CAPÍTULO VIII**

#### *Del quebrantamiento de condena*

#### **Artículo 468**

*1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

*2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.*

*Número 2 del artículo 468 redactado por el apartado centésimo trigésimo quinto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010*

*3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.*

*Número 3 del artículo 468 introducido por el número doscientos treinta y tres del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015*



*Artículo 468 redactado por el artículo 40 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género («B.O.E.» 29 diciembre). Vigencia: 29 junio 2005*

#### **Artículo 469**

*Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén recluidos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.*

#### **Artículo 470**

*1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.*

*2. Si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.*

*3. Si se tratara de alguna de las personas citadas en el artículo 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas.*

#### **Artículo 471**

*Se impondrá la pena superior en grado, en sus respectivos casos, si el culpable fuera un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido. El funcionario será castigado, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años en los demás casos.*

### **CAPÍTULO IX**

*De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional*

#### **Artículo 471 bis**

*1. El testigo que, intencionadamente, faltare a la verdad en su testimonio ante la Corte Penal Internacional, estando obligado a decir verdad conforme a las normas estatutarias y reglas de procedimiento y prueba de dicha Corte, será castigado con prisión de seis meses a dos años. Si el falso testimonio se diera en contra del acusado, la pena será de prisión de dos a cuatro años. Si a consecuencia del testimonio se dictara un fallo condenatorio, se impondrá pena de prisión de cuatro a cinco años.*

2. *El que presentare pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior de este artículo.*
3. *El que intencionadamente destruya o altere pruebas, o interfiera en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de siete a 12 meses.*
4. *El que corrompiera a un testigo, obstruyera su comparecencia o testimonio ante la Corte Penal Internacional o interfiriera en ellos será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses.*
5. *Será castigado con prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses quien pusiera trabas a un funcionario de la Corte, lo corrompiera o intimidara, para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.*
6. *El que tomara represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses. En la misma pena incurrirá quien tome represalias contra un testigo por su declaración ante la Corte.*
7. *El que solicitara o aceptara un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales incurrirá en la pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva solicitada o aceptada.*

## **7.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PARAGUAY**

Los Delitos contra la Administración Pública en Paraguay, se encuentran regulados en el Código Penal, Capítulo II: CAPITULO II HECHOS PUNIBLES CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA: Artículo 296.- Resistencia; Artículo 297.- Afectación de cosas gravadas; Artículo 298.- Quebrantamiento del depósito; Artículo 299.- Daño a anuncios oficiales. CAPITULO III HECHOS PUNIBLES CONTRA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS: Artículo 300.- Cohecho pasivo; Artículo 302.- Soborno; Artículo 305.- Prevaricato; Artículo 306.- Traición a la parte; Artículo 307.- Lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas; Artículo 308.- Coacción respecto de declaraciones; Artículo 309.- Tortura; Artículo 310.- Persecución de inocentes; Artículo 312.- Exacción; Artículo 313.- Cobro indebido de honorarios; Artículo 314.- Infidelidad en el

servicio exterior; Artículo 315.- Revelación de secretos de servicio; Artículo 316.- Difusión de objetos secretos; Artículo 317.- Violación del secreto de correo y telecomunicación; Artículo 318.- Inducción a un subordinado a un hecho punible.

De acuerdo con el Código Penal de Paraguay se prescribe respecto de los Delitos contra la Administración Pública, lo siguiente:

#### *CAPITULO II HECHOS PUNIBLES CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA*

##### *Artículo 296.- Resistencia*

*1° El que, mediante fuerza o amenaza de fuerza, resistiera o agrediera físicamente a un funcionario u otra persona encargada oficialmente de ejecutar leyes, decretos, sentencias, disposiciones judiciales o resoluciones, y estuviere actuando en el ejercicio de sus funciones, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2° Cuando el autor u otro participante realizara el hecho portando armas u ocasionara a la víctima lesiones graves o la pusiera en peligro de muerte, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta cinco años.*

##### *Artículo 297.- Afectación de cosas gravadas*

*1° El que total o parcialmente destruyera, dañara, inutilizara o de alguna manera sustrajera del poder del depositario una cosa secuestrada, embargada o incautada por una autoridad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa. 2° Será castigado con la misma pena el que arrancara, dañara o hiciera irreconocible un precintado o un sello oficial que señale cosas embargadas u oficialmente incautadas, haciendo total o parcialmente ineficaz el señalamiento. 3° No será castigado el hecho señalado en los incisos 1° y 2° cuando el secuestro, embargo, precintado o señalamiento no haya sido realizado conforme a la ley.*

*Artículo 298.- Quebrantamiento del deposito 1° El que destruyera, dañara, inutilizara o de otra forma sustrajera total o parcialmente de la disposición oficial documentos u otras cosas muebles que: 1. se encuentren en custodia oficial, o 2. hayan sido confiados a la guarda del autor o de un tercero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2° El que realizara el hecho respecto a una cosa que se haya confiado en su calidad de funcionario público o que en esta calidad le haya sido accesible, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.*

*Artículo 299.- Daño a anuncios oficiales El que a sabiendas arrancara, rompiera, desfigurara, hiciera irreconocible o alterara el contenido de un documento oficial, fijado o expuesto para el conocimiento público, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.*

### **CAPITULO III HECHOS PUNIBLES CONTRA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS**

*Artículo 300.- Cohecho pasivo*

*1º El funcionario que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio a cambio de una contraprestación proveniente de una conducta propia del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. 2º El juez o árbitro que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio como contraprestación de una resolución u otra actividad judicial que haya realizado o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 3º En estos casos, será castigado también la tentativa. Artículo*

*301.- Cohecho pasivo agravado 1º El funcionario que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio a cambio de un acto de servicio ya realizado o que realizará en el futuro, y que lesione sus deberes, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años. 2º El juez o árbitro que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio a cambio de una resolución u otra actividad judicial ya realizada o que realizará en el futuro, y lesione sus deberes judiciales, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años. 3º En estos casos, será castigada también la tentativa. En los casos de los incisos anteriores se aplicará también lo dispuesto en el artículo 57.*

*Artículo 302.- Soborno 1º El que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un funcionario a cambio de un acto de servicio ya realizado o que realizará en el futuro, y que dependiera de sus facultades discrecionales, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2º El que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un juez o árbitro a cambio de una resolución u otra actividad judicial ya realizada o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.*

*Artículo 303.- Soborno agravado 1º El que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un funcionario a cambio de un acto de servicio ya realizado o que realizará en el futuro, y que lesione sus deberes, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años. 2º El que ofreciera, prometiera o garantizara a un juez o árbitro un beneficio a cambio de una resolución u otra actividad judicial, ya realizada o que se realizará en el futuro, y que lesione sus deberes*

*judiciales, será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años. 3° En estos casos, será castigada también la tentativa.*

*Artículo 304.- Disposiciones adicionales 1° Será equiparada a la realización de un acto de servicio, en el sentido de los artículos de este capítulo, la omisión del mismo. 2° Se considerará como beneficio de un árbitro, en el sentido de los artículos de este capítulo, la retribución que éste solicitara, se dejara prometer o aceptara de una parte, sin conocimiento de la otra, o si una parte se la ofreciere, prometiére garantizarle, sin conocimiento de la otra.*

*Artículo 305.- Prevaricato 1° El juez, árbitro u otro funcionario que, teniendo a su cargo la dirección o decisión de algún asunto jurídico, resolviera violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes, será, castigado con pena privativa de libertad de dos a cinco años. 2° En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.*

*Artículo 306.- Traición a la parte El abogado o procurador que, debiendo representar a una sola parte, mediante consejo o asistencia técnica, prestara servicios a ambas partes en el mismo asunto jurídico, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.*

*Artículo 307.- Lesión corporal en el ejercicio de funciones publicas 1° El funcionario que, en servicio o con relación a él, realizara o mandara realizar un maltrato corporal o una lesión, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años. En casos leves, se aplicará pena privativa de libertad de hasta tres años o multa. 2° En caso de una lesión grave conforme la artículo 112, el autor será castigado con pena privativa de libertad de dos a quince años.*

*Artículo 308.- Coacción respecto de declaraciones El funcionario que, teniendo intervención en un procedimiento penal u otros procedimientos que impliquen la imposición de medidas, maltratara físicamente a otro, o de otro modo le aplicara violencia y así le coaccionara a declarar o a omitir una declaración, será castigado con pena privativa de libertad de dos a quince años. En casos leves, se aplicará la pena privativa de libertad de uno a cinco años.*

*Artículo 309.- Tortura 1° El que con la intención de destruir o dañar gravemente la personalidad de la víctima o de un tercero, y obrando como funcionario o en acuerdo con un funcionario: 1. realizara un hecho punible contra, a) la integridad física conforme a los artículos 110 al 112, b) la libertad de acuerdo a los artículos 120 al 122 y el 124, c) la autonomía sexual según los artículos 128, 130 y 131, d) menores conforme a los artículos 135 y 136, e) la legalidad del ejercicio de funciones publicas de acuerdo a los artículos 307, 308, 310 y 311, o 2. sometiera a la*

*víctima a graves sufrimientos síquicos, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años. 2º El inciso 1º se aplicará aún cuando la calidad de funcionario: 1. careciera de un fundamento jurídico válido, o 2. haya sido arrogada indebidamente por el autor.*

*Artículo 310.- Persecución de inocentes 1º El funcionario con obligación de intervenir en causas penales que, intencionalmente o a sabiendas, persiguiera o contribuyera a perseguir penalmente a un inocente u otra persona contra la cual no proceda una persecución penal, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años. En casos leves, el hecho será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. 2º Cuando el hecho se refiera a un procedimiento acerca de medidas no privativas de libertad, se aplicará la pena privativa 1º. El funcionario que, intencionalmente o a sabiendas, ejecutara una pena o medida privativa de libertad en contra de la ley, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años. En casos leves, el hecho será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años. 2º El inciso anterior será aplicado, en lo pertinente, también a la ejecución de una medida cautelar privativa de libertad. 3º En estos caso será castigada también la tentativa.*

*Artículo 312.- Exacción 1º El funcionario encargado de la recaudación de impuestos, tasas y otras contribuciones que a sabiendas: 1. recaudara sumas no debidas, 2. no entregara, total o parcialmente, lo recaudado a la caja pública, o 3. efectuara descuentos indebidos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años o con multa. 2º En estos caso, será castigado también la tentativa.*

*Artículo 313.- Cobro indebido de honorarios 1º El funcionario público, abogado u otro auxiliar de justicia que, a sabiendas, cobrara en su provecho honorarios u otras remuneraciones no debidas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2º En estos casos, será castigada también la tentativa.*

*Artículo 314.- Infidelidad en el servicio exterior 1º El funcionario que en representación de la República ante un gobierno extranjero, una comunidad de Estados o un organismo interestatal o intergubernamental, incumpliera una instrucción oficial o elevara informes falsos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2º La persecución penal dependerá de la autorización del Poder Ejecutivo.*

*Artículo 315.- Revelación de secretos de servicio 1º El funcionario que revelara un secreto que haya sido confiado o cuyo conocimiento hubiera adquirido en razón de su cargo, atentando con ello contra los intereses públicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Como secreto se entenderán hechos, objetos o conocimientos, que sean*

*accesibles sólo a un número limitado de personas, y que por ley o en base a una ley no deban comunicarse a terceros. 2º En estos casos, será castigada también la tentativa.*

*Artículo 316.- Difusión de objetos secretos. 1º El que fuera de los casos del artículo anterior, participara a otros o hiciera públicos objetos, documentos escritos, planos o maquetas, señalados como secretos por: 1. un órgano legislativo o por una de sus comisiones, o 2. un órgano administrativo, y con ello pusiera en peligro importantes intereses públicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.*

*Artículo 317.- Violación del secreto de correo y telecomunicación 1º El que sin autorización comunicara a otro hechos protegidos por el secreto postal y de telecomunicación, y que los haya conocido como empleado de los servicios respectivos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2º Será castigado con la misma pena, quien como empleado del correo o de telecomunicaciones y sin autorización: 1. abriera un envío que le haya sido confiado para su transmisión al correo o a la oficina de telecomunicaciones, o se enterara del contenido, sin abrirlo, mediante medios técnicos, 2. interviniera o estableciera, sin expresa autorización judicial, escuchas en una línea telefónica u otro medio telecomunicativo o las grabara, 3. suprimiera un envío confiado al correo o a la oficina de telecomunicaciones para la transmisión por vía postal o telecomunicativa, o 4. ordenara o tolerara las conductas descriptas en este inciso y en el anterior. 3º Será aplicado lo dispuesto en los incisos 1º y 2º a la persona que: 1. por el correo o mediante la autorización de éste, le sea confiada las funciones de servicio postal, 2. sin pertenecer al correo u oficina de telecomunicaciones supervisara, sirviera o realizara sus actividades en instalaciones de telecomunicaciones que sirvan al tránsito público, 3. sin pertenecer al correo u oficina de telecomunicaciones, pero en calidad de funcionario público, efectúe una intervención no autorizada, en el secreto postal y telecomunicativo.*

*Artículo 318.- Inducción a un subordinado a un hecho punible El superior que indujera o intentara inducir al subordinado a la realización de un hecho antijurídico en el ejercicio de sus funciones o tolerara tales hechos, será castigado con la pena prevista para el hecho punible inducido.*

## **8.- LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN URUGUAY.-**

Los Delitos contra la Administración Pública en Uruguay se encuentran en el Código Penal, en el TITULO IV: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA: CAPITULO I: Artículo 153. (Peculado); Artículo 155. (Peculado por

aprovechamiento del error de otro); Artículo 156. (Concusión); Artículo 157. (Cohecho simple); Artículo 158. (Cohecho calificado); Artículo 158 bis. (Tráfico de influencias); Artículo 159. (Soborno). CAPITULO II: Abuso de autoridad y violación de los deberes inherentes a una función pública: Artículo 160. (Fraude); Artículo 161. (Conjunción del interés personal y del público); Artículo 162. (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley); Artículo 163. (Revelación de secretos); Artículo 163 bis. (Utilización indebida de información privilegiada); Artículo 164. (Omisión contumacial de los deberes del cargo); Artículo 165. (Abandono colectivo de funciones y servicios públicos de necesidad o utilidad pública). CAPITULO III: De la usurpación de funciones públicas y títulos: Artículo 166. (Usurpación de funciones); Artículo 167. (Usurpación de títulos). CAPITULO IV: De la violación de sellos y de la apropiación por el secuestre de cosas depositadas por la autoridad: Artículo 168. (Violación de sellos); Artículo 169. (De la apropiación o destrucción por el secuestre de las cosas depositadas por la autoridad. CAPITULO V: De la violencia y la ofensa a la autoridad pública: Artículo 171. (Atentado); Artículo 173. (Desacato). TITULO V: DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA: CAPITULO I: Artículo 177. (Omisión de los funcionarios en proceder a denunciar los delitos); Artículo 178. (Omisión de los que estando legalmente obligados a prestar su concurso a la justicia, no lo hicieron); Artículo 179. (Calumnia y simulación de delito). CAPITULO II: Artículo 180. (Falso testimonio); Artículo 183. (De los peritos o intérpretes) La falsa exposición de los peritos o intérpretes. CAPITULO III: Evasión y quebrantamiento de condena: Artículo 184. (Auto evasión); Artículo 185. (Concurso de los particulares en la evasión); Artículo 186. (Concurso de los funcionarios públicos en la evasión); Artículo 189. (Evasión por culpa del funcionario encargado de la custodia de un arrestado detenido); Artículo 190. (Asimilación de los condenados que se hallan trabajando fuera del establecimiento); Artículo 191. (Quebrantamiento de la pena de inhabilitación para cargos, oficios públicos); Artículo 192. (Quebrantamiento de la pena de suspensión de cargo u oficio público); Artículo 193. (Quebrantamiento de la pena



de destierro). CAPITULO IV: Prevaricato: Artículo 194. (Asistencia y consejo desleal); 196. (Otras infidencias del abogado o procurador). CAPITULO V: 197. (Encubrimiento). CAPITULO VI: Artículo 198. (Justicia por la propia mano).

De acuerdo con el Código Penal de Uruguay se prescribe respecto de los Delitos contra la Administración Pública, lo siguiente:

#### **TITULO IV**

#### **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**

#### **CAPITULO I**

**Artículo 153.** *(Peculado) El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años.*

**Artículo 154.** *(Circunstancia atenuante) Constituye una circunstancia atenuante especial, el hecho de tratarse de dinero o cosas de poco valor y la reparación del daño previamente a la acusación fiscal.*

**Artículo 155.** *(Peculado por aprovechamiento del error de otro) El funcionario público que en ejercicio de su cargo, aprovechándose del error de otro, recibiere o retuviere, indebidamente, en beneficio propio o ajeno, dinero u otra cosa mueble, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión y dos a cuatro años de inhabilitación especial.*

**Artículo 156.** *(Concusión) El funcionario público que con abuso de su calidad de tal o del cargo que desempeña, compeliere o indujere a alguno a dar o prometer indebidamente a él o a un tercero, dinero u otro provecho cualquiera, será castigado con doce meses de prisión a seis años de penitenciaría, multa de 50 UR (cincuenta unidades reajustables) a 10.000 UR (diez mil unidades reajustables) e inhabilitación de dos a seis años.*

*Se aplica a este delito la atenuante del artículo 154.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 157.** *(Cohecho simple) El funcionario público que, por ejecutar un acto de su empleo, recibe por sí mismo, o por un tercero, para sí mismo o para un tercero, una retribución que no le fuera debida, o aceptare la promesa de ella, será castigado con una pena de tres meses de prisión*

*a tres años de penitenciaría, con multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 5.000 UR (cinco mil unidades reajustables) e inhabilitación especial de dos a cuatro años.*

*La pena será reducida de la tercera parte a la mitad, cuando el funcionario público acepta la retribución, por un acto ya cumplido, relativo a sus funciones.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 158.** *(Cohecho calificado) El funcionario público que, por retardar u omitir un acto relativo a su cargo o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otro, dinero u otro provecho, o acepta su promesa, será castigado con doce meses de prisión a seis años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a seis años, y multa de 50 UR (cincuenta unidades reajustables) a 10.000 UR (diez mil unidades reajustables).*

*La pena será aumentada de un tercio a la mitad en los siguientes casos:*

- 1. Si el hecho tuviere por efecto la concesión de un empleo público, estipendios, pensiones, honores o el favor o el daño de las partes litigantes en juicio civil o criminal.*
- 2. Si el hecho tuviere por efecto la celebración de un contrato en que estuviere interesada la repartición a la cual pertenece el funcionario o se realizare por medio de un uso abusivo de los procedimientos legales que deben aplicarse por la Administración Pública en materia de adquisición de bienes y servicios.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 158 bis.** *(Tráfico de influencias) El que, invocando influencias reales o simuladas, solicita, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otro, provecho económico, o acepta su promesa, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario al mismo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.*

*La pena será reducida de un tercio a la mitad cuando se acepta la retribución, con el fin de influir decisivamente, para que el funcionario público ejercite un acto inherente a su cargo.*

*Se considerará agravante especial del delito la circunstancia de que el funcionario público, en relación al cual se invocan las influencias, fuere alguna de las personas comprendidas en los artículos 10 y 11 de la ley de prevención y lucha contra la corrupción.*

*Agregado por el artículo 9 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 159.** *(Soborno) El que indujere a un funcionario público a cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos 157 y 158 será castigado por el simple hecho de la instigación,*

*con una pena de la mitad a las dos terceras partes de la pena principal establecida para los mismos.*

*Se considerarán agravantes especiales:*

*1. Que el inducido sea funcionario policial o encargado de la prevención, investigación o represión de actividades ilícitas, siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de sus funciones, o en razón de su calidad de tal y que esta última circunstancia sea ostensible para el autor del delito.*

*2. Que el inducido sea alguna de las personas comprendidas en los artículos 10 y 11 de la ley de prevención y lucha contra la corrupción.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

## **CAPITULO II**

### **Abuso de autoridad y violación de los deberes inherentes a una función pública**

**Artículo 160.** (Fraude) *El funcionario público que, directamente o por interpuesta persona, procediendo con engaño en los actos o contratos en que deba intervenir por razón de su cargo, dañare a la Administración, en beneficio propio o ajeno, será castigado con doce meses de prisión a seis años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a seis años y multa de 50 UR (cincuenta unidades reajustables) a 15.000 UR (quince mil unidades reajustables).*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 161.** (Conjunción del interés personal y del público) *El funcionario público que, con o sin engaño, directamente o por interpuesta persona, se interesare con el fin de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero en cualquier acto o contrato en que deba intervenir por razón de su cargo, u omitiere denunciar o informar alguna circunstancia que lo vincule personalmente con el particular interesado en dicho acto o contrato, será castigado con pena de seis meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 10.000 UR (diez mil unidades reajustables).*

*Constituye circunstancia agravante especial que el delito se cometa para obtener un provecho económico para sí o para un tercero.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 162.** (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley) *El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales, será castigado con tres meses de prisión a tres*

*años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables).*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 163.** *(Revelación de secretos) El funcionario público que, con abuso de sus funciones, revelare hechos, publicare o difundiere documentos, por él conocidos o poseídos en razón de su empleo actual o anterior, que deben permanecer secretos, o facilitare su conocimiento, será castigado con suspensión de seis meses a dos años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables).*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 163 bis.** *(Utilización indebida de información privilegiada) El funcionario público que, con el fin de obtener un provecho económico para sí o para un tercero, haga uso indebido de la información o de datos de carácter reservado que haya conocido en razón o en ocasión de su empleo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 10.000 UR (diez mil unidades reajustables).*

*Agregado por el artículo 9 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 163 ter.** *(Circunstancias agravantes especiales) Constituyen circunstancias agravantes especiales de los delitos de los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163 bis:*

*1º) Que el sujeto activo fuera alguna de las personas comprendidas en los artículos 10 y 11 de la ley de prevención y lucha contra la corrupción.*

*2º) Que el sujeto activo haya obtenido, como consecuencia de cualquiera de estos delitos, un enriquecimiento patrimonial.*

*Agregado por el artículo 9 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 163 Quater.** *(Confiscación) Tratándose de los delitos de los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163 bis, el Juez también podrá confiscar los objetos o valores patrimoniales que sean resultado directo o indirecto del delito.*

*El producto de la confiscación pertenecerá al Estado, a cuyo efecto, y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Juez de la causa lo pondrá a disposición del Poder Ejecutivo, el que le dará el destino especial que la ley establezca. De no haber previsión especial se procederá a su venta y se destinará el importe a Rentas Generales.*

*Lo dispuesto en la presente disposición regirá sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.*

*Agregado por el artículo 9 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 164.** *(Omisión contumacial de los deberes del cargo) El funcionario público que requerido al efecto por un particular o por un funcionario público, omitiere o rehusare sin causa justificada ejecutar un acto impuesto por los deberes de su cargo, será castigado con suspensión de tres a dieciocho meses.*

**Artículo 165.** *(Abandono colectivo de funciones y servicios públicos de necesidad o utilidad pública) Los funcionarios públicos que abandonaren colectivamente la función, en número no menor de cinco, con menoscabo de su continuidad o regularidad, serán castigados con pena de tres a dieciocho meses de prisión.*

### **CAPITULO III**

#### **De la usurpación de funciones públicas y títulos**

**Artículo 166.** *(Usurpación de funciones) El que indebidamente, asumiere o ejercitare funciones públicas, será castigado con pena de tres a doce meses de prisión.*

*En la misma pena incurrirá el que, habiendo recibido oficialmente la comunicación del cese o de la suspensión de sus funciones, continuará ejerciéndolas.*

**Artículo 167.** *(Usurpación de títulos) El que se abrogare títulos académicos o ejerciere profesiones para cuyo desempeño se requiere una habilitación especial, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 900 U.R. (novecientas unidades reajustables) de multa.*  
*Redacción dada por el artículo 216 de la Ley N° 15903 de 10/11/1987.*

### **CAPITULO IV**

#### **De la violación de sellos y de la apropiación por el secuestro de cosas depositadas por la autoridad**

**Artículo 168.** *(Violación de sellos) El que violare, de cualquier manera, los sellos puestos por disposición de la ley, o por orden legítima de la autoridad, para asegurar la conservación o la identidad de una cosa, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 900 U.R. (novecientas unidades reajustables) de multa.*

*Constituye una circunstancia agravante especial, el que el hecho se haya ejecutado por el mismo depositario de las cosas bajo sello o por el funcionario que ordenó su colocación.*

*Redacción dada por el artículo 216 de la Ley N° 15903 de 10/11/1987.*

**Artículo 169.** *(De la apropiación o destrucción por el secuestro de las cosas depositadas por la autoridad.*

*El que se apropia, suprime, deteriora o rehusa entregar a quien por derecho corresponda, las cosas puestas por la autoridad bajo su custodia, será castigado con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.*

*Constituye una circunstancia atenuante especial, el hecho de que el daño causado fuera leve y el de que el delito se hubiera cometido por el secuestro que fuera dueño de las cosas bajo secuestro.*

**Artículo 170.** *(Penalidad de las formas culpables) Las penas serán reducidas de un tercio a la mitad, cuando el delito previsto en los artículos precedentes, fuera cometido, en el primer caso, en virtud de culpa del particular o del funcionario responsable y en el segundo, del secuestro.*

## **CAPITULO V**

### **De la violencia y la ofensa a la autoridad pública**

**Artículo 171.** *(Atentado) Se comete atentado usando violencia o amenaza contra un funcionario público, con alguno de los siguientes fines:*

- 1. El de impedirle al funcionario asumir la función o tomar posesión del cargo.*
- 2. El de estorbarle su libre ejercicio.*
- 3. El de obtener su renuncia.*
- 4. La prepotencia, el odio o el menosprecio. Este delito se castiga con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.*

**Artículo 172.** *(Circunstancias agravantes) Son circunstancias agravantes:*

- 1. El que la violencia o amenaza se ejerciera por más de tres personas y menos de quince.*
- 2. El que la violencia o amenaza se ejecutare contra más de dos funcionarios o contra un cuerpo político, administrativo o judicial, de organización jerárquica o colegiada, o contra un funcionario del orden judicial o policial.*
- 3. El que la violencia o amenaza se efectuare con armas.*
- 4. La calidad de jefe o promotor.*
- 5. La elevación jerárquica del funcionario ofendido.*

*Redacción dada por el artículo 7 de la Ley N° 16707 de 12/07/1995.*

**Artículo 173.** *(Desacato) Se comete desacato menoscabando la autoridad de los funcionarios públicos de alguna de las siguientes maneras:*

- 1) Por medio de ofensas reales ejecutadas en presencia del funcionario o en el lugar en que éste ejerciera sus funciones.*
- 2) Por medio de la desobediencia abierta al mandato legítimo de un funcionario público.*

*El delito se castiga con tres a dieciocho meses de prisión.*

*Nadie será castigado por manifestar su discrepancia con el mandato de la autoridad.*

*Redacción dada por el artículo 6 de la Ley N° 18515 de 26/06/2009.*

**Artículo 174.** *(Circunstancias agravantes) Son aplicables a este delito, las agravantes prevista en los incisos 2°, 4° y 5° del artículo 172.*

## **CAPITULO VI**

### **Disposiciones comunes a los capítulos precedentes**

**Artículo 175.** *(Concepto del funcionario) A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 176.** *(Influencia de la cesación de la calidad de funcionario) Cuando la ley considera la calidad de funcionario público, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, no influye en el hecho la inexistencia de esa calidad, en el momento en que se cometa el delito, cuando éste reconoce dicha circunstancia como causa.*

## **TITULO V**

### **DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA**

#### **CAPITULO I**

**Artículo 177.** *(Omisión de los funcionarios en proceder a denunciar los delitos) El Juez competente que, teniendo conocimiento de la ejecución de un delito, no interviniera o retardase su intervención, y el que no siendo competente, omitiere o retardare formular su denuncia, será castigado con la pena de tres meses a dieciocho meses de prisión.*

*La misma pena se aplicará al funcionario policial que omitiera o retardare formular la denuncia de cualquier delito de que tuviere conocimiento por razón de sus funciones, y a los demás funcionarios, en las mismas circunstancias, de los delitos que se cometieren en su repartición o cuyos efectos la repartición experimentara particularmente.*

*Se exceptúan de la regla los delitos que sólo pueden perseguirse mediante denuncia del particular ofendido.*

*Constituye circunstancia agravante especial, respecto de los funcionarios públicos y en relación a los hechos que se cometieren en su repartición, el hecho de que se trate de los delitos previstos en los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 159, 160, 161, 162, 163 y 163 bis.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

**Artículo 178.** *(Omisión de los que estando legalmente obligados a prestar su concurso a la justicia, no lo hicieren) El que llamado por la autoridad judicial, en calidad de testigo, perito, intérprete, jurado, con un falso pretexto se abstiene de comparecer y el que hallándose presente, se rehúsa a prestar su concurso, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 900 U.R. (novecientas unidades reajustables) de multa.*

*Redacción dada por el artículo 216 de la Ley N° 15903 de 10/11/1987.*

**Artículo 179.** *(Calumnia y simulación de delito) El que a sabiendas denuncia a la autoridad judicial o policial, o ante la Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado o ante un funcionario público el cual tenga la obligación de dirigirse a tales autoridades, un delito que no se ha cometido, o que simule los indicios de un delito, en forma que proceda la iniciación de un procedimiento penal para su averiguación, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 17060 de 23/12/1998.*

## **CAPITULO II**

**Artículo 180.** *(Falso testimonio) El que prestando declaración como testigo, en causa civil o criminal, afirmase lo falso, negase lo verdadero, u ocultare en todo o en parte la verdad, será castigado con tres meses de prisión a ocho años de penitenciaría.*

**Artículo 181.** *(Circunstancia atenuantes) Constituyen circunstancias atenuantes especiales :*

- 1. Que la falsa declaración se haya prestado en juicio civil, o que prestada en juicio criminal, no tenga importancia para el fallo de la causa o fuere en favor del reo.*
- 2. Que el testigo se hubiere retractado antes de dictarse la sentencia de primera instancia.*

**Artículo 182.** *(Circunstancia agravantes) Constituyen circunstancias agravantes especiales:*

- 1. Que la falsa declaración haya determinado una sentencia condenatoria aunque fuere de primera instancia.*
- 2. Que la falsa declaración se hubiere prestado por dinero u otro provecho cualquiera, dado o prometido.*



**Artículo 183.** *(De los peritos o intérpretes)* La falsa exposición de los peritos o intérpretes, será castigada con las penas establecidas para los testigos, aumentadas de un sexto a un tercio. Les son aplicables a éstos, todas las disposiciones que rigen en falso testimonio.

### **CAPITULO III**

#### **Evasión y quebrantamiento de condena**

**Artículo 184.** *(Auto evasión)* El que hallándose legalmente preso o detenido se evadiere empleando violencia en las cosas, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

*Igual pena se aplicará al que, autorizado por la autoridad competente a ausentarse de su lugar de reclusión, en régimen de salidas transitorias, no regresare al mismo, en el plazo fijado.*

*Redacción dada por el artículo 2 de la Ley N° 16928 de 03/04/1998.*

**Artículo 185.** *(Concurso de los particulares en la evasión)* El particular, que de cualquier manera, procurare o facilitare la evasión de un preso, o detenido por delito, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría.

**Artículo 186.** *(Concurso de los funcionarios públicos en la evasión)* El funcionario público encargado de la custodia o del transporte de un preso o detenido por delito, que de cualquier manera procurare o facilitare su evasión, será castigado con dos a ocho años de penitenciaría.

**Artículo 187.** *(Circunstancias agravantes)* Constituyen circunstancias agravantes especiales.

*Respecto del delito previsto en el artículo 184:*

- 1. La violencia en las personas, con armas o sin ellas.*
- 2. La concurrencia de tres o más culpables.*

*Respecto de los delitos previstos en los artículos 185 y 186 :*

- 1. La violencia en las cosas.*
- 2. La violencia en las personas, con armas o sin ellas.*
- 3. Que el delito tenga por objeto la evasión de tres o más sujetos.*

**Artículo 188.** *(Circunstancias atenuantes del parentesco)* Constituyen circunstancias atenuantes especiales de los delitos previstos en los artículos 185 y 186:

- 1. Que el reo tenga la calidad de pariente próximo del prófugo.*
- 2. Que el reo, dentro del término de tres meses, obtenga la captura o la presentación del prófugo a la autoridad.*

**Artículo 189.** *(Evasión por culpa del funcionario encargado de la custodia de un arrestado detenido) El funcionario encargado de la custodia o traslado de un preso o detenido por delito, que fuere responsable de su evasión, por mera culpa, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión.*

**Artículo 190.** *(Asimilación de los condenados que se hallan trabajando fuera del establecimiento) Las disposiciones precedentes se aplican igualmente, tratándose de la evasión de los condenados a penitenciaría, y de los delincuentes sujetos a medidas de seguridad, que se hallaren autorizados a trabajar fuera del establecimiento.*

**Artículo 191.** *(Quebrantamiento de la pena de inhabilitación para cargos, oficio públicos, etc.) El inhabilitado para cargos, oficios públicos, derechos políticos o profesionales, académicas, comerciales o industriales que los ejerciere, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables) de multa.  
Redacción dada por el artículo 216 de la Ley N° 15903 de 10/11/1987.*

**Artículo 192.** *(Quebrantamiento de la pena de suspensión de cargo u oficio público) El que ejerciere un cargo u oficio público en que hubiere sido suspendido, sufrirá un recargo de la sexta a la tercera parte del tiempo y de la primitiva condena.*

**Artículo 193.** *(Quebrantamiento de la pena de destierro)  
Derogado por el artículo 9 de la Ley N° 14068 de 10/07/1972.*

#### **CAPITULO IV**

##### **Prevaricato**

**Artículo 194.** *(Asistencia y consejo desleal) El abogado o procurador, que faltando a sus deberes profesionales, perjudique los intereses de la parte que defiende o represente judicial o administrativamente, será castigado con 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 900 U.R. (novecientas unidades reajustables) de multa e inhabilitación especial de dos a ocho años.  
Redacción dada por el artículo 216 de la Ley N° 15903 de 10/11/1987.*

**195.** *(Circunstancia agravantes) Constituyen circunstancias agravantes especiales:*

1. *Que el hecho se haya efectuado por el culpable, mediante colusión con la contraparte.*
2. *Que el hecho se haya efectuado en perjuicio de un sujeto sometido a un proceso criminal.*

**196.** *(Otras infidencias del abogado o procurador) El abogado o procurador de una de las partes, que diere consejo, prestara asistencia, o ayudara de cualquier manera en juicio, a la parte contraria, directamente o por interpuesta persona, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades*

*reajustables) a 500 U.R. (quinientas unidades reajustables) de multa e inhabilitación especial de dos a seis años.*

*Redacción dada por el artículo 216 de la Ley N° 15903 de 10/11/1987.*

#### **CAPITULO V**

**197.** *(Encubrimiento) El particular o funcionario que, después de haberse cometido un delito y sin concierto previo a su ejecución con los autores, coautores o cómplices, aunque éstos fueren inimputables, los ayudaren a asegurar el beneficio o el resultado del delito, a estorbar las investigaciones de las autoridades, a sustraerse a la persecución de la justicia o a eludir su castigo, así como el que suprimiere, ocultare o de cualquier manera alterare los indicios de un delito, los efectos que de él provinieren o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, será castigado con pena de tres meses de prisión a diez años de penitenciaría.*

*Redacción dada por el artículo 8 de la Ley N° 16707 de 12/07/1995.*

#### **CAPITULO VI**

**Artículo 198.** *(Justicia por la propia mano) El que, con el fin de ejercitar un derecho real o presunto, se hiciera justicia por su mano, con violencia en las personas o las cosas, en los casos en que puede recurrir a la autoridad, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 800 U.R. (ochocientas unidades reajustables) de multa.*

*Concorre la violencia en las cosas, cuando se daña, se transforma o se cambia su destino.*

*Redacción dada por el artículo 216 de la Ley N° 15903 de 10/11/1987.*

**199.** *(Circunstancias agravantes) Constituye una circunstancia agravante especial, el hecho de que la violencia se haya cometido con armas.*

**CAPÍTULO III:**  
**MARCO METODOLÓGICO**

**CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO**

**3.1. Hipótesis**

La Prisión Preventiva y los Delitos contra la Administración Pública se aplican ilegítimamente, lo que se demuestra con la jurisprudencia, en la cual se observa que respecto a la prisión preventiva se dictan en forma excesiva, incoherente, con motivación insuficiente, nula o poco sometimiento a test de proporcionalidad y ponderación, difuso contenido de lo que representan graves y fundados elementos de convicción que vinculan al imputado con el delito, así como adhesión lesiva de la prognosis de la pena, incertidumbre o inconsistente fundamentación del peligro procesal, arraigo domiciliario u obstaculización de la pena, factores que evidentemente producen la violación de los derechos a la vida, la libertad, la integridad física y mental, el debido proceso, el control de la potestad punitiva del Estado, el derecho de defensa y el derecho a la justicia, en síntesis transgreden los derechos fundamentales de la persona. Respecto a los delitos contra la administración pública están tipificados y penados desproporcionalmente, y no concordantes entre el tipo delictivo y la pena, es decir, no existe concordancia entre el delito realizado contra bienes y servicios sociales, con la pena, que resulta siendo la libertad. No hay equivalencia entre estos factores.

Por su parte, los Derechos Fundamentales son aquellos valores, principios y normas jurídicas que defienden el fundamento del ser humano, los derechos irrefutables de la persona humana, y que por tal están aceptados internacionalmente. Estos derechos fundamentales son: la vida, la libertad, la igualdad, la salud, etc., que por su condición de conformar la integridad natural del ser humano no pueden vulnerarse o transgredirse sin dañar su propia esencia

de derecho fundamental. Siendo que en nuestra realidad, específicamente en el Perú del año 2002 al 2016 se ha aplicado ilegítimamente la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública.

### **3.1.1 Hipótesis general.-**

Siendo que las hipótesis son una respuesta a la pregunta significativa, nuestra hipótesis general es la siguiente:

La aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales, como la libertad, salud, vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.

### **3.1.2.- Hipótesis específicas.-**

- a) La prisión preventiva se aplica ilegítimamente, al no cumplirse el requisito de excepcional, lo que transgrede los derechos fundamentales.
- b) Los delitos contra la administración pública se aplican ilegítimamente, al vulnerarse el principio de equivalencia, transgrediendo los derechos fundamentales.
- c) Los derechos fundamentales son transgredidos por la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública.

## **3.2. Variables**

### **3.2.1. Identificación de la variable independiente**

#### **a) Variable N° 01:**

- La Prisión Preventiva

#### **b) Variable N° 02:**

- Los Delitos contra la Administración Pública

### 3.2.1.1. Indicadores

Siendo que los indicadores resultan de la operacionalización de las variables, para demostrar si la aplicación de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales de los procesados, hemos analizado los elementos que configuran las variables que a su vez operacionalizamos como indicadores, siendo los siguientes:

#### a) Operacionalización de la variable “prisión preventiva”

Variable	Definición conceptual	Definición operacional	Indicador
Prisión preventiva	<p>Medida cautelar de coerción personal que cumple con tres requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Apariencia de responsabilidad penal (graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito);</li> <li>2) Pronosis de la pena (gravedad de la pena superior a 4 años);</li> <li>3) Riesgo procesal (arraigo domiciliario,</li> </ol>	<p>Medida cautelar de coerción personal, excepcional, debidamente motivada, coherente, proporcional, ponderada, provisional, que cumple con los requisitos de determinar la apariencia de la responsabilidad penal del imputado, pronosis de la pena y riesgo</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Excepcionalidad de la prisión preventiva</li> <li>2.- Coherencia</li> <li>3.- Motivación</li> <li>4.- Proporcionalidad</li> <li>5.- Ponderación</li> <li>6.- Graves y fundados elementos de convicción</li> <li>7.- Pronóstico de la pena</li> <li>8.- Peligro procesal</li> <li>9.- Arraigo domiciliario</li> </ol>

	<p>obstaculización del proceso.</p> <p>Tiene también las siguientes características:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Excepcional;</li> <li>2) Instrumental;</li> <li>3) Urgente</li> <li>4) Proporcional;</li> <li>5) Variable</li> <li>6) Provisional</li> </ol>	procesal	10.- Obstaculización procesal
--	---	----------	----------------------------------

**b) Indicadores para la variable Independiente: Prisión Preventiva.-**

De acuerdo con nuestra operacionalización de nuestra variables los indicadores para la prisión preventiva son los siguientes:

- 1) Excepcional
- 2) Instrumental
- 3) Urgente
- 4) Proporcional
- 5) Variable
- 6) Provisional
- 7) Coherente
- 8) Motivada
- 9) Ponderada
- 10) Apariencia de responsabilidad penal
- 11) Prognosis grave de la pena
- 12) Riesgo procesal
- 13) Arraigo domiciliario
- 14) Obstaculización del proceso
- 15) Vulneración del principio de inocencia
- 16) Principio de equivalencia

17.- Medida cautelar, medida coercitiva personal, no sanción penal

18) Prueba estadística de transgresión a la libertad, salud o vida.

En consecuencia para conocer cómo la prisión preventiva incide en los derechos fundamentales de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016, se ha procesado la información contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional (instrumentos de nuestra investigación) y descrito la observancia de los indicadores anteriormente detallados.

Cabe anotar que para nuestra investigación y demostración del cumplimiento de nuestros indicadores hemos utilizado el principio del falsacionismo de Karl Popper, por el cual basta que exista un elemento, factor (o indicador) que contradiga válidamente una ley o teoría, para que dicha ley o teoría deje de serlo. Por lo cual basta que se cumple con un indicador para que se cumple nuestra hipótesis.

**c) Operacionalización de la variable independiente: “Delitos contra la administración pública”.-**

<b>Variable</b>	<b>Definición conceptual</b>	<b>Definición operacional</b>	<b>Indicador</b>
Delitos contra la administración pública	Conductas (acción u omisión) típicas, antijurídicas, imputables, culpables y punibles cometidos contra los bienes y servicios públicos, poder público y patrimonio público, cometiendo infracción	Conductas que vulneran el poder público y/ el patrimonio público (bienes y servicios públicos) infringiendo el deber público	1.- Proporcionalidad de las penas 2.- Coherencia 3.- Motivación 4.- Ponderación 5.- Principio de equivalencia (Equivalencia entre el derecho o bien jurídico vulnerado



	del deber público		por el delito y el derecho o bien jurídico afectado por la sanción penal) 6. Estadísticas
--	-------------------	--	--

**d) Indicadores para la variable Independiente: Delitos contra la Administración Pública.-**

Los indicadores para variable Delitos contra la Administración Pública, son:

- 1.- Proporcionalidad de las penas
- 2.- Coherencia
- 3.- Motivación
- 4.- Ponderación
- 5.- Principio de equivalencia (Equivalencia entre el derecho o bien jurídico vulnerado por el delito y el derecho o bien jurídico afectado por la sanción penal)
- 6.- Estadísticas

Utilizaremos también la teoría del falsacionismo de Karl Popper que establece que basta un factor que niegue probadamente una ley o principio para que esta deje de ser ley o principio.

**3.2.1.2. Escala para la medición de la variable independiente**

- Nominal

**3.2.2. Identificación de la variable dependiente**

- Derechos Fundamentales

### 3.2.2.1. Indicadores de la variable dependiente

Para nuestro indicador de la variable dependiente también la hemos operacionalizado de la siguiente manera:

#### a) Operacionalización de la variable dependiente.-

Variable	Definición conceptual	Definición operacional	Indicador
Derechos Fundamentales	Son derechos de la persona únicos e irrefutables, de carácter universal e inherentes a la persona	Derechos irrefutables, universales como la libertad, salud, vida	1.- Respeto de los Derechos fundamentales 2.- Debido proceso 3.- Control de la potestad punitiva 4.- Derecho de defensa 5.- Legitimidad de las normas jurídicas 6.- Validez de las normas jurídicas 7.- Inviolabilidad de la libertad, salud, vida

#### b) Indicadores de la variable dependiente: Derechos Fundamentales.-

Nuestros indicadores de esta variable, Derechos Fundamentales son:

- 1.- Respeto de los Derechos fundamentales
- 2.- Debido proceso
- 3.- Control de la potestad punitiva
- 4.- Derecho de defensa
- 5.- Legitimidad de las normas jurídicas
- 6.- Validez de las normas jurídicas
- 7.- Inviolabilidad de la libertad, salud, vida

### 3.2.2.2. Escala para la medición de la variable dependiente

- Nominal

### 3.3. Tipo y diseño de investigación

#### a) Tipo de investigación.-

Nuestra investigación puede enmarcarse dentro de los tipos de investigación: a) Investigación descriptiva; b) Investigación Explicativa. Es *descriptiva* porque se han descrito las características básicas de cada variable (prisión preventiva, delitos contra la administración pública, derechos fundamentales) y cómo se manifiestan su aplicación, para lo cual se han revisado las Sentencias del Tribunal Constitucional con el criterio de búsqueda de las variables indicadas. Asimismo es una investigación explicativa, porque nuestro trabajo revisa la noción de *legitimidad* de la aplicación de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública, esto es, correspondencia entre el texto y el hecho, entre la validez de dichas instituciones públicas y el principio de validez de ser “necesidades socialmente exigibles”. Nuestra investigación ensaya explicar que el Derecho Penal y Procesal Penal, en el marco investigado, no responden a sus propios fines, justicia penal, bien común, efectividad, y explica también que no se advierte la utilización de una institución de equivalencia, o como lo denominamos: “principio de equivalencia”, que no es el principio de proporcionalidad, ni de racionalidad, sino aquel principio por la cual se establezca una real y efectiva “equivalencia” entre el hecho delictivo y la sanción impuesta.

#### b) Diseño de la investigación.-

Nuestro diseño de investigación, es el plan, programa, esquema, que hemos usado para realizar nuestra investigación. El diseño de la investigación nos ha servido para organizar la investigación a fin de lograr responder si se cumple nuestra hipótesis y efectivamente existe el problema planteado, cuidando que exista relación con el tipo de investigación y la relación entre variables.

Para el diseño de la investigación hemos utilizado la concepción de Raúl Tafur, para determinar los siguientes factores: a) Tipo de estudio; b) Universo; c) Muestra; d) Instrumentos de recolección de datos; e) Procedimientos a seguir, f) Plan de tabulación; g) Análisis de datos. (Tafur. La Tesis Universitaria. Editorial Mantaro.1995, p. 168.

De esta forma, por tipo estudio hemos elegido la descriptiva y explicativa; por universo hemos elegido los procesados con prisión preventiva y procesados por delitos contra la administración pública; como muestra hemos elegido los procesados en el Perú, en el periodo 2002 al 2016 con prisión preventiva y por los delitos contra la administración pública en un número de 381 sentencias del Tribunal Constitucional analizadas.

### **3.4. Nivel de investigación**

Nuestro nivel de investigación es descriptivo y explicativo.

Nivel Descriptivo.- Nuestra investigación se ha adecuado al nivel de investigación denominada “descriptiva”, porque mediante la observación, análisis de datos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre prisión preventiva y delitos contra la administración pública, hemos descrito cómo se transgreden los derechos fundamentales.

Nivel Explicativo.- Nuestra investigación es explicativa porque además del análisis de datos de las sentencias del Tribunal Constitucional hemos operacionalizado dichos datos en relación con nuestros indicadores, hipótesis, variables, objetivos y problema, explicando a continuación cómo la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública han transgredido los derechos fundamentales de los procesados en Perú, periodo 2002 al 2016.

### **3.5. Ámbito y tiempo social de la investigación**

El ámbito de nuestra investigación han sido los procesados penalmente en el Perú, siendo el tiempo social entre el año 2002 al 2016.

### **3.6. POBLACIÓN Y MUESTRA**

La población engloba a nuestro universo de estudio, en nuestro caso, los procesados penalmente en el Perú, periodo 2002 al 2016. Siendo que para el procesamiento de datos es necesario determinar la muestra, que es una porción representativa de nuestra población a investigar, por lo que se han utilizado los siguientes datos.

#### **3.6.1 Unidad de estudio**

Nuestra unidad de estudio lo conformarán los procesados con prisión preventiva y los procesados por delitos contra la administración pública, en el Perú, entre los años 2002 al 2016.

#### **3.6.2 Población.-**

La población de nuestra investigación son los procesados con prisión preventiva, y los procesados por delitos contra la administración pública, por el Tribunal Constitucional, en el Perú, periodo 2002 al 2016.

#### **3.6.3 Muestra.-**

Siendo que la muestra puede ser: 1) Muestra aleatoria o probabilística; y 2) Muestra no probabilística. No obstante nuestra investigación nos ha llevado a utilizar como población a los procesos llevados en el Tribunal Constitucional sobre prisión preventiva y delitos contra la administración pública, siendo que se ha realizado la búsqueda en la página web oficial del Tribunal Constitucional, con el criterio de búsqueda “prisión preventiva”, y “delitos contra la administración pública”, lo que nos ha arrojado el siguiente resultado:

- Ochenta uno (81) sentencias del Tribunal Constitucional sobre prisión preventiva; y,

- Doscientas (200) sentencias del Tribunal Constitucional sobre delitos contra la administración pública.
- Haciendo un total de muestra de 281 procesados ante el Tribunal Constitucional con prisión preventiva o por delitos contra la administración pública.

Por los anteriores detalles, se ha decidido trabajar con todas las sentencias encontradas, constituyendo una muestra censal.

Asimismo, para corroborar nuestra investigación, se han utilizado estadísticas del sistema de administración de justicia respecto de la aplicación de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública.

### **3.7 PROCEDIMIENTO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

#### **3.7.1 Procedimiento**

Nuestra investigación ha partido de una idea central, la certeza que el Derecho Penal y Procesal Penal está en parte deslegitimado, para ello hemos centrado nuestro estudio en tres variables, dos independientes y una dependiente de las dos independientes: la prisión preventiva, los delitos contra la administración pública, y, los derechos fundamentales, correspondientemente, a fin de establecer si efectivamente esta parte del Derecho Penal (Delitos contra la administración pública) y del Derecho Procesal Penal (La prisión preventiva) son “ilegítimos”. Escogimos en consecuencia el método de investigación descriptiva y explicativa, a fin de recolectar la información en dos factores: a) El análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional respecto a la aplicación de las variables indicadas; y b) El análisis conceptual-racional, por la cual describimos el fenómeno de contradicción en los propios conceptos de las instituciones jurídicas (nuestras variables independientes) y también se puede comprender cómo se constituyen como aporías, esto es, en un problema irresoluble, un problema que perpetúa el problema –parafraseando a Luis Diez Picazo-, de tal forma que el debate sobre la legitimidad de dichos conceptos ni siquiera atisba en el consciente o inconsciente

colectivo, ni en las autoridades que la representan. Por el contrario, todas las soluciones penales, desde todas las aristas, pasan por aumentar la sanción penal, quedándose la solución en propuestas legislativas y dureza judicial y efectividad penitenciaria. Se olvida también al real y central factor del Derecho Penal: el agraviado relegándolo a un plano que lo invisibiliza. Para afrontar dicho contexto, hemos recolectado información que permita plantear nuestro problema, identificarlo, justificarlo, plantear nuestros objetivos (demostrar la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública), y demostrar a través de estrategias, técnicas e instrumentos, que se está vulnerando los derechos fundamentales –como la vida y la libertad- de los procesados en el Perú, para lo cual hemos recogido un grupo de sentencias del Tribunal Constitucional respecto de nuestras variables independientes, operacionalizado la información encontrada en cuadros, y figuras, y además, respaldamos nuestra investigación con estadísticas formales de instituciones reconocidas.

### **3.7.2 Técnicas**

Siendo que las técnicas de investigación pueden ser la observación, encuestas, entrevistas, análisis de contenidos, hemos escogido la técnica: “Análisis de contenido”, porque se adapta a nuestro diseño investigación, recolección de datos, y estando a que hemos utilizado como instrumentos, las sentencias del Tribunal Constitucional, con el criterio de búsqueda y selección de ser sentencias sobre la prisión preventiva y sobre los delitos contra la administración pública.

Por medio de esta técnica, el análisis de contenido, hemos llegado a establecer cuadros de resultados, donde se ha verificado si las sentencias cumplían con los indicadores determinados por las características de cada variable independiente. Esto es, en el caso del análisis de la variable independiente “Prisión Preventiva”, se ha analizado cuál es el porcentaje de las declaraciones de fundadas o infundadas, es decir, si los magistrados confirman la aplicación de la prisión preventiva o por el contrario, consideran que la prisión no procede. Así también se

ha realizado en lo respecto a los delitos contra la administración pública, que se encuentra detallados en la parte los resultados de nuestra investigación.

Por medio de la técnica del análisis de contenidos, también hemos realizado el estudio de los conceptos de las instituciones jurídicas penales investigadas, y si estas se contradicen “racionalmente”, con la finalidad del Derecho que las alberga y constituye. Es decir, siendo el Derecho Penal y Procesal Penal “preventivas”, esta y otras condiciones, se cumplen o no dentro de la estructura de la propia configuración de las instituciones penales de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública.

De aquella forma hemos logrado arribar a la conclusión que conceptos como “principio de prevención”, “medida cautelar”, “provisionalidad”, “excepcionalidad”, “apariencia de responsabilidad penal –fundados y graves elementos que vinculen al imputado con el delito-”, “pronóstico de la pena”, “peligro procesal”, son conceptos que se contradicen con los principios generales del propio derecho penal y del derecho en general. Así también, hemos revisado los conceptos respecto a los delitos contra la administración pública, como “principio de proporcionalidad”, “razonabilidad”, “congruencia”, “coherencia”, “consistencia”, y descubierto, además, que no se utiliza el “principio de equivalencia”, entre el hecho delictivo y la sanción aplicada.

### **3.7.3 Instrumentos**

Siendo que los instrumentos son aquellos objetos mediante las cuales se va a operacionalizar los indicadores, nosotros hemos recurrido como instrumentos a las sentencias del Tribunal Constitucional respecto a la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública en el periodo del 2002 al 2013; así como a las estadísticas propias y de instituciones como el INEI y el Ministerio de Justicia que datan hasta el año 2016.



**CAPÍTULO IV:**  
**RESULTADOS**  
**CAPÍTULO IV: RESULTADOS**

**4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.-**

Nuestro trabajo ha requerido varias fases de investigación, como la búsqueda de y recolección de datos, afianzamiento teórico, desarrollo del marco conceptual, búsqueda de los instrumentos para probar nuestra hipótesis, identificación de los indicadores, procesamiento de datos de los indicadores, conclusiones y resultados.

Por lo que hemos realizado la búsqueda de los instrumentos (sentencias del Tribunal Constitucional respecto a la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública) de nuestra investigación en la página web institucional del Tribunal Constitucional, de donde se ha realizado la búsqueda siguiendo específicos criterios.

**4.1.1. Criterios de búsqueda.-** Los criterios de búsqueda utilizados son los siguientes:

**4.1.1.1.- Canal de búsqueda: Internet**

Hemos utilizado para la búsqueda de nuestros instrumentos, que son las sentencias del Tribunal Constitucional, el internet.

**4.1.1.2.- Pág. Web buscada: Página web oficial del Tribunal Constitucional**

Para nuestra búsqueda en el internet hemos ingresado específicamente a la página web oficial del Tribunal Constitucional, cuya dirección electrónica url es: <http://www.tc.gob.pe>.

**4.1.1.3.- Criterio de búsqueda: Búsqueda por palabra.-**

Una vez en la página web oficial del Tribunal Constitucional, se ha ingresado en su buscador propio de resoluciones, jurisprudencia, utilizando como criterio de

búsqueda la palabra “prisión preventiva” y “delitos contra la administración pública”, así como cada uno de los delitos referidos:

- La búsqueda para la prisión preventiva hemos ingresado el criterio de búsqueda la palabra “prisión preventiva”.
- La búsqueda para los delitos contra la administración pública, hemos ingresado el criterio “delitos contra la administración pública”.
- La búsqueda para los **Delitos cometidos por particulares**, se han ingresado las palabras: **I: USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES**, 1.- Usurpación de función pública, 2.- Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce;3.- Ejercicio ilegal de profesión; 4.- Participación en ejercicio ilegal de la profesión. **II: VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:** 1.- Violencia contra la autoridad para obligarle a algo; 2.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; 3.- Resistencia o desobediencia a la autoridad; 4.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión; 5.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión; 6.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios; 7.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 8.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 9.- Violencia contra autoridades elegidas; 10.- Atentado contra la conservación e identidad de objeto; 11.- Negativa a colaborar con la administración de justicia; 12.- Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso; 13.- Sustracción de objetos requisados por autoridad. **III: DESACATO:** 1.- Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función.

- La búsqueda para los **Delitos cometidos por funcionarios públicos**, se ha ingresado las palabras: **I: ABUSO DE AUTORIDAD:** 1.- Abuso de autoridad; 2.- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios; 3.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; 4.- Denegación o deficiente apoyo policial; 5.- Requerimiento indebido de la fuerza pública; 6.- Abandono de cargo; 7.- Nombramiento o aceptación ilegal. **II: CONCUSION:** 1.- Concusión; 2.- Cobro indebido; 3.- Colusión simple y agravada; 4.- Patrocinio ilegal; 5.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares. **III.- PECULADO:** 1.- Peculado doloso y culposo; 2.- Peculado de uso; 3.- Malversación; 4.- Retardo injustificado de pago; 5.- Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia. **IV.- CORRUPCION DE FUNCIONARIOS:** 1.- Cohecho pasivo propio; 2.- Soborno internacional pasivo; 3.- Cohecho pasivo impropio; 4.- Cohecho pasivo específico; 5.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 6.- Cohecho activo genérico; 7.- Cohecho activo transnacional; 8.- Cohecho activo específico; 9.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; 10.- Tráfico de influencias; 11.- Enriquecimiento ilícito.
  
- La búsqueda para los **Delitos contra la Administración de Justicia**, se ha ingresado las palabras: **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA: I.- DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL:** 1.- Denuncia calumniosa; 2.- Ocultamiento de menor a las investigaciones; 3.- Encubrimiento personal; 4. Encubrimiento real; 5.- Excusa absolutoria; 6.- Omisión de denuncia; 7.- Fuga del lugar del accidente de tránsito; 8.- Falsedad en juicio; 9.- Obstrucción de la justicia; 10.- Revelación indebida de identidad; 11.- Avocamiento ilegal de proceso en trámite; 12.- Falsa declaración en procedimiento administrativo; 13.- Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial; 14.- Evasión mediante violencia o amenaza; 15.- Favorecimiento a la fuga; 16.- Amotinamiento de detenido o interno; 17.- Fraude procesal;

18.- Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano; 19.- Insolvencia provocada. **II.-PREVARICATO:** 1.- Prevaricato; 2.- Detención ilegal; 3.- Prohibición de conocer un proceso que patrocinó; 4.- Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial. **III.- DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA:** 1.- Negativa a administrar justicia; 2.- Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales; 3.- Omisión de ejercicio de la acción penal.

#### **4.1.1.4.- Organización de resultados de búsqueda: Ordenado por fecha de sentencia.-**

Una vez recopilada toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la “prisión preventiva”, y las distintas modalidades de “delitos contra la administración pública”, se han organizados las mismas por fecha y por tipo delictivo.

#### **4.1.1.5.- Análisis de resultados.-**

Una vez organizadas las sentencias del Tribunal Constitucional, se ha procedido al análisis, de acuerdo a las siguientes pautas:

**4.1.1.5.1.-** Para analizar las sentencias sobre prisión preventiva se ha procedido a verificar si se cumplen nuestros indicadores siguientes:

- 1) Excepcional
- 2) Instrumental
- 3) Urgente
- 4) Proporcional
- 5) Variable
- 6) Provisional
- 7) Coherente
- 8) Motivada
- 9) Ponderada

- 10) Apariencia de responsabilidad penal
- 11) Prognosis grave de la pena
- 12) Riesgo procesal
- 13) Arraigo domiciliario
- 14) Obstaculización del proceso
- 15) Vulneración del principio de inocencia
- 16) Principio de equivalencia
- 17.- Medida cautelar, medida coercitiva personal, no sanción penal
- 18) Prueba estadística de transgresión a la libertad, salud o vida.

Para analizar las sentencias del Tribunal Constitucional respecto a los delitos contra la administración pública, se ha procedido a verificar si se encuentran los siguientes indicadores:

- 1.- Proporcionalidad de las penas
- 2.- Coherencia
- 3.- Motivación
- 4.- Ponderación
- 5.- Principio de equivalencia (Equivalencia entre el derecho o bien jurídico vulnerado por el delito y el derecho o bien jurídico afectado por la sanción penal)

**4.1.1.5.2.-** Se han ordenado, clasificado y descrito los resultados en forma teórica a fin de exponer los datos en forma objetiva.

**4.1.1.5.3.-** Se ha realizado la operacionalización de los resultados en cuadros y en estadísticas, a fin de lograr un panorama objetivo de los mismos.

**4.1.1.5.4.-** Con los resultados se han producido objetivamente las conclusiones y las posteriores recomendaciones.

#### **4.1.2.- Descripción de la forma en que se aplicó los instrumentos, tiempo utilizado y coordinaciones realizadas.-**

El trabajo con nuestros instrumentos se ha dividido en dos secciones: a) Trabajo con las sentencias del Tribunal Constitucional, seleccionadas con el criterio de búsqueda “prisión preventiva”; b) Trabajo con las sentencias seleccionadas con los criterios de búsqueda respecto a los “delitos contra la administración pública”, las mismas que se han subdividido en otras búsquedas considerando todas las modalidades de dicho delito. Seguidamente se han ordenado las sentencias en dos grupos: a) sentencias referidas a la prisión preventiva, y, b) sentencias referidas a todos los delitos contra la administración pública encontradas. Posteriormente se ha creado con las mismas dos cuadros, ambos con los rótulos: N°, STC, Fundada, Infundada, Procedente, Improcedente, Total, para luego de hacer el análisis de contenido de las sentencias lograr los resultados que se presentan en los cuadros respectivos. El tiempo que se ha utilizado para dicho trabajo (operacionalización de los instrumentos, cómo habían fallado, decidido los magistrados, respecto de las peticiones sobre las variables indicadas) ha sido de una semana. Las coordinaciones realizadas han sido sólo a través del internet, para recolección de datos o sentencias del tribunal Constitucional (una semana). Por lo que los instrumentos nos han dado resultados que validamos con el análisis de contenido, resultados y conclusiones.

#### **4.2 DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS.-**

Para la presentación de los resultados nuestro diseño ha seguido el siguiente esquema:

##### **1.- Presentación de nuestro problema, variables, interrogante significativa.-**

Es necesario presentar primero cuál es nuestro problema, motivo de nuestra investigación, así como las variables que surgen de ella, y la pregunta significativa para marcar nuestra línea de investigación.

## **2.- Presentación de nuestras hipótesis de investigación, tipo y nivel de investigación.-**

Luego de haber presentado nuestro problema, variables, y preguntas significativa presentaremos nuestras hipótesis (respuesta provisional a la pregunta significativa), luego presentar qué tipo de investigación hemos usado, siendo en nuestro caso, una investigación descriptiva y explicativa.

## **3.- Presentación de nuestros Instrumentos, indicadores, población, muestra.-**

Posteriormente se presentarán los instrumentos que hemos utilizado para verificar si se cumplen nuestros indicadores, dentro de una determinada población, para lo cual hemos seleccionado una muestra específica. Siendo nuestros instrumentos las sentencias del Tribunal Constitucional (281) respecto a la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública, en el periodo 2002 al 2013, y estadísticas hasta el año 2016.

Para presentar los resultado es necesario primero exponer cuáles han sido los instrumentos elegidos, siendo que hemos elegido como tales a las “sentencias del Tribunal Constitucional”, organizadas en dos áreas temáticas: “La prisión preventiva”, y “Los delitos contra la Administración Pública”, esta última ha sido subdividida en sus modalidades generales y específicas: 1) Delitos contra cometidos por particulares; 2) Delitos cometidos por funcionarios públicos; 3) Delitos contra la Administración de Justicia. De dicha clasificación se han obtenido por el sistema de búsqueda en la pág. Web del Tribunal, sentencias de las siguientes modalidades: 1) Delito de abandono de cargo; 2) Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios; 3) Abuso de autoridad; 4) Cobro indebido; 5) Cohecho activo específico, 6) Cohecho activo genérico; Cohecho pasivo específico; 7) Cohecho pasivo impropio; 8) Colusión agravada; 9) Concusión; 10) Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 11) Denegación o deficiente apoyo policial; 12) Denuncia calumniosa; 13) Desobediencia a la autoridad; 14) Detención ilegal; 15) Encubrimiento personal, 16) Encubrimiento real; 17) Enriquecimiento ilícito; 18) Malversación; 19)

Negociación incompatible; 20) Negociación incompatible, 21) Participación ilegal de la profesión; 22) Peculado de uso; 23) Peculado, 24) Prevaricato; 25) Resistencia a la autoridad, 26) Tráfico de influencias; 27) Usurpación de función pública; 28) Violencia contra la autoridad para obligarle a hacer algo.

La presentación de los indicadores los hemos dividido en dos grupos, 1) Los indicadores que muestren la “ilegitimidad” de la aplicación de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública; 2) Los indicadores que muestren racionalmente la transgresión a los derechos fundamentales.

#### **4.- Presentación de resultados estadísticos.-**

Se ha utilizado datos estadísticos como producto de la operacionalización de nuestros instrumentos (sentencias, jurisprudencia), con la cual utilizando los valores para probar la ilegitimidad de la aplicación de la prisión preventiva y de los delitos contra la administración pública, se ha logrado objetivamente mostrar datos relevantes para probar nuestra hipótesis.

En la presentación de los resultados estadísticos hemos confeccionado los cuadros respecto a la “excepcionalidad” de la prisión preventiva; y a la condición o dirección que tienen las sentencias en los delitos contra la administración pública, además si se cumple el principio de “equivalencia” en su aplicación.

Con los datos estadísticos se han presentado los resultados totales, a fin de mostrar la dirección en la realidad de las sentencias del Tribunal constitucional respecto a la aplicación de la prisión preventiva y a los delitos contra la administración pública. Los resultados totales estadísticos sin embargo sólo son parte de nuestra investigación, puesto que si bien la estadística mostrada es validada, el fenómeno se aplica en todas las otras modalidades delictivas.

#### **5.- Presentación de nuestras conclusiones.-**



Con los resultados de nuestra operacionalización de los indicadores se ha logrado exponer las conclusiones de nuestra investigación, que arrojan una dirección penal específica, una determinación del cumplimiento de nuestra hipótesis, y la disculcidación de la pregunta significativa. Nuestras conclusiones arrojan que un porcentaje altamente mayoritario se aplica la prisión preventiva y los delitos contra la administración en forma ilegítima, lo que en consecuencia transgreden los derechos fundamentales de los procesados, como la libertad, salud y vida.

#### **6.- Presentación de nuestras sugerencias o aportes.-**

Para la presentación de nuestras sugerencias, hemos tomado en consideración la verificación de nuestros indicadores a través de su operacionalización y análisis de contenidos en nuestros instrumentos –sentencias del Tribunal Constitucional respecto de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública-; siendo que hemos racionalizado nuestras sugerencias o aportes, a definir conceptualmente cómo se deben concebir dichas instituciones jurídicas penales, así como el cumplimiento irrestricto de la defensa de los derechos fundamentales.

### **4.3 RESULTADOS.-**

#### **1) Resultados sobre la prisión preventiva.-**

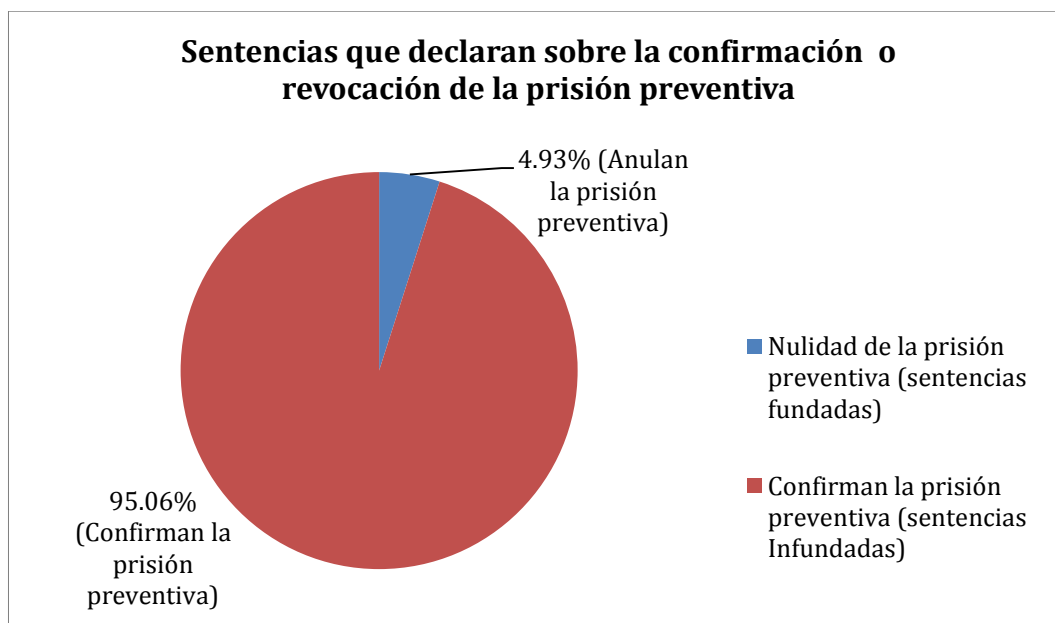
Nuestros resultados sobre la operacionalización de la variable prisión preventiva, a través de la operacionalización de los instrumentos “sentencias” del Tribunal Constitucional, y utilizando los indicadores que demuestren la “ilegitimidad” de la variable prisión preventiva nos ha dado, a través de la estadística, que de un total de ochenta y uno (81) sentencias sobre prisión preventiva, se aprecian que Fundadas son cuatro (04); las sentencias procedentes son cero (00); las sentencias infundadas son cuarenta y dos (42); las sentencias improcedentes son cuarenta y tres (43), pudiéndose graficar de la siguiente manera:

- **Tabla Nro. 01: Sentencias del TC sobre el levantamiento de la prisión preventiva (2004 al 2013)**

Sentencias	Nro.	Sentencias	Nro.	Total	Porcentaje
Sentencias fundadas (anulan la prisión preventiva):	04	Sentencias procedentes:	00	04	4.93%
Sentencias infundadas (confirman la prisión preventiva):	42	Sentencias improcedentes (permiten la continuidad de la prisión preventiva):	35	77	95.06 %
<b>Total de sentencias</b>				81	100%

Nro. de sentencias que anulan o confirman la prisión preventiva. Recopiladas en el periodo 2004 al 2013) . Fuente: Creación propia, 2018.

- **Gráfico Nro. 01: Sentencias que declaran sobre la confirmación o revocación de la prisión preventiva.-** El gráfico sería el siguiente:



Los datos han sido tomados de las sentencias del Tribunal Constitucional publicadas en su pág. Web. Fuente: Creación propia, 2018

De lo que se desprende que el Tribunal Constitucional, respecto a las solicitudes para que se revoque o anule la prisión preventiva ha denegado la libertad y confirmado la prisión preventiva en un porcentaje altamente mayor (95.06%), mientras que respecto a la anulación o revocatoria de las prisiones preventivas el Tribunal ha decidido en un muy bajo (4.93%), demostrando aquello que existe la tendencia a la prisión preventiva antes que a la libertad, y además que la prisión preventiva no es “excepcional”, sino general, vulnerando su principio rector de ser sólo una medida cautelar “excepcional”, lo que demuestra nuestra hipótesis.

## **2) Resultados sobre los Delitos contra la Administración Pública.-**

Nuestros resultados sobre la operacionalización las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los Delitos contra la Administración Pública, en los cuales se han analizado los siguientes tipos delictivos: 1) Delitos contra cometidos por particulares; 2) Delitos cometidos por funcionarios públicos; 3) Delitos contra la Administración de Justicia. De dicha clasificación se han obtenido por el sistema de búsqueda en la pág. Web del Tribunal, sentencias de las siguientes modalidades: 1) Delito de abandono de cargo; 2) Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios; 3) Abuso de autoridad; 4) Cobro indebido; 5) Cohecho activo específico, 6) Cohecho activo genérico; Cohecho pasivo específico; 7) Cohecho pasivo impropio; 8) Colusión agravada; 9) Concusión; 10) Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 11) Denegación o deficiente apoyo policial; 12) Denuncia calumniosa; 13) Desobediencia a la autoridad; 14) Detención ilegal; 15) Encubrimiento personal, 16) Encubrimiento real; 17) Enriquecimiento ilícito; 18) Malversación; 19) Negociación incompatible; 20) Negociación incompatible, 21) Participación ilegal de la profesión; 22) Peculado de uso; 23) Peculado, 24) Prevaricato; 25) Resistencia a la autoridad, 26) Tráfico de influencias; 27) Usurpación de función pública; 28) Violencia contra la autoridad para obligarle a hacer algo, han tenido los siguientes resultados:

**a) Cuadro de resultados específicos de STC sobre Delitos contra la Administración Pública, que deciden sobre la libertad (fundados) o confirman la prisión (Infundados, improcedentes) de los internos:**

**- Tabla Nro. 02: Resultados generales de sentencias del TC sobre Delitos contra la Administración Pública, respecto a la libertad o prisión de los internos**

<b>Fallo</b>	<b>Nro.</b>
Fundados:	36
Infundados:	68
Procedentes:	00
Improcedentes:	96
<b>Total:</b>	<b>200</b>

Cuadro de resultados de la operacionalización de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los Delitos contra la Administración Pública.

Fuente: Creación propia. 2018.

**b) Cuadro de resultados generales de STC sobre Delitos contra la Administración Pública, respecto a la libertad de los internos:**

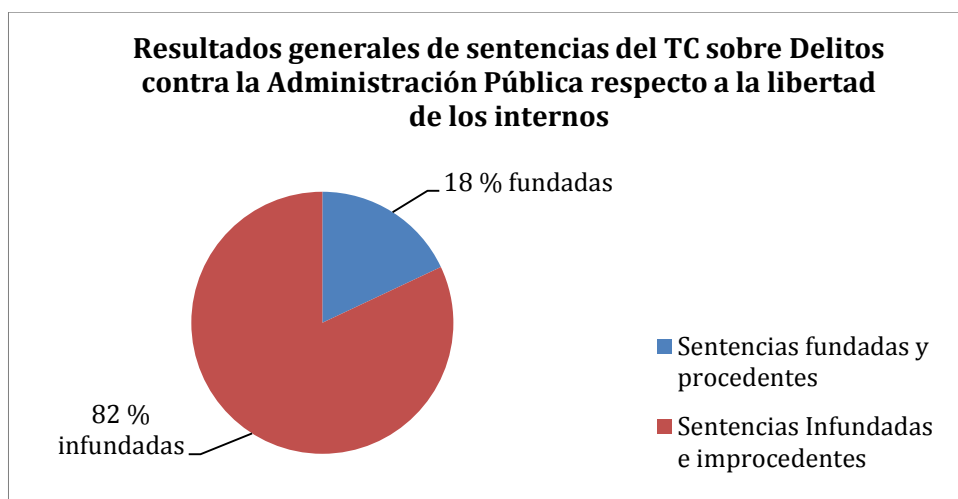
**- Tabla Nro. 03: Resultados generales de sentencias del TC sobre Delitos contra la Administración Pública respecto a la libertad de los internos**

<b>Sentencias</b>	<b>Nro.</b>		<b>Sentencias</b>	<b>Nro.</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Sentencias fundadas:	36		Sentencias procedentes:	00	36	18 %
Sentencias infundadas:	68		Sentencias improcedentes:	96	164	82 %
<b>Total de sentencias</b>					200	100 %

Nro. de sentencias sobre Delitos contra la Administración Pública que prueban nuestra hipótesis.

Fuente: Creación propia, 2018.

d) **Gráfico Nro. 02: Resultados generales de sentencias del Tribunal Constitucional sobre la libertad por delitos contra la administración pública.-**



Los datos han sido extraídos de las sentencias del Tribunal Constitucional 2002 al 2013.

Fuente: Creación propia

#### **4.4 PRUEBA ESTADÍSTICA.-**

Para probar nuestras hipótesis hemos operacionalizado nuestros instrumentos, sentencias del Tribunal constitucional, en los siguientes ítems:

- 1.- Prueba estadística sobre “excepcionalidad” de la Prisión Preventiva.-
- 2.- Prueba estadística sobre los Delitos contra la Administración Pública

##### **1.- Prueba estadística sobre “excepcionalidad” de la Prisión Preventiva.-**

Para probar que la prisión preventiva es “ilegítima” hemos utilizado cuadros estadísticos respecto a si cumple con su carácter o elemento de “excepcional”, para lo cual se han seleccionado un grupo de 81 sentencias del Tribunal Constitucional, del año 2004 al 2013, siendo el resultado el siguiente:

**a) Tabla de resultados de sentencias del Tribunal Constitucional que prueba nuestra hipótesis sobre la transgresión del elemento indispensable “excepcionalidad”, de la prisión preventiva.-**

**- Tabla Nro. 04: Resultados de sentencias del TC sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva**

<b>Sentencias</b>	<b>Nro.</b>		<b>Sentencias</b>	<b>Nro.</b>	<b>Total</b>
Sentencias fundadas:	04		Sentencias procedentes:	00	04
Sentencias infundadas:	42		Sentencias improcedentes:	35	77
<b>Total de sentencias</b>					<b>81</b>

Nro. de sentencias sobre la “excepcionalidad de la prisión preventiva.  
(Sentencias del TC recopiladas del 2004 al 2013).

Fuente: Creación propia, 2018.

**b) Cuadro detallado de Sentencias del Tribunal Constitucional sobre Prisión Preventiva que muestran el incumplimiento del elemento: “excepcionalidad”.-**

Se tiene la siguiente tabla:

**- Tabla Nro. 05: Sentencias del TC sobre prisión preventiva que muestran el incumplimiento del requisito “excepcional”**

<b>Nº</b>	<b>STC</b>	<b>Fundada</b>	<b>INFUNDA</b>	<b>Proceden</b>	<b>IMPROCEDE</b>
		<b>a</b>	<b>DA</b>	<b>te</b>	<b>NTE</b>
1	EXP. N.º 3771-2004- HC/TC		X		

2	EXP. N.º 2934-2004- HC/TC	X			
3	EXP. N.º 2915-2004- HC/TCL				X
4	EXP. 0731-2004-HC/TC	NULO			
5	EXP. N.º 0967-2004- HC/TC		X		
6	EXP. N.º 0033-2004- HC/TC		X		
7	EXP N.º 2340 -2005- PHC/TC		X		
8	EXP. N.º 7624-2005- PHC/TC		X		
9	EXP. N.º 5259-2005- PHC/TC		X		X
10	EXP. N.º 5175-2006- PHC/TC		X		
11	EXP. N.º 0772-2007- PHC/TC		X		
12	EXP. N.º 6201-2007- PHC/TC	X			
13	EXP. N.º 01825-2007- PHC/TC		X		
14	EXP. N.º 02437-2007- PHC/TC		X		
15	EXP. N.º 06378-2007- PHC/TC				X
16	EXP. N.º 03840-2008- PHC/TC		X		
17	XP. N.º 05010-2008-		X		

	PHC/TC				
18	EXP. N.° 02673-2008- PHC/TC		X		
19	EXP. N.° 03926-2008- PHC/TC		X		
20	EXP. N.° 04814-2008- PHC/TC				X
21	EXP. N.° 06753-2008- PHC/TC				X
22	EXP. N.° 06091-2008- PHC/TC		X		
23	EXP. N.° 01680-2009- PHC/TC		X		
24	EXP. N.° 03696-2009- PHC/TC		X		
25	EXP. N.° 03631-2009- PHC/TC		X		
26	EXP. N.° 00428-2009- PHC/TC		X		
27	EXP. N.° 00915-2009- PHC/TC		X		
28	EXP. N.° 02937-2009- PHC/TC		X		
29	EXP. N.° 05260-2009- PHC/TC		X		
30	EXP. N.° 3240-2009- PHC/TC				X
31	EXP. N.° 05698-2009- PHC/TC		X		X
32	EXP. N.° 01951-2010-		X		X



	PHC/TC				
33	EXP. N.° 02748-2010- PHC/TC		X		
34	EXP. N.° 00827-2010- PHC/TC				X
35	EXP. N.° 03075-2010- PHC/TC		X		
36	EXP. N.° 03051-2010- PHC/TC		X		
37	EXP. N.° 01790-2010- PHC/TC		X		
38	EXP. N.° 00616-2010- PHC/TC				X
39	EXP. N.° 03257-2010 PHC/TC		X		
40	EXP. N.° 03944-2010- PHC/TC				X
41	EXP. N.° 02792-2010- PHC/TC	Nulo			
42	EXP. N.° 01036-2011- PHC/TC		X		
43	EXP. N.° 03337-2011- PHC/TC		X		
44	EXP. N.° 04413-2011- PHC/TC				X
45	EXP. N.° 04718-2011- PHC/TC				X
46	EXP. N.° 01134-2011- PHC/TC				X
47	EXP. N.° 02664-2011-				X

	PHC/TC				
48	EXP. N.° 00891-2011- PHC/TC				X
49	EXP. N.° 00610-2011- PHC/TC		X		X
50	EXP. N.° 05330-2011- PHC/TC				X
51	EXP. N.° 01024-2011- PHC/TC				X
52	EXP. N.° 01223-2011- PHC/TC				X
53	EXP. N.° 00719-2011- PHC/TC		X		
54	EXP. N.° 03547-2011- PHC/TC				X
55	EXP. N.° 01809-2011- PHC/TC				X
56	EXP. N.° 03169-2011- PHC/TC		X		
57	EXP. N.° 724-2011- PHC/TC		X		
58	EXP. N.° 03812-2011- PHC/TC		X		
59	EXP. N.° 01014-2011- PHC/TC		X		
60	EXP. N.° 01267-2012- PHC/TC		X		X
61	EXP. N.° 03676-2012- PHC/TC				X
62	EXP. N.° 01132-2012-				X

	HC/TC				
63	EXP. N.° 00815-2012- PHC/TC		X		X
64	EXP. N.° 01435-2012- PHC/TC				X
65	EXP. N.° 03141-2012- HC/TC				X
66	EXP. N.° 02567-2012- PHC/TC				X
67	EXP. N.° 00774-2012- PHC/TC				X
68	XP. N.° 03684-2012- PHC/TC				X
69	EXP. N.° 00445-2012- PHC/TC		X		X
70	EXP. N.° 01224-2012- PHC/TC				X
71	EXP. N.° 00785-2012- PHC/TC				X
72	EXP. N.° 01906-2012- PHC/TC				X
73	EXP. N.° 04165-2012- PHC/TC				X
74	EXP. N.° 03152-2012- HC/TC				X
75	EXP. N.° 04046-2012- PHC/TC				X
76	EXP. N.° 04514-2012- PHC/TC		X		
77	EXP. N.° 04191-2012-				X

	PHC/TC				
78	EXP. N.° 00838-2012- PHC/TC				X
79	EXP. N.° 03282-2012- HC/TC		X		x
80	EXP. N.° 00911-2012- PHC/TC				X
81	EXP. N.° 00729-2013- PHC/TC				X
		Total de Fundadas	Total de Infundados	Total de Procedentes	Total de Improcedentes
	<b>TOTALES GENERALES:</b>	4	42	0	35

Tabla detallado de sentencias del Tribunal Constitucional, respecto a la excepcionalidad de la prisión preventiva.

Fuente: Creación propia, 2018.

De lo cual se aprecia que el total de sentencias fundadas es de cuatro (04), el total de sentencias declaradas infundadas es de cuarenta y dos (42), el total de sentencias procedentes es cero (00), y el total de sentencias improcedentes es cuarenta y tres (35). De lo cual sumando las sentencias declaradas Infundadas e Improcedentes resultan: ochenta y uno (81); siendo que del total de sentencias fundadas y procedentes suman: cuatro (04).

### **c) Requerimientos de prisión preventiva a nivel nacional – junio 2016.-**

El siguiente cuadro pertenece al documento denominado: “ESTADÍSTICAS Informe N° 02 - Junio 2016 - Prisiones Preventivas e Incoación del Proceso Inmediato REGISTRO NACIONAL DE DETENIDOS Y SENTENCIADOS A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA S/. Junio 2016”, recuperado de la siguiente url:- [https://portal.mpfj.gob.pe/renadespple/estadisticas/Informe Prisiones Preventiv](https://portal.mpfj.gob.pe/renadespple/estadisticas/Informe_Prisiones_Preventiv)

as 02.pdf, de donde se puede apreciar el número de requerimientos del Ministerio Público de prisiones preventivas, el número declaradas fundadas y el número declaradas infundadas:

FLUJO DE LOS REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA A NIVEL NACIONAL. JUNIO – 2016.					
TABLA N° 06					
REQUERIMIENTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA					
749					
HABIDO			NO HABIDO		
726			23		
FUNDADA	INFUNDADA	NO ESPECIFICA	FUNDADA	INFUNDADA	NO ESPECIFICA
531	137	58	13	0	10

Fuente: RENAESPPL  
Fecha de Corte: 04/07/2016

Del cuadro siguiente “Flujo de los requerimientos de prisión preventiva a nivel nacional”, en fecha: junio del 2016, realizado por la RENAESPPL, Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a pena privativa de la libertad del Ministerio Público, se puede apreciar el siguiente cuadro:

<b>- Tabla Nro. 06: Requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – junio 2016</b>		
<b>Requerimientos fiscales</b>	<b>Número</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Fundados	544	72.63
Infundados	137	18.29
Total	749	100.00

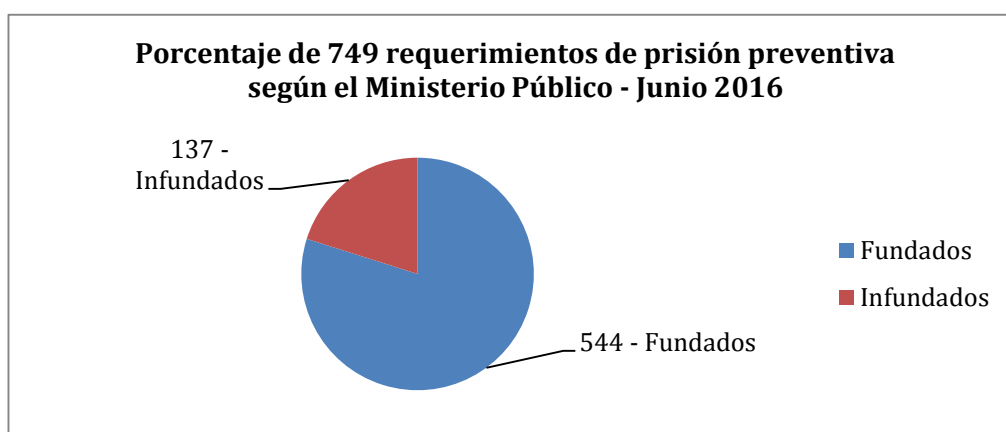
Los datos se han sacado del RENAESPPL del Ministerio Público, siendo que sólo se ha desglosado y puesto en porcentaje los resultados totales.

Fuente: Creación propia, 2018.

Tabla en la que se aprecia que el Ministerio Público ha presentado a nivel nacional, junio del 2016, un número de 749 requerimientos para que se aplique

prisión preventiva, habiéndose declarado fundada (prisión preventiva efectiva) unos 544 requerimientos (72.63 %), e infundada (no se ha aceptado la prisión preventiva) unos 137 requerimientos (18.29 %).

**- Gráfico Nro. 03: Porcentaje de Requerimientos de prisión preventiva según el Ministerio Público**



Los datos han sido extraídos del Renadesppl del Ministerio Público.

Fuente: Creación propia.

Lo que demuestra que existe una mayor propensión a aceptar la prisión preventiva, y siendo que una de sus características es que su aplicación debe ser “excepcional”, se estaría probando que en la realidad no es cierto, se la prisión preventiva se habría convertido en regla, y no la excepción.

**d) Informe sobre el número de población penitenciaria a la que se aplica la prisión preventiva, a fecha diciembre de 2013.-**

A continuación se inserta el “Cuadro 2: de Información desagregada por sexo y tipo de delito” en la que se aplicaron las prisiones preventivas, de acuerdo con el documento denominado: “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, publicada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en fecha 30 de diciembre de 2013, y recuperado de la siguiente url:

<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>. El cuadro es el siguiente:

Cuadro 2: información desagregada por sexo y tipo de delito.	
Estado	Información por sexo y tipo de delito
Perú	<p>Del total de 58,681 personas privadas de libertad al 31.07.12: 54,962 (93.7%) son hombres y 3,719 (6.3%) mujeres; y del total de 34,508 procesados: 32,190 (93.3%) son hombres y 2,318 (6.7%) mujeres. Los delitos de mayor incidencia, en la población penal en general (procesados y condenados) son:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Robo agravado: 16,391 (27.9%)</li> <li>▪ Tráfico ilícito de drogas: 8,818 (15%)</li> <li>▪ Violación sexual: 5,049 (8.6%)</li> </ul> <p>(Estos delitos engloban más de la mitad de los ilícitos penales en que está incurso la población penitenciaria 51.5%).</p>

Fuente: Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 30 diciembre de 2013.

De lo que se desprende que de un total de 58,681 internos, 34, 508 (58 %) tienen la calidad de procesados; y 24,173 (41 %) tienen la calidad de sentenciados, demostrando que la prisión preventiva (procesados) tiene la tendencia mayor, desnaturalizándose su característica esencial: “ser excepcional”. Esto se puede graficar según el siguiente cuadro:

- Tabla Nro. 07: Personas privadas de libertad al 31 de julio de 2012		
Condición carcelaria	Nro. de internos	Porcentaje
Procesados:	34,508	58.80 %
Sentenciados:	24,173	41.19 %
Total:	58,681	100.00 %

La información ha sido extraída del Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 30 diciembre de 2013.

Fuente: Creación propia. 2018.

**Figura que muestra el porcentaje de los internos como procesados y como sentenciados, al 31 de diciembre de 2012.-**

De acuerdo con el siguiente gráfico se muestra el porcentaje mayoritario de internos con condición de procesados, al 31 de diciembre del 2012:

**- Gráfico Nro. 04: Condición de personas privadas de libertad - 2012**



La información ha sido extraída del Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. 30 diciembre de 2013.

Fuente: Creación propia

**e) Internos según situación jurídica (procesados y sentenciados) a junio, 2012.-**

De acuerdo con el libro: “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada - Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú”, publicado por la institución: DPLF – Due Process of Law Foundation. 1779 Massachusetts Ave. NW, Suite 710 Washington, D.C. 20036 T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703 info@dplf.org | www.dplf.org, se tiene la siguiente figura, recuperada de la url siguiente:

<https://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>, se establece en el Perú, a junio del 2012, se tienen: 30,710 (58 %) procesados; y 21,990 (41 %) sentenciados, de una población penitenciaria total de 52,700, de acuerdo al INPE, 2012. El cuadro es el siguiente:



- Tabla Nro. 08: Población de internos según situación jurídica, junio 2012.

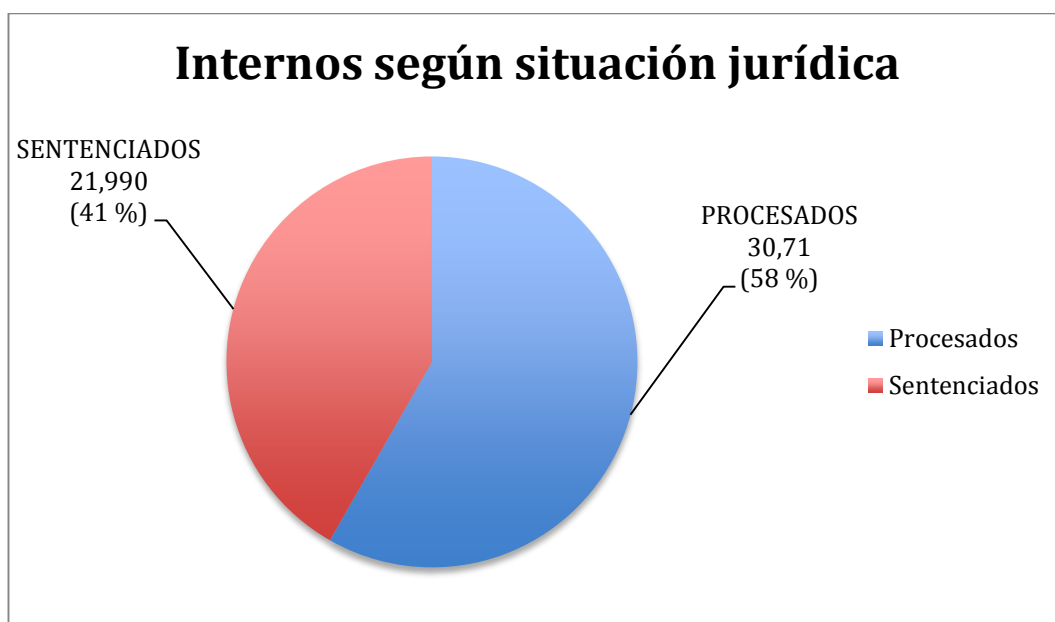
Situación jurídica	Nro. de internos	Porcentaje
Procesados	30,710	58.27 %
Sentenciados	21,990	41.73 %
<b>Total población penal</b>	<b>52,700</b>	<b>100 %</b>

Datos extraídos del libro: libro: “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada - Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú”, publicado por la institución: DPLF – Due Process of Law Foundation.

Fuente: INPE.

La figura que muestra la situación jurídica de los internos en nuestro país, a junio del 2012 es la siguiente:

- Gráfico Nro. 05: Internos según situación jurídica



TOTAL POBLACIÓN: 52,700

Fuente: INPE. Datos actualizados a junio 2012

La anterior figura demuestra que más de la mitad (58.27%) de internos tienen la calidad de “procesados”, es decir que la regla de la prisión “preventiva” no es la “excepción”, sino la regla, lo que afecta a su configuración, lo desnaturaliza y por tanto transgrede los derechos fundamentales, como la libertad, la vida, la salud.

**f) Estadística situación jurídica de la población penitenciaria en las Américas.-**

De acuerdo con el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, publicada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en fecha 30 de diciembre de 2013, y recuperado de la siguiente url: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>, se tiene la siguiente información comparativa en quince estados de América, como se aprecia a continuación

**- Tabla Nro. 09: Condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013**

Nº	Estado	Nº de personas privadas de libertad	Nro. de procesados (preventiva)	Porcentaje	Nro. de condenados (sentencias)	Porcentaje	Fecha de información
1	Bolivia	13,654	11,410	84%	2,244	16%	Octubre 2012
2	Brasil	549,577	191,024	37.6%	317,333	62.4%	Junio 2012
3	Chile	53,171	10,823	20.4%	42,348	79.6%	Julio 2012
4	Colombia	113, 884	34,571	30.35%	79,313	69.65%	Diciembre 2012
5	Costa Rica	13,017	3,248	25%	9,769	75%	Octubre 2012
6	El Salvador	26,883	6,459	24%	20,424	76%	Octubre 2013

7	Ecuador	19,177	9,409	49%	9,768	51%	Agosto 2012
8	Guatemala	14,635	7,357	50.3%	7,278	49.7%	Octubre 2012
9	Honduras	12,407	6,064	48.9%	6,343	51.1%	Abril 2013
10	Nicaragua	9,168	1,127	12.3%	8,041	87.7%	Diciembre 2012
11	Panamá	14,521	9,443	65%	5,078	35%	Octubre 2012
12	Paraguay	7,901	5,780	73.1%	2,126	26.9%	Septiembre 2012
13	Perú	58,681	34,508	58.8%	24,173	41.2%	Julio 2012
14	Uruguay	9,330	6,065	65%	3,265	35%	Julio 2012
15	Venezuela	36,236	18,735	52%	17,501	48%	2012

El cuadro ha seleccionado sólo los datos numéricos y porcentuales.

Fuente: “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, publicada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en fecha 30 de diciembre de 2013 – pág. 20.

El anterior cuadro demuestra que los estados en América tienen en promedio como población penitenciaria más procesados que sentenciados, lo que revela la clara deficiencia del sistema jurídico penal y la vulneración de los procesados del principio de inocencia y sus derechos fundamentales como la libertad, salud, vida.

**g) Ranking de condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013.-**

Organizando por ranking la información sobre la condición jurídica de la población penitenciaria en las Américas, año 2012-2013, de acuerdo con el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, publicada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en fecha 30 de diciembre de 2013, y recuperado de la siguiente url: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>, tenemos el siguiente cuadro:

- **Tabla Nro. 10: Ranking de mayor cantidad de procesados que sentenciados, en las Américas, año 2012,2013.-**

Nº	Ranking	Estado	Procesados	Sentenciados
1	1er. Lugar	Bolivia	84.0%	16%
2	2do. Lugar	Paraguay	73.1%	26.9%
3	3er. Lugar	Panamá	65.0%	35%
4	4to. Lugar	Uruguay	65.0%	35%
5	5to. Lugar	Perú	58.8%	41.2%
6	6to. Lugar	Venezuela	52.0%	48%
7	7mo. Lugar	Guatemala	50.3%	49.7%
8	8vo. Lugar	Ecuador	49.0%	51%
9	9no. Lugar	Honduras	48.9%	51.1%
10	10mo. Lugar	Brasil	37.6%	62.4%
11	11avo. Lugar	Colombia	30.35%	69.65%
12	12avo. Lugar	Costa Rica	25.0%	75%
13	13avo. Lugar	El Salvador	24.0%	76%

14	14avo. Lugar	Chile	20.4%	79.6%
15	15avo. Lugar	Nicaragua	12.3%	87.7%

Los datos se han organizado de mayor a menor.

Fuente: “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, publicada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en fecha 30 de diciembre de 2013 – pág. 20.

Los datos arriba expuestos demuestran que la tendencia en la realidad es la superpoblación de internos “procesados”, lo que afecta directamente los derechos fundamentales como la libertad, salud, vida.

## **2.- Estadísticas sobre la aplicación ilegítima en los Delitos contra la Administración Pública que transgrede los Derechos Fundamentales.-**

Las estadísticas sobre la aplicación ilegítima de los Delitos contra la Administración Pública, se han operacionalizado nuestros instrumentos, las sentencias del Tribunal Constitucional, en las siguientes modalidades de delitos:

- 1) Delitos contra cometidos por particulares;
- 2) Delitos cometidos por funcionarios públicos;
- 3) Delitos contra la Administración de Justicia. De dicha clasificación se han obtenido por el sistema de búsqueda en la pág. Web del Tribunal, sentencias de las siguientes modalidades: 1) Delito de abandono de cargo; 2) Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios; 3) Abuso de autoridad; 4) Cobro indebido; 5) Cohecho activo específico, 6) Cohecho activo genérico; Cohecho pasivo específico; 7) Cohecho pasivo impropio; 8) Colusión agravada; 9) Concusión; 10) Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 11) Denegación o deficiente apoyo policial; 12) Denuncia calumniosa; 13) Desobediencia a la autoridad; 14) Detención ilegal; 15) Encubrimiento personal, 16) Encubrimiento real; 17) Enriquecimiento ilícito; 18) Malversación; 19) Negociación incompatible; 20) Negociación incompatible, 21)

Participación ilegal de la profesión; 22) Peculado de uso; 23) Peculado, 24) Prevaricato; 25) Resistencia a la autoridad, 26) Tráfico de influencias; 27) Usurpación de función pública; 28) Violencia contra la autoridad para obligarle a hacer algo. Los resultados totales son:

**a) Tabla de resultados específicos que prueban la tendencia penal (por la libertad o la prisión) en las sentencias del Tribunal Constitucional, respecto a los Delitos contra la Administración Pública.-**

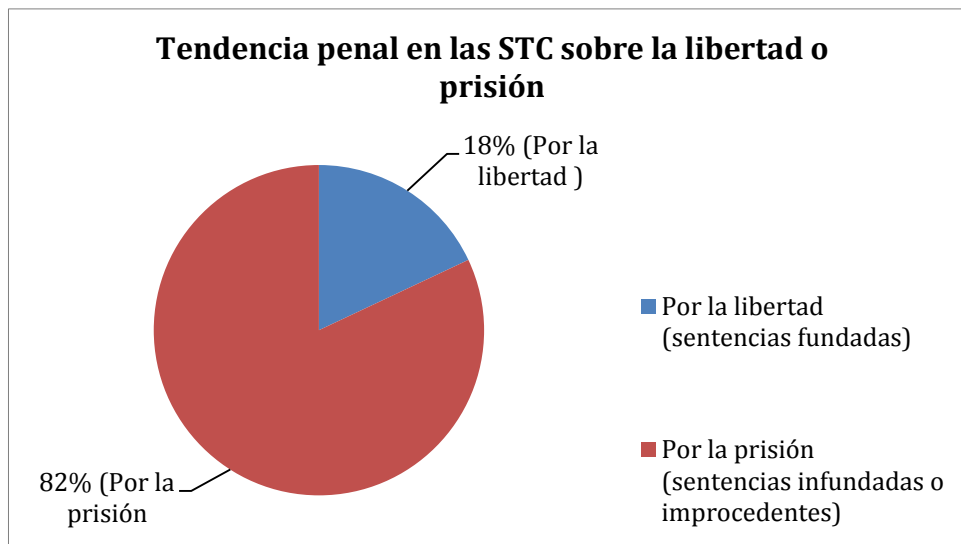
**- Tabla Nro. 11: Resultados específicos de sentencias del TC que muestran la tendencia penal sobre Delitos contra la Administración Pública**

<b>Sentencias</b>	<b>Nro.</b>	<b>Sentencias</b>	<b>Nro.</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Sentencias fundadas:	36	Sentencias procedentes:	00	36	18%
Sentencias infundadas:	68	Sentencias improcedentes:	96	164	82%
<b>Total de sentencias</b>				200	100%

Nro. de sentencias del Tribunal Constitucional sobre Delitos contra la Administración Pública que prueban nuestra hipótesis.

Fuente: Creación propia, 2018.

**- Gráfico Nro. 06: Tendencia penal en las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la libertad o prisión**



Nro. de sentencias del Tribunal Constitucional sobre los Delitos contra la Administración Pública, que muestran la tendencia penal, extraídas de la pág. Web. Oficial del Tribunal Constitucional.

Fuente: Creación propia.

En consecuencia con la tabla y el gráfico anteriores, se muestra que la tendencia del Tribunal Constitucional, de acuerdo con sus decisiones, es porcentualmente mayor para confirmar la prisión (82%), y en un porcentaje muy menor para la libertad (18%), por lo que la tendencia a la prisionización se confirma.

**b) Tabla detallada de Sentencias del TC sobre Delitos contra la Administración Pública que revelan la tendencia penal (libertad o prisión).-**

<p><b>- Tabla Nro. 12: ESTADISTICAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE PEDIDOS DE LIBERTAD EN PROCESOS POR DELITOCOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b></p>
<p>Año: 2002 al 2013</p>

Tipo de Delito		Sentencia del TC	Fundado	INFUNDADO	Procedente	IMPROCEDE NTE
ABANDONO DE CARGO	1	EXP. N.° 00517-2011-PA/TC	X			
	2	EXP. N.° 01177-2008-PA/TC	X			
	3	EXP. N.° 1643-2004-AA/TC	X			
	4	EXP. N.° 3760-2004-AA/TC		X		
	5	EXP. N.° 09423-2005-PA/TC		X		
	6	EXP. N.° 4394-2004-AA/TC	X			
ABUSO AUTORIDAD CONDICIONANDOD ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS	7	EXP. N.° 02284-2007-HC/TC	X			
ABUSO DE AUTORIDAD	8	EXP. N.° 00825-2012-PA/TC				X
	9	EXP. 1294-2007-HC/TC		X		
	10	EXP. N.° 02040-2010-PHD/TC	X			
	11	EXP. N.° 02284-2007-HC/TC	X			
	12	EXP. N.° 2305-2004-HC/TC		X		
	13	EXP. N.° 02657-2010-PA/TC	X			
	14	EXP. N° 3330-2004-				X



		AA/TC				
	15	EXP. N.° 03398-2011- PHC/TC				x
	16	EXP. N.° 3960-2005- PHC/TC		x		
	17	EXP. N.° 03964-2012- PA/TC	x			
APROVECH AMIENTO INDEBIDO DE CARGO	18	EXP. N.° 00879-2011- PHC/TC				x
	19	EXP. N.° 1917-2002- HC/TC				x
	20	EXP. N.° 03132-2009- PHC/TC		x		
	21	EXP. N.° 05263-2011- PHC/TC				x
	22	EXP. N.° 7944-2005- PHC/TC		x		
COBRO INDEBIDO	23	EXP. N.° 043-2007-PA/TC		x		
	24	EXP. N.° 606-2000- AA/TC	x			
	25	EXP. 2575-2005-PA/TC				x
	26	EXP. N.° 02731-2008- PHC/TC				x
	27	EXP. N.° 3459-2004- AA/TC		x		
	28	EXP. N.° 02731-2008- PHC/TC				x
	29	EXP. N.° 3459-2004- AA/TC			x	
	30	EXP. N.° 4366-2006- PA/TC	x			

	31	EXP. N.º 07364-2006-PA/TC	x			
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO	32	EXP. N.º 0012-2006-PI/TC		x		
	33	EXP. N.º 00017-2011-PI/TC	x			
	34	EXP. N.º 00777-2011-PA/TC				x
	35	EXP. N.º 000797-2011-PHC/TC				x
	36	EXP. N.º 01514-2011-PHC/TC		x		
	37	EXP. N.º 03257-2010-PHC/TC		x		
	38	EXP. N.º 03975-2012-PHC/TC		x		
COHECHO ACTIVO GENÉRICO	39	EXP. N.º 00017-2011-PI/TC	x			
	40	EXP. N.º 000797-2011-PHC/TC				x
	41	EXP. N.º 01932-2011-PHC/TC				x
	42	EXP. N.º 02598-2012-PHC/TC				x
	43	EXP. N.º 02880-2013-PHC/TC				x
	44	EXP. N.º 03257-2010-PHC/TC		x		
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO	45	EXP. N.º 00428-2009-PHC/TC		x		
	46	EXP. N.º 01184-2010-PHC/TC	x			
	47	EXP. N.º 02004-2010-PHC/TC				x
	48	EXP. N.º 02067-2011-				x

		PHC/TC				
	49	EXP. N.º 02189-2012- PHC/TC				x
	50	EXP. N.º 02862-2012- PHC/TC				x
	51	EXP. N.º 03255-2013- PHC/TC				x
	52	EXP. N.º 03975-2012- PHC/TC		x		
	53	EXP. N.º 6253-2006- PHC/TC		x		
	54	EXP. N.º 9291-2006- PHC/TC		x		
COHECHO PASIVO IMPROPIO	55	EXP. N.º 00638-2007- PHC/TC		x		
	56	EXP. N.º 01402-2010- PHC/TC		x		
	57	EXP. N.º 01923-2012- PHC/TC				x
	58	EXP. N.º 02004-2010- PHC/TC				x
	59	EXP. N.º 02189-2012- PHC/TC				x
	60	EXP. N.º 02415-2013- PA/TC				x
	61	EXP. N.º 03255-2013- PHC/TC				x
	62	EXP. N.º 03975-2012- PHC/TC		x		
	63	EXP. N.º 04387-2012- PHC/TC				x
	64	EXP. N.º 6253-2006- PHC/TC		x		
COLUSIÓN AGRAVAD A	65	EXP. N.º 01402-2010- PHC/TC		x		
	66	EXP. N.º 01923-2012- PHC/TC				x
	67	EXP. N.º 02107-2011-				x

		PHC/TC				
	68	EXP. N.º 02688-2008- PHC/TC				x
	69	EXP. N.º 03382-2012- PHC/TC	x			
	70	EXP. N.º 7330-2005- PHC/TC		x		
CONCUSIÓ N	71	EXP. N.º 1158-2007- PHC/TC		x		
	72	EXP. N.º 1917-2002- HC/TC				x
	73	EXP. N.º 1956-2006- PHC/TC		x		
	74	EXP. N.º 02557-2012- PHC/TC				x
	75	EXP. N.º 02731-2008- PHC/TC				x
	76	EXP. N.º 02961-2008- PHC/TC		x		
	77	EXP. N.º 3113-2004- AA/TC		x		
	78	EXP. N.º 4032-2009- PHC/TC				x
	79	EXP. N.º 04503-2011- PHC/TC				x
	80	EXP. N.º 06007-2009- PHC/TC		x		
CORRUPCI ÓN PASIVA DE AUXILIARE S JURISDICC IONALES	81	EXP. N.º 0012-2006-PI/TC	x			
	82	EXP. N.º 00037-2012- PA/TC	x			
	83	EXP. N.º 1019-2007- PHC/TC		x		
	84	EXP. N.º 1333-2006- PA/TC	x			

	85	EXP. N.° 01542-2009- PHD/TC	x			
	86	EXP. N.° 01580-2012- PHC/TC				x
	87	EXP. N.° 03833-2008- PA/TC		x		
	88	EXP. N.° 4032-2009- PHC/TC				x
DENEGACION O DEFICIENTE APOYO POLICIAL	89	EXP. N.° 00336-2012- PHC/TC	x			
	90	EXP. N.° 00926-2007- PA/TC	x			
	91	EXP. N.° 1317-2008- PHC/TC				
DENUNCIA CALUMNIOSA	92	EXP. N.° 00336-2012- PHC/TC	x			
	93	EXP. N.° 0594-2008- PA/TC				x
	94	EXP. N.° 01233-2012- PHC/TC				x
	95	EXP. N.° 03565-2008- PHC/TC				x
	96	EXP. N.° 03753-2010- PC/TC		x		
	97	EXP. N.° 6803-2006- PHC/TC		x		
	98	EXP. N.° 7357-2006- PHC/TC		x		
	99	EXP. N.° 01233-2012- PHC/TC				x
DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD	100	EXP. N.° 00346-2011- PHC/TC				x
	101	EXP. 00654-2007-AA/TC	x			

	102	EXP N.º 2346-2006- PHC/TC		x		
	103	EXP. N.º 03680-2007- PA/TC	x			
	104	EXP. N.º 03738-2007- PHC/TC				x
	105	EXP. N.º 03834-2012- PHC/TC				x
	106	EXP. N.º 03908-2011- PA/TC				x
	107	EXP. N.º 04364-2011- PHC/TC		x		
	108	EXP. N.º 04989-2009 PHC/TC				x
	109	EXP. N.º 9598-2005- PHC/TC	x			
DETENCIÓ N ILEGAL	110	EXP. N.º 00048-2010- PHC/TC				x
	111	EXP. N.º 00729-2013- PHC/TC				x
	112	EXP. N.º 1091-02-HC/TC		x		
	113	EXP. N.º 01386-2008- PHC/TC		x		
	114	EXP. N.º 02370-2008- PHC/TC		x		
	115	EXP. N.º 03676-2012- PHC/TC				x
	116	EXP. N.º 03684-2012- PHC/TC				x
	117	EXP. N.º 03691-2009- PHC/TC				x
	118	EXP. N.º 01389-2010- PHC/TC		x		
	119	EXP. N.º 01932-2011- PHC/TC				x
	120	EXP. N.º 03016-2007- PHC/TC	x			
	121	EXP. N.º 03244-2011- PHC/TC				x
	122	EXP. N.º 03833-2008-		x		

		PA/TC				
	123	EXP. N.º 3954-2006- PA/TC		x		
	124	EXP. N.º 04594-2012- PA/TC				x
	125	EXP. N.º 04637-2008- PHC/TC				x
ENCUBRIM IENTO PERSONAL	126	EXP. N.º 00454-2008- PHC/TC		x		
	127	EXP. N.º 2289-2005- PHC/TC		x		
	128	EXP. N.º 03226-2008- PHC/TC	x			
	129	EXP. N.º 04228-2010- PHC/TC				x
	130	EXP. N.º 04799-2007- PHC/TC				x
	131	EXP. 7574-2005-PA/TC				x
ENCUBRIM IENTO REAL	132	EXP. N.º 00445-2011- PHC/TC				x
	133	EXP. N.º 01085-2009- PHC/TC				x
	134	EXP. N.º 03226-2008- PHC/TC	x			
	135	EXP. N.º 04468-2009- PHC/TC				x
	136	EXP. N.º 05098-2011- PHC/TC				x
	137	EXP. N.º 8595-2006- PHC/TC		x		
	138	EXP. N.º 03226-2008- PHC/TC	x			
ENRIQUECI MIENTO ILÍCITO	139	EXP. N.º 1943-2006- PHC/TC		x		
	140	EXP. N.º 03891-2011- PA/TC	x			
	141	EXP. N.º 05206-2011-				x

		PHC/TC				
	142	EXP. N.º 6988-2006- PHC/TC				x
	143	EXP. N.º 9264-2005- PHC/TC		x		
MARVERS ACIÓN	144	EXP. N.º 01612-2011- PHC/TC				x
	145	EXP. N.º 02950-2012- HC/TC				x
	146	EXP. N.º 04144-2011- PHC/TC	x			
NEGOCIACI ÓN INCOMPAT IBLE	147	EXP. N.º 00052-2011- PHC/TC				x
	148	EXP. N.º 1158-2007- PHC/TC		x		
	149	EXP. N.º 01604-2013- PHC/TC		x		
	150	EXP. N.º 02004-2010- PHC/TC				x
	151	EXP. N.º 02079-2010- PHC/TC				x
	152	EXP. N.º 02617-2013- PHC/TC				x
	153	EXP. N.º 02677-2011- PHC/TC				x
	154	EXP. N.º 02731-2008- PHC/TC				x
PARTICIPA CIÓN ILEGAL DE LA PROFESIÓN	155	EXP. N.º 0687-2010- PHC/TC				x
PECULADO DE USO	156	EXP. N.º 00508-2012- PA/TC				x
	157	EXP. N.º 01348-2012- PHC/TC				x
	158	EXP. N.º 01604-2013- PHC/TC		x		



	159	EXP N.º 1751-04-HC/TC		x		
	160	EXP. N.º 04224-2009-PA/TC	x			
PECULADO	161	EXP. N.º 10623-2006-AA/TC		x		
	162	EXP. N.º 03506-2012-PHC/TC				x
	163	EXP. N.º 04004-2010-PHC/TC				x
	164	EXP. N.º 2758-2004-HC/TC		x		
	165	EXP. N.º 04316-2011-PHC/TC				x
	166	EXP. N.º 01636-2009-PHC/TC		x		
	167	EXP N.º 03113-2010-PHC/TC				x
	168	EXP. N.º 03506-2012-PHC/TC				x
	169	EXP. N.º 03635-2012-PA/TC				x
	170	EXP. N.º 04114-2011-PA/TC		x		
PREVARICATO	171	EXP. N.º 00001-2010-CC/TC	x			
	172	EXP. N.º 0631-2004-AA/TC				x
	173	EXP. N.º 1166-2003-HC/TC		x		
	174	EXP. N.º 01309-2013-PA/TC				x
	175	EXP. N.º 01321-2010-PA/TC	x			
	176	EXP. N.º 03379-2010-PA/TC	x			
	177	EXP. N.º 07285-2013-PA/TC		x		
RESISSTENCIA A LA AUTORIDAD	178	EXP. N.º 959-2005-PHC/TC		x		

D						
	179	EXP. N.º 01323-2008- PHC/TC		x		
	180	EXP N.º 2346-2006- PHC/TC		x		
	181	EXP. N.º 03738-2007- PHC/TC				x
	182	EXP. N.º 03834-2012- PHC/TC				x
	183	EXP. N.º 03908-2011- PA/TC				x
	184	EXP. N.º 04364-2011- PHC/TC		x		
	185	EXP. N.º 04514-2013- PHC/TC				x
TRÁFICO DE INFLUENCI AS	186	EXP. N.º 00650-2012- PHC/TC		x		
	187	EXP. N.º 00655-2010- PHC/TC				x
	188	EXP. N.º 2297-2005- PA/TC				x
	189	EXP. N.º 2703-2005- PA/TC		x		
	190	EXP. N.º 02846-2010- PHD/TC				x
	191	EXP. N.º 7849-2006- PHC/TC		x		
USURPACI ÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA	192	EXP. N.º 02172-2011- PHC/TC				x
	193	EXP. N.º 2758-2004- HC/TC		x		
	194	EXP. N.º 03073-2011- PA/TC				x
	195	EXP. N.º 3282-2004- HC/TC				x
	196	EXP. N.º 3760-2004- PHC/TC		x		

		AA/TC				
	197	EXP. N.º 3954-2006- PA/TC		x		
	198	EXP. N.º 04695-2009- PHC/TC				x
VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDA D PARA OBLIGARL E A HACER ALGO	199	EXP. N.º 01138-2012- PA/TC				x
	200	EXP. N.º 00794-2011- PHC/TC				x
		<b>TOTALES:</b>	<b>36</b>	<b>68</b>	<b>00</b>	<b>96</b>

Sentencias del Tribunal Constitucional sobre Delitos contra la Administración Pública del 2002 al 2013.

Fuente: Creación propia, 2018.

Se muestra que la tendencia a la prisionización en el Tribunal Constitucional, respecto a los Delitos contra la Administración Pública, es porcentualmente mayor (92%) a la tendencia por la libertad (18%), demostrándose nuestros objetivos.

**c) Tabla general de estadísticas extraídas de la operacionalización de las sentencias del Tribunal Constitucional, respecto a los pedidos de libertad, en procesos sobre delitos contra la Administración Pública.-**

Del anterior cuadro se pueden establecer la siguiente estadística:

<b>- Tabla Nro. 13: Decisiones sobre la libertad en las sentencias del TC respecto a Delitos contra la Administración Pública (Años 2002 al 2013)</b>		
1	Fundadas y procedentes	36
2	INFUNDADAS (68) e IMPROCEDENTES (96)	164
	<b>TOTAL:</b>	200

Tabla de sentencias del Tribunal Constitucional sobre Delitos contra la Administración Pública.

Fuente: Creación propia, 2018.

**d) Nro. de sentencias del Tribunal Constitucional por modalidad sobre los Delitos contra la Administración Pública.-**

Es necesario indicar que la búsqueda en la página web oficial del Tribunal se ha realizado, en esta etapa, ingresando como criterios de búsqueda “todas” las modalidades de los delitos contra la administración pública, obteniendo sólo un número de veintinueve (29) modalidades delictivas, siendo las siguientes: 1) ABANDONO DE CARGO (06 sentencias); 2) ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS (01 sentencias); 3) ABUSO DE AUTORIDAD (10 sentencias); 4) APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO (5 sentencias); 5) COBRO INDEBIDO ( 09 sentencias); 6) COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO ( 07 sentencias); 7) COHECHO ACTIVO GENÉRICO (06 sentencias); 8) COHECHO PASIVO ESPECÍFICO (10 sentencias); 9) COHECHO PASIVO IMPROPIO (10 sentencias); 10) COLUSIÓN AGRAVADA ( 06 sentencias); 11) CONCUSIÓN (10 sentencias); 12) CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES (08 sentencias); 13) DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL (03 sentencias); 14) DENUNCIA CALUMNIOSA (08 sentencias); 15) DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD (10 sentencias); 16) DETENCIÓN ILEGAL (16 sentencias); 17) ENCUBRIMIENTO PERSONAL

(06 sentencias); 18) ENCUBRIMIENTO REAL (07 sentencias); 19) ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (05 sentencias); 20) MARVERSACIÓN (03 sentencias); 21) NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE (08 sentencias); 22) PARTICIPACIÓN ILEGAL DE LA PROFESIÓN (01 sentencia); 23) PECULADO DE USO (05 sentencias); 24) PECULADO (10 sentencias); 25) PREVARICATO (07 sentencias); 26) RESISSTENCIA A LA AUTORIDAD (08 sentencias); 27) TRÁFICO DE INFLUENCIAS (06 sentencias); 28) USURPACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA (07 sentencias); 29) VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA OBLIGARLE A HACER ALGO (02 sentencias). Haciendo un total de 200 sentencias del Tribunal Constitucional sobre los delitos contra la Administración que ha arrojado la búsqueda en internet, y cuyas fechas son del 2002 al 2013.

**- Tabla Nro. 14: Nro. de sentencias del Tribunal Constitucional por modalidad sobre los Delitos contra la Administración Pública**

<b>N°</b>	<b>Modalidades de Delitos contra la Administración Pública (Años 2002 al 2013)</b>	<b>Total de sentencias</b>
1	Abandono de cargo	6
2	Abuso autoridad condicionando ilegalmente la entrega de Bienes y servicios	1
3	Abuso de autoridad	10
4	Aprovechamiento indebido de cargo	5
5	Cobro indebido	9
6	Cohecho activo específico	7
7	Cohecho activo genérico	6
8	Cohecho pasivo específico	10
9	Cohecho pasivo impropio	10
10	Colusión agravada	6
11	Concusión	10
12	Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales	8

13	Denegación o deficiente apoyo policial	3
14	Denuncia calumniosa	8
15	Desobediencia a la autoridad	10
16	Detención ilegal	16
17	Encubrimiento personal	6
18	Encubrimiento real	7
19	Enriquecimiento ilícito	5
20	Malversación	3
21	Negociación incompatible	8
22	Participación ilegal de la profesión	1
23	Peculado de uso	5
24	Peculado	10
25	Prevaricato	7
26	Resistencia a la autoridad	8
27	Tráfico de influencias	6
28	Usurpación de función pública	7
29	Violencia contra la autoridad para obligarle a hacer algo	2
<b>Total</b>		<b>200</b>

Los datos han sido tomados de la pág. Web oficial del Tribunal Constitucional (años 2002 al 2013).

Fuente: Creación propia.

**e) Estadísticas sobre población penitenciaria por delitos contra la administración pública, según la Defensoría del Pueblo.-**

Las estadísticas sobre población penitenciaria indicada es la siguiente:



La anterior figura es extraída de la página de la Defensoría del Pueblo, de la url: (<http://www.defensoria.gob.pe/blog/la-corrupcion-en-cifras-la-poblacion-penitenciaria-por-delitos-de-corrupcion/>), demostrando la tendencia ascendente de internos por delitos contra la administración pública.

### **3.- Estadísticas sobre afectación a la salud-vida de las prisiones, según el INEI.-**

La siguiente información es de acuerdo con el documento: “Perú: Primer Censo Nacional Penitenciario 2016 Perfil de la población penal”, publicado en la url: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitaless/Est/Lib1364/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitaless/Est/Lib1364/libro.pdf), se puede apreciar la siguiente estadística:

#### **a) Población penitenciaria en el Perú, al 2016, según el INEI.-**

De acuerdo con el “Primer Censo Nacional penitenciario 2016. Perfil de la población penal”, se señala: “1.1.1 Población total.- Los resultados del Censo Nacional de Población Penitenciaria 2016 revelan que 76 mil 180 personas se

encuentran privados de libertad. Los establecimientos penitenciarios que concentran la mayor población penal son: E.P. de Lurigancho (9 mil 580 internos/as), E.P. de Trujillo (4 mil 471 internos/as), E.P. Miguel Castro Castro (4 mil 354 internos/as) y E.P. de Ica (3 mil 942 internos/as), entre otros.” Siendo el cuadro el siguiente:

Establecimiento Penitenciario	Total	Sexo			
		Hombre		Mujer	
		Abs.	%	Abs.	%
<b>Total</b>	<b>76 143</b>	<b>71 569</b>	<b>94,0</b>	<b>4 574</b>	<b>6,0</b>

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Censo Nacional de Población Penitenciaria.

#### b) Población penitenciaria, según tipo de enfermedad que padece, 2016,

##### INEI.-

De acuerdo con el “Primer Censo Nacional penitenciario 2016. Perfil de la población penal”, se señala: “1.3 Salud.- 1.3.1 Tipo de enfermedad.- El 9,6% de la población penal padece de depresión, es decir, 7 mil 321 internos(as), seguido por el 8,7% de internos(as) con ansiedad (6 mil 581), el 8,4% con enfermedad pulmonar crónica (6 mil 416) y el 7,0% con hipertensión (5 mil 312) entre otros”. Siendo el cuadro el siguiente:

Tipo de enfermedad	Total	Sexo			
		Hombre		Mujer	
		Abs.	%	Abs.	%
<b>Enfermedades crónicas</b>					
Enfermedad pulmonar crónica tal como asma, bronquitis o enfisema	6 416	5 923	92,3	493	7,7
Hipertensión	5 312	4 596	86,5	716	13,5
Diabetes	2 191	1 932	88,2	259	11,8
<b>Enfermedades infecto contagiosas</b>					
Tuberculosis	3 267	3 210	98,3	57	1,7
Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)	647	558	86,2	89	13,8
VIH/SIDA	357	305	85,4	52	14,6
<b>Otras enfermedades</b>					
Depresión	7 321	6 378	87,1	943	12,9
Ansiedad	6 581	5 710	86,8	871	13,2
Adicción a sustancia psicoactivas	2 174	2 091	96,2	83	3,8
Hepatitis	673	634	94,2	39	5,8
Cáncer 1/	270	191	70,7	79	29,3
Otro /2	7 080	6 337	89,5	743	10,5

1/ Comprende cáncer al colon, útero, mama, estómago, piel, próstata entre



---

otros.

2/ Comprende alergias, anemia, apéndice, entre otros.

**Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Censo Nacional de Población Penitenciaria.**

Los cuadros estadísticos anteriores demuestran que efectivamente la prisión preventiva, la pena privativa de la libertad, o cualquier tipo de internación en prisión, expone y deteriora la salud y la vida. Esto demuestra nuestra hipótesis, que se ha deslegitimado la aplicación de la prisión preventiva y de los delitos contra la administración pública.

#### **4) Cuadros de equivalencias entre el bien jurídico vulnerado por el delito y el bien jurídico afectado por la sanción penal.-**

Tenemos los siguientes cuadros de equivalencias, que demuestran que no se aplica el principio de equivalencia, que consiste en contrapesar el derecho o bien jurídico vulnerado por el delito con el bien jurídico o derecho afectado por la sanción penal. Tenemos:

##### **a) Cuadro general de “equivalencias” entre tipos delictivos, bien jurídico vulnerado y medidas o sanciones penales (prisión preventiva ó pena privativa de la libertad), y los derechos fundamentales transgredidos.-**

El presente cuadro clasifica los tipos delictivos en nuestro Código Penal, el bien jurídico vulnerado por el delito, las medidas cautelares ó sanciones penales aplicadas (prisión preventiva ó pena privativa de la libertad) y los derechos fundamentales transgredidos (libertad, vida, salud).

El cuadro demuestra que (salvo los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud y libertad sexual, genocidio) no existe equivalencia entre el bien jurídico vulnerado (patrimonio particular, patrimonio público, poder público, bienes y servicios

públicos y los derechos vulnerados (libertad, salud, vida) por la medida cautelar o pena privativa de la libertad, lo que transgrede los derechos fundamentales.

**- Tabla Nro. 15: Cuadro general de “equivalencias” entre tipos delictivos, bien jurídico vulnerado y medidas o sanciones penales (prisión preventiva ó pena privativa de la libertad), y los derechos fundamentales transgredidos.-**

N°	Tipo delictivo	Bien Jurídico vulnerado	Medida cautelar	Sanción penal	Derecho Fundamental transgredido		
					Libertad	Vida	Salud
1	Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud	Vida, cuerpo, salud	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
2	Delitos contra el honor	Honor	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
3	Delitos contra la familia	Familia	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
4	Delitos contra la libertad	Libertad	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
5	Delitos contra el patrimonio	Patrimonio	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
6	Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios	Buena fe	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
7	Delitos contra los derechos intelectuales	Derecho intelectual	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
8	Delitos contra el patrimonio cultural	Patrimonio cultura	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
9	Delitos contra el orden económico	Orden económico	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud

10	Delitos contra el orden financiero y monetario	Orden financiero y monetario	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
11	Delitos tributarios	Orden fiscal	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
12	Delitos contra la seguridad pública	Seguridad pública	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
13	Delitos contra la ecología	Ecología	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
14	Delitos contra la tranquilidad pública	Tanquilidad pública	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
15	Delitos contra la humanidad	Humanidad	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
16	Delitos contra el Estado y la defensa nacional	Defensa nacional	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
17	Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional	orden constitucional	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
18	Delitos contra la voluntad popular	voluntad popular	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
19	Delitos contra la administración pública	bienes y servicios públicos	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud
20	Delitos contra la fe pública	fe pública	Prisión preventiva	Pena privativa de la libertad	Libertad	Vida	Salud

Los tipos delictivos han sido tomados del Código Penal peruano.

Fuente: La creación de la tabla es propia, 2018.

**b) Cuadro específico de “equivalencias” entre el Derecho protegido y el derecho transgredido.-**

El siguiente cuadro presenta la falta de equivalencia entre el bien jurídico protegido por el Derecho Penal y la real transgresión a los derechos fundamentales como la libertad, la salud y la vida. Esto es, que si por ejemplo se dicta una medida (prisión preventiva o pena privativa de la libertad) por la comisión de un delito contra el patrimonio, los bienes y servicios públicos –en el caso de los delitos contra la administración pública- la afectación (medida o sanción penal) no es igual, equivalente al bien jurídico protegido, sino a la libertad y a lo que se le adhiere, como la salud y la vida. Por lo tanto, nuestra propuesta es que se debe dictar medidas o sanciones penales sólo en “equivalencia” con el delito vulnerado. Así, si el delito vulnera al patrimonio del agraviado, la sanción debe vulnerar también al patrimonio del imputado. En la actualidad no es así, y no existe el menor atisbo de debate o modificación al respecto. El cuadro de equivalencias entre bien jurídico protegido y transgresión a los derechos fundamentales, como la libertad, la salud y la vida, es el siguiente:

**- Tabla 16: Cuadro específico de “equivalencias” entre el Derecho protegido y el derecho transgredido.-**

TIPO DELICTIVO	Bien jurídico protegido	Derecho fundamental transgredido con la prisión (prisión preventiva o pena privativa de la libertad)
I.- DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD.	Vida, cuerpo, salud	Libertad - salud - la vida
		Libertad - salud - la vida
I.- Homicidio:	vida	Libertad - salud - la vida
a) Homicidio simple;	Vida	Libertad - salud - la vida
b) Parricidio;	Vida	Libertad - salud - la vida

c) Asesinato;	Vida	Libertad - salud - la vida
d) Homicidio por emoción violenta;	Vida	Libertad - salud - la vida
e) Infanticidio;	Vida	Libertad - salud - la vida
f) Homicidio culposo;	Vida	Libertad - salud - la vida
g) Homicidio piadoso;	Vida	Libertad - salud - la vida
h) Instigación o ayuda al suicidio.	Vida	Libertad - salud - la vida
2.- Aborto:	Vida	Libertad - salud - la vida
a) Autoaborto;	Vida	Libertad - salud - la vida
b) Aborto consentido;	Vida	Libertad - salud - la vida
c) Aborto no consentido;	Vida	Libertad - salud - la vida
d) Aborto agravado por la cualificación del sujeto activo;	Vida	
e) Aborto preterintencional;	Vida	Libertad - salud - la vida
f) Aborto terapéutico impune;	Vida	Libertad - salud - la vida
g) Aborto sentimental y eugenésico.	Vida	Libertad - salud - la vida
3.- Lesiones:		
a) Lesiones graves;	Salud	Libertad - salud - la vida
b) Lesiones graves a menores de edad;	Salud	Libertad - salud - la vida
c) Lesiones leves;	Salud	Libertad - salud - la vida
d) Lesiones leves a menores de edad;	Salud	Libertad - salud - la vida
e) Lesiones con resultado fortuito;	Salud	Libertad - salud - la vida
f) Lesiones culposas.	Salud	Libertad - salud - la vida
4.- Exposición a peligro o abandono de personas en peligro:	vida	Libertad - salud - la vida
a) Exposición o abandono a personas incapaces;	Salud	Libertad - salud - la vida
b) Omisión de socorro y exposición al peligro;	Salud	Libertad - salud - la vida
d) Omisión de auxilio a persona en peligro o aviso a la autoridad;	Salud	Libertad - salud - la vida
d) Exposición a peligro de persona dependiente.	salud	Libertad - salud - la vida
5.- Genocidio	Vida	Libertad - salud - la vida
II.- DELITOS CONTRA EL HONOR:	Honor	<b>Libertad - salud - la vida</b>
<b>1.- Injuria</b>	<b>Honor</b>	<b>Libertad - salud - la vida</b>
<b>2.- Calumnia</b>	<b>Honor</b>	<b>Libertad - salud - la vida</b>
<b>3.- Difamación</b>	<b>Honor</b>	<b>Libertad - salud - la vida</b>

III.- DELITOS CONTRA LA FAMILIA:	Derecho a la familia	Libertad - salud - la vida
1.- Matrimonios ilegales;	Bien conyugal	Libertad - salud - la vida
2.- Delitos contra el Estado Civil;	Estado civil	Libertad - salud - la vida
3.- atentados contra la patria potestad;	Patria potestad	Libertad - salud - la vida
4.- Omisión de Asistencia familiar.	Salud – vida	Libertad - salud - la vida
IV.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD:	Libertad	Libertad - salud - la vida
1.- Violación de la libertad personal;	Libertad	Libertad - salud - la vida
2.- Violación de la intimidad;	Intimidad	Libertad - salud - la vida
3.- Violación de domicilio;	Domicilio	Libertad - salud - la vida
4.- Violación del Secreto de las comunicaciones;	Comunicaciones	Libertad - salud - la vida
5.- Violación del secreto profesional;	Profesión	Libertad - salud - la vida
6.- Violación de la libertad de reunión;	Dcho reunión	Libertad - salud - la vida
7.- Violación de la libertad de trabajo;	Trabajo	Libertad - salud - la vida
8.- Violación de la libertad de expresión;	Libertad de expresión	Libertad - salud - la vida
9.- Violación de la libertad sexual;	Sexualidad	Libertad - salud - la vida
10.- Proxenetismo;	Sexualidad	Libertad - salud - la vida
11.- Ofensas al pudor público.	Sexualidad	Libertad - salud - la vida
V.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO:	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
1., Hurto;	patrimonio	Libertad - salud - la vida
2.- Robo;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
3.- Abigeato;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
4.- Apropiación ilícita;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
5.- Receptación;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
6.- Estafa y otras defraudaciones;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
7.- Fraude en la administración de personas jurídicas;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
8.- Extorsión;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
9.- Usurpación;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
10.- Daños;	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
11.- Delitos informáticos	Patrimonio	Libertad - salud - la vida
VI.- DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS:	Confianza y buena fe en los negocios	Libertad - salud - la vida
1.- atentados contra el sistema crediticio;	Sistema crediticio	Libertad - salud - la vida
2.- Usura;	sistema económico	Libertad - salud - la vida
3.- Libramientos indebidos.	Sistema economico	Libertad - salud - la vida

VII.- DELITOS CONTRA LOS DERECHOS INTELECTUALES:	Derechos intelectuales	Libertad - salud - la vida
1.- Delitos contra los derechos de autor y conexos;	Derechos de autor	Libertad - salud - la vida
2.- Delitos contra la propiedad industrial.	Propiedad industrial	Libertad - salud - la vida
VIII.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL:	Patrimonio cultural	Libertad - salud - la vida
1.- Delitos contra los bienes culturales.	Bienes culturales	Libertad - salud - la vida
IX.- DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO:	Orden económico	Libertad - salud - la vida
1.- Abuso del poder económico;	Poder económico	Libertad - salud - la vida
2.- Acaparamiento, especulación, adulteración;	Poder económico	Libertad - salud - la vida
3.- Venta ilícita de mercaderías;	Poder económico	Libertad - salud - la vida
4.- Otros delitos económicos;	Bienes económicos	Libertad - salud - la vida
5.- Ejercicio ilegal de actividades de los agentes de intermediación.	Poder económico	Libertad - salud - la vida
X.- DELITOS CONTRA EL ORDEN FINANCIERO Y MONETARIO:	Orden financiero y monetario	Libertad - salud - la vida
1.- Delitos financieros;	Orden financiero	Libertad - salud - la vida
2.- Delitos monetarios.	Orden monetario	Libertad - salud - la vida
XI.- DELITOS TRIBUTARIOS:	Sistema fiscal	Libertad - salud - la vida
1.- Contrabando;	Sistema fiscal	Libertad - salud - la vida
2.- Defraudación Fiscal;	Sistema fiscal	Libertad - salud - la vida
3.- Defraudación de rentas de aduanas;	Sistema fiscal	Libertad - salud - la vida
4.- Defraudación tributaria;	Sistema fiscal	Libertad - salud - la vida
5.- Elaboración y comercio clandestino de productos.	Sistema fiscal	Libertad - salud - la vida
XII.- DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA:	Seguridad pública	Libertad - salud - la vida
1.- Delitos de peligro común;	Seguridad pública – vida	Libertad - salud - la vida
2.- Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos;	Servicios públicos de transporte, comunicación	Libertad - salud - la vida
3.- Delitos contra la salud pública;	Salud pública	Libertad - salud - la vida

4.- Contaminación y propagación;	Salud pública	Libertad - salud - la vida
5.- Tráfico Ilícito de drogas;	Salud pública	Libertad - salud - la vida
6.- Delitos contra el orden migratorio.	Seguridad pública	Libertad - salud - la vida
XIII.- DELITOS CONTRA LA ECOLOGÍA:	Ecología	Libertad - salud - la vida
1.- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.	Ecología	Libertad - salud - la vida
XIV.- DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA:	Tranquilidad pública	Libertad - salud - la vida
1.- Delitos contra la paz pública;	Paz pública	Libertad - salud - la vida
2.- Terrorismo.	Vida	Libertad - salud - la vida
XV.- DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD:	Humanidad - Vida	Libertad - salud - la vida
1.- Genocidio;	Vida	Libertad - salud - la vida
2.- Desaparición forzada;	Vida	Libertad - salud - la vida
3.- Tortura;	Salud – vida	Libertad - salud - la vida
4.- Discriminación;	Dignidad	Libertad - salud - la vida
5.- Manipulación genética.	Salud – vida	Libertad - salud - la vida
XVI.- DELITOS CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL:	Defensa nacional	Libertad - salud - la vida
1.- Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria;	Seguridad nacional	Libertad - salud - la vida
2.- Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado;	Seguridad nacional	Libertad - salud - la vida
3.- Delitos contra los símbolos y valores de la patria.	Seguridad nacional	Libertad - salud - la vida
XVII.- DELITOS CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL:	Orden constitucional	Libertad - salud - la vida
1.- Rebelión	Orden constitucional	Libertad - salud - la vida
2.- Sedición	Orden constitucional	Libertad - salud - la vida
3.- Motín	Orden constitucional	Libertad - salud - la vida
XVIII.- DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR:	Derechos políticos	Libertad - salud - la vida



1.- Delitos contra el derecho de sufragio.	Derechos políticos	Libertad - salud - la vida
XIX.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:	Bienes y servicios públicos	Libertad - salud - la vida
<b><u>CAPITULO I</u></b>		
<b>DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES</b>		
<b>I: USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES</b>	<b>Poder público</b>	Libertad - salud - la vida
1.- Usurpación de función pública	Poder público	Libertad - salud - la vida
2.- Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce	Poder público	Libertad - salud - la vida
3.- Ejercicio ilegal de profesión	Poder público	Libertad - salud - la vida
4.- Participación en ejercicio ilegal de la profesión	Poder público	Libertad - salud - la vida
<b>II:</b>	<b>Poder público</b>	Libertad - salud - la vida
<b>VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD</b>		
1.- Violencia contra la autoridad para obligarle a algo	Poder público	Libertad - salud - la vida
2.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones	Poder público	Libertad - salud - la vida
3.- Resistencia o desobediencia a la autoridad	Poder público	Libertad - salud - la vida
4.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión	Poder público	Libertad - salud - la vida
5.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión	Poder público	Libertad - salud - la vida
6.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios	Poder público	Libertad - salud - la vida
7.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios	Poder público	Libertad - salud - la vida
8.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios	Poder público, salud, vida	Libertad - salud - la vida

9.- Violencia contra autoridades elegidas	Poder público, salud e integridad física o psíquica	Libertad - salud - la vida
10.- Atentado contra la conservación e identidad de objeto	Poder público	Libertad - salud - la vida
11.- Negativa a colaborar con la administración de justicia	Poder público	Libertad - salud - la vida
12.- Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso	Poder público	Libertad - salud - la vida
13.- Sustracción de objetos requisados por autoridad	Poder público – propiedad pública	Libertad - salud - la vida
<b>III: DESACATO</b>		
1.- Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función	Poder público	Libertad - salud - la vida
<b><u>CAPITULO II:</u></b>		
<b>DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS</b>		
<b>I: ABUSO DE AUTORIDAD</b>		Libertad - salud - la vida
1.- Abuso de autoridad		Libertad - salud - la vida
2.- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios	Poder público	Libertad - salud - la vida
3.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales	Poder público	Libertad - salud - la vida
4.- Denegación o deficiente apoyo policial	Poder público, salud, vida	Libertad - salud - la vida
5.- Requerimiento indebido de la fuerza pública	Poder público	Libertad - salud - la vida
6.- Abandono de cargo	Poder público	Libertad - salud - la vida
7.- Nombramiento o aceptación ilegal	Poder público	Libertad - salud - la vida
<b>II: CONCUSION</b>	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
1.- Concusión	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
2.- Cobro indebido	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
3.- Colusión simple y agravada	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida

4.- Patrocinio ilegal	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
5.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
<b>III.- PECULADO</b>	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
1.- Peculado doloso y culposo	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
2.- Peculado de uso	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
3.- Malversación	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
4.- Retardo injustificado de pago	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
5.- Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
<b>IV.- CORRUPCION DE FUNCIONARIOS</b>	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
1.- Cohecho pasivo propio	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
2.- Soborno internacional pasivo	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
3.- Cohecho pasivo impropio	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
4.- Cohecho pasivo específico	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
5.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
6.- Cohecho activo genérico	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
7.- Cohecho activo transnacional	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
8.- Cohecho activo específico	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
9.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
10.- Tráfico de influencias	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida

11.- Enriquecimiento ilícito	Poder público – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
<b><u>CAPITULO III</u></b>		
<b>DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA</b>		
<b>I.- DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL</b>	<b>Poder público judicial</b>	Libertad - salud - la vida
1.- Denuncia calumniosa	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
2.- Ocultamiento de menor a las investigaciones	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
3.- Encubrimiento personal	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
4. Encubrimiento real	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
5.- Excusa absolutoria	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
6.- Omisión de denuncia	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
7.- Fuga del lugar del accidente de tránsito	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
8.- Falsedad en juicio	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
9.- Obstrucción de la justicia	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
10.- Revelación indebida de identidad	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
11.- Avocamiento ilegal de proceso en trámite	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
12.- Falsa declaración en procedimiento administrativo	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
13.- Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
14.- Evasión mediante violencia o amenaza	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
15.- Favorecimiento a la fuga	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
16.- Amotinamiento de detenido o interno	Poder público	Libertad - salud - la vida

	judicial	
17.- Fraude procesal	Poder público judicial – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
18.- Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
19.- Insolvencia provocada	Poder público judicial – patrimonio público	Libertad - salud - la vida
<b>II.-PREVARICATO</b>	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
1.- Prevaricato	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
2.- Detención ilegal	Poder público judicial, salud, libertad	Libertad - salud - la vida
3.- Prohibición de conocer un proceso que patrocinó	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
4.- Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
<b>III.- DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA</b>	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
1.- Negativa a administrar justicia	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
2.- Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
3.- Omisión de ejercicio de la acción penal	Poder público judicial	Libertad - salud - la vida
<b>XX.- DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA:</b>	Fe pública	Libertad - salud - la vida
1.- Falsificación de documentos en general;	Fe pública – patrimonio	Libertad - salud - la vida
2.- Falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales	Fe pública	Libertad - salud - la vida

Los tipos delictivos se han extraído del Código Penal peruano vigente

Fuente: La creación del siguiente cuadro ha sido propia.

**c) cuadro de equivalencias entre penas mínimas y penas máximas de los delitos.-**

En el siguiente cuadro se clasifican los tipos delictivos, las penas mínimas y máximas de prisión aplicada según el Código Penal peruano vigente.

El cuadro demuestra la no ordenación y jerarquización de las sanciones penales de acuerdo con bien jurídico vulnerado, sino de acuerdo a la coyuntura política. Además se muestra que no existe proporcionalidad entre el bien jurídico transgredido y la cantidad de años de prisión. El cuadro es el siguiente:

**- Tabla Nro. 17: CUADRO DE EQUIVALENCIAS ENTRE PENAS MÍNIMAS Y PENAS MÁXIMAS DE LOS DELITOS**

TIPO DELICTIVO	Pena mínima de prisión (en años)	Pena máxima de prisión (en años)
I.- DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD.		
1.- Homicidio:		
a) Homicidio simple;	6	20
b) Parricidio;	15	25
c) Asesinato;	15	
Homicidio Calificado por la Condición de la víctima	25	35
Feminicidio	20	Cadena perpetua
Sicariato	25	
La conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato	5	8

d) Homicidio por emoción violenta;	3	5
e) Infanticidio;	1	4
f) Homicidio culposo;	4	8
g) Homicidio piadoso;		3
h) Instigación o ayuda al suicidio.	1	4
2.- Aborto:		
a) Autoaborto;		2
b) Aborto consentido;	1	4
c) Aborto no consentido;	3	5
d) Aborto agravado por la cualificación del sujeto activo;	3	5
e) Aborto preterintencional;		2
f) Aborto terapéutico impune;	00	00
g) Aborto sentimental y eugenésico.		(3 meses)
3.- Lesiones:		
a) Lesiones graves;	4	8
b) Lesiones graves a menores de edad;		
c) Lesiones leves;	2	5
d) Lesiones leves a menores de edad;		
e) Lesiones con resultado fortuito;		
f) Lesiones culposas.	4	6
4.- Exposición a peligro o abandono de personas en peligro:		
a) Exposición o abandono a personas incapaces;	1	4
b) Omisión de socorro y exposición al peligro;		3
d) Omisión de auxilio a persona en peligro o aviso a la autoridad;		1
d) Exposición a peligro de persona dependiente.	2	4

5.- Genocidio		20
<b>II.- DELITOS CONTRA EL HONOR:</b>		
<b>1.- Injuria</b>		<b>Prestación de servicios comunitarios</b>
<b>2.- Calumnia</b>		<b>120 días-multa</b>
<b>3.- Difamación</b>	<b>1</b>	<b>3</b>
<b>III.- DELITOS CONTRA LA FAMILIA:</b>		
1.- Matrimonios ilegales;	2	5
2.- Delitos contra el Estado Civil;	1	5
3.- Atentados contra la patria potestad;	10	20
4.- Omisión de Asistencia familiar.	2	4
<b>IV.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD:</b>		
1.- Violación de la libertad personal;		2
2.- Violación de la intimidad;	2	4
3.- Violación de domicilio;	1	3
4.- Violación del Secreto de las comunicaciones;	10	15
5.- Violación del secreto profesional;		2
6.- Violación de la libertad de reunión;	1	4
7.- Violación de la libertad de trabajo;	2	5
8.- Violación de la libertad de expresión;	3	6
9.- Violación de la libertad sexual;	20	Cadena perpetua
10.- Proxenetismo;	3	12
11.- Ofensas al pudor público.	2	6



V.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO:		
1., Hurto;	1	6
2.- Robo;	3	20
3.- Abigeato;	1	8
4.- Apropiación ilícita;	3	10
5.- Receptación;		
6.- Estafa y otras defraudaciones;		
7.- Fraude en la administración de personas jurídicas;		
8.- Extorsión;		
9.- Usurpación;		
10.- Daños;		
11.- Delitos informáticos		
VI.- DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS:		
1.- Atentados contra el sistema crediticio;		
2.- Usura;		
3.- Libramientos indebidos.		
VII.- DELITOS CONTRA LOS DERECHOS INTELECTUALES:		
1.- Delitos contra los derechos de autor y conexos;		
2.- Delitos contra la propiedad industrial.		
VIII.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL:		
1.- Delitos contra los bienes culturales.		
IX.- DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO:		
1.- Abuso del poder económico;		

2.- Acaparamiento, especulación, adulteración;		
3.- Venta ilícita de mercaderías;		
4.- Otros delitos económicos;		
5.- Ejercicio ilegal de actividades de los agentes de intermediación.		
<b>X.- DELITOS CONTRA EL ORDEN FINANCIERO Y MONETARIO:</b>		
1.- Delitos financieros;		
2.- Delitos monetarios.		
<b>XI.- DELITOS TRIBUTARIOS:</b>		
1.- Contrabando;		
2.- Defraudación Fiscal;		
3.- Defraudación de rentas de aduanas;		
4.- Defraudación tributaria;		
5.- Elaboración y comercio clandestino de productos.		
<b>XII.- DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA:</b>		
1.- Delitos de peligro común;		
2.- Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos;		
3.- Delitos contra la salud pública;		
4.- Contaminación y propagación;		
5.- Tráfico Ilícito de drogas;		
6.- Delitos contra el orden migratorio.		
<b>XIII.- DELITOS CONTRA LA ECOLOGÍA:</b>		
1.- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.		

XIV.- DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA:		
1.- Delitos contra la paz pública;		
2.- Terrorismo.		
XV.- DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD:		
1.- Genocidio;		
2.- Desaparición forzada;		
3.- Tortura;		
4.- Discriminación;		
5.- Manipulación genética.		
XVI.- DELITOS CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL:		
1.- Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria;		
2.- Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado;		
3.- Delitos contra los símbolos y valores de la patria.		
XVII.- DELITOS CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL:		
1.- Rebelión		
2.- Sedición		
3.- Motín		
XVIII.- DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR:		
1.- Delitos contra el derecho de sufragio.		
XIX.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:		

<b>Capítulo I: DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES</b>		
<b>I: USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES</b>		
1.- Usurpación de función pública	4	8
2.- Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce		1
3.- Ejercicio ilegal de profesión	2	8
4.- Participación en ejercicio ilegal de la profesión		4
<b>II: VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD</b>		
1.- Violencia contra la autoridad para obligarle a algo		2
2.- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones	2	8
3.- Resistencia o desobediencia a la autoridad	3	6
4.- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión	4	8
5.- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión	2	6
6.- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios	5	10
7.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios	8	15

8.- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios	8	20
9.- Violencia contra autoridades elegidas	1	3
10.- Atentado contra la conservación e identidad de objeto		2
11.- Negativa a colaborar con la administración de justicia		2
12.- Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso	1	4
13.- Sustracción de objetos requisados por autoridad	2	4
<b>III: DESACATO</b>		
1.- Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función		1
<b>CAPITULO II:</b>		
<b>DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS</b>		
<b>I: ABUSO DE AUTORIDAD</b>		
1.- Abuso de autoridad		4
2.- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios	3	6
3.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales	2	5
4.- Denegación o deficiente apoyo policial	2	4
5.- Requerimiento indebido de la fuerza pública		3
6.- Abandono de cargo		3
7.- Nombramiento o aceptación ilegal		60 a 120 días- multa

<b>II: CONCUSION</b>		
1.- Concusión	2	8
2.- Cobro indebido	1	4
3.- Colusión simple y agravada	3	15
4.- Patrocinio ilegal		2
5.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares		2
<b>III.- PECULADO</b>		
1.- Peculado doloso y culposo	4	12
2.- Peculado de uso	2	4
3.- Malversación	1	8
4.- Retardo injustificado de pago		2
5.- Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia		2
<b>IV.- CORRUPCION DE FUNCIONARIOS</b>		
1.- Cohecho pasivo propio	5	10
2.- Soborno internacional pasivo	5	8
3.- Cohecho pasivo impropio	4	8
4.- Cohecho pasivo específico	6	15
5.- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales	5	8
6.- Cohecho activo genérico	4	6
7.- Cohecho activo transnacional	5	8
8.- Cohecho activo específico	4	8
9.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo	4	6
10.- Tráfico de influencias	4	8
11.- Enriquecimiento ilícito	5	15
<b>CAPITULO III</b>		
<b>DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION</b>		

<b>DE JUSTICIA</b>		
<b>I.- DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL</b>		
1.- Denuncia calumniosa	3	6
2.- Ocultamiento de menor a las investigaciones	1	3
3.- Encubrimiento personal	3	15
4. Encubrimiento real	7	10
5.- Excusa absolutoria	00	00
6.- Omisión de denuncia	2	6
7.- Fuga del lugar del accidente de tránsito		4
8.- Falsedad en juicio	2	6
9.- Obstrucción de la justicia	3	8
10.- Revelación indebida de identidad	4	7
11.- Avocamiento ilegal de proceso en trámite		2
12.- Falsa declaración en procedimiento administrativo	1	4
13.- Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial		3
14.- Evasión mediante violencia o amenaza		3
15.- Favorecimiento a la fuga	2	8
16.- Amotinamiento de detenido o interno	4	8
17.- Fraude procesal	2	4
18.- Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano		Servicios comunitarios
19.- Insolvencia provocada	2	6
<b>II.-PREVARICATO</b>		
1.- Prevaricato	3	5
2.- Detención ilegal	2	4
3.- Prohibición de conocer un proceso que		2

patrocinó		
4.- Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial		2
<b>III.- DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA</b>		
1.- Negativa a administrar justicia	1	4
2.- Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales		1
3.- Omisión de ejercicio de la acción penal	1	4
<b>XX.- DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA:</b>		
1.- Falsificación de documentos en general;		
2.- Falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales		

**5) Otros datos estadísticos relevantes de la condición penal en nuestra sociedad.-**

**1.- Cuadro estadístico de condición jurídica de la población penitenciaria 2005 al 2018, según el INPE.-**

<b>- Tabla Nro. 18: Población penitenciaria según condición jurídica (procesados y sentenciados) 2005 al 2013, según INPE</b>						
N°	Año	Total	Condición de los internos			
			Procesados	Porcentaje	Sentenciado	Porcentaje
1	2005 (dic.)	33,594	23,227	69.14 %	10,367	30.85 %
2	2006 (dic.)	37,445	25,126	67.10 %	12,319	32.89 %
3	2007 (dic.)	41,546	27,568	66.35 %	13,978	33.64 %
4	2008 (dic.)	43,466	27,721	63.77 %	15,745	36.22 %
5	2009 (dic.)	44,254	26,972	60.94 %	17,282	39.05 %
6	2010 (dic.)	46,198	27,201	58.87 %	18,997	41.12 %
7	2011 (dic.)	52,700	30,710	58.27 %	21,990	41.72 %



8	2012 (dic.)	61,390	35,892	58.46 %	25,498	41.53 %
9	2013 (set.)	66,497	36,147	54.35 %	30,350	45.64 %
10	2014 (dic.)	71,961	37,109	51.56	34,852	48.43
11	2015	77,244	39,180	50.72	38,064	<b>49.27</b>
12	2016	76,143	39,091	51.3	37,052	48.7
13	2017	85,396	35,594	41.68 %	49,802	58.31 %
14	2018	86,229	34,484	39.99 %	51,745	60.00 %
			Promedio	61.91 %		38.07 %

Datos del INPE. Organización y porcentajes propios.

Fuente: Instituto Nacional Penitenciario.

De acuerdo con el anterior cuadro, según el INPE, la condición jurídica de la población penitenciaria, del 2005 al 2013, oscila entre 33,594 y 66,897, en forma ascendente, teniendo condición jurídica en promedio de 61.91 % procesados; y 38 % sentenciados, lo que grafica un porcentaje alto para los procesados o internos sin sentencia definitiva. Al año 2018 la población penitenciaria asciende a 86,229.

## 2.- Población de habitantes y población penitenciaria en el Perú.-

- Tabla Nro. 19: Comparativo de población de habitantes población penitenciaria

N°	Año	Población peruana	Población penitenciaria
1	2002	26,739,379	27,417
2	2003	27,103,457	28,826
3	2004	27,460,073	31,311
4	2005	27,810,540	33,594
5	2006	28,151,443	37,445
6	2007	28,481,901	41,546
7	2008	28,807,034	43,466
8	2009	29,132,013	44,254
9	2010	29,461,933	46,198
10	2011	29,797,694	52,700
11	2012	30,135,875	61,390
12	2013	30,475,144	66,497
13	2014	30,814,175	71,961

14	2015	31,151,643	77,244
15	2016	31,488,625	76,143
16	2017	31,237,000	85,396
17	2018		86,229

Fuente: INEI e INPE

### 3.- Capacidad de albergue, sobrepoblación y hacinamiento según el INPE, el 2017.-

#### SITUACIÓN ACTUAL DE LA CAPACIDAD DE ALBERGUE, SOBREPoblACIÓN Y HACINAMIENTO SEGÚN OFICINA REGIONAL

Nº	Oficinas Regionales	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	% Ocupacion	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S > 20%)
	<b>TOTALES</b>	<b>36,957</b>	<b>85,396</b>	<b>231%</b>	<b>48,439</b>	<b>131%</b>	<b>SI</b>

Fuente: Oficina General de Infraestructura. Fecha 2017

Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

<https://www.inpe.gob.pe/concurso-a/estad%C3%ADstica/2017-1/80-informe-setiembre-2017/file.html>

De acuerdo con e el INPE, a fecha 2017, la capacidad de albergue penitenciaria en el Perú es de 36,957 personas, siendo la población penitenciaria de 85,396, siendo por tanto la ocupación de 231 %, en consecuencia una “sobrepoblación” de 48,439 personas, que constituyen un porcentaje de 131 %, por lo que se concluye que existe “hacinamiento”, puesto que supera el más del 20% de superpoblación.

La vida en centros de reclusión con hacinamiento tienen obvios efectos en la calidad de la vida de los internos, lo que afecta los derechos fundamentales como la integridad física y la vida de los internos.

### 4.- Línea de agravación de las sanciones penales.-

Para probar la tendencia a elevar las penas se muestran los siguientes cuadros:

**a) La dureza de la prisión preventiva según el Woodrow Wilson International Center for Scholars, al 2012.-**

De acuerdo con: Prepared for the conference “Leyes, Penas y Carceles: ¿Cuanto Sirven (y cuanto no) para la Seguridad Ciudadana?” Woodrow Wilson International Center for Scholars, Instituto de Defensa Legal, and Corporación Andina de Fomento Lima, Peru February 21-22, 2012 ABUSO DE LA PRISION PREVENTIVA; CAUSAS Y CONSECUENCIAS Ernesto de la Jara Director General del Instituto de Defensa Legal, se escribe el acápite denominado: “II. ENDURECIMIENTO DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL TIEMPO”, en el que se presentan cuadros respecto a la dureza o agravación de las penas. Estos cuadros se encuentran ubicados en el internet, en la página web o url siguiente: [https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Ernesto%20de%20la%20Jara\\_0.pdf](https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Ernesto%20de%20la%20Jara_0.pdf):

Art 106	Pena	Fecha	Norma
Homicidio Simple	[6 – 20] años	08-04-2001	D.L. N° 635

Art. 107	Pena	Fecha	Norma
Parricidio/Femicidio	[15 años	08-04-2001	D.L. N° 635
Modificación	[15 años	27-12-2011	Ley N° 29819
Agravante	[25 años	27-12-2011	Ley N° 29819

Art. 108	Pena	Fecha	Norma
Homicidio Calificado	[15 años	08-04-2001	D.L. N° 635
Modificación	[25 años	24-05-1998	Art 1 del D.L. N° 896 con arreglo a Ley 26950 que faculta al Poder Ejecutivo facultades para legislar.
Modificación	[15 años	05-06-2001	Art 1 de la Ley 27472
Modificación	[15 años	17-08-2006	Art 1 de la Ley N° 28878

Art. 121	Pena	Fecha	Norma
Lesiones Graves	[3-8] años	08-04-2001	D.L. N° 635
Agravante	[5-10] años		
Modificación	[4-8] años	17-08-2006	Art 1 de la Ley N° 28878
Agravante	[5-10] años		

Art. 121 - A	Pena	Fecha	Norma
Lesiones Graves – Menor como víctima	[5-10] años	16-05-1997	Artículo incorporado por Art 1 de Ley N° 26788
Agravante (muerte)	[6-15] años		
Modificación	[5-8] años	27-11-2008	Art 9 de Ley N° 29282
Agravante	[6-12] años		
Modificación	[5-10]	04-06-2011	Art único de Ley 29699
Agravante	[6-12]		

Art. 121 – B	Pena	Fecha	Norma
Lesiones Graves – Violencia familiar	[5-10]	27-11-2008	Art 10 de la Ley 29282
Agravante (muerte)	[6-15]		

Art. 122	Pena	Fecha	Norma
Lesiones leves	[2] años	08-04-2001	D.L. N° 635
Agravante seguido de muerte	[3-6] años		

Art. 122 - A	Pena	Fecha	Norma
Lesiones leves – Menor como víctima	[3-6] años	16-05-1997	Art incorporado por Art 1 de Ley
Agravante (muerte)	[4-8] años	27-11-2008	Art 11 de Ley 29282
Modificación	[3-6] años		
Agravante (muerte)	[5-9] años	04-06-2011	Art único de Ley 29699
Modificación	[3-6] años		
Agravante	[5-9] años		

Art. 122 – B	Pena	Fecha	Norma
Lesiones leves – Violencia familiar	[3-6] años	27-11-2008	Art 12 de Ley 29282
Agravante (muerte)	[6-12] años		

Art. 148 - A	Pena	Fecha	Norma
Instigación o participación en pandillaje pernicioso	[10-20] años	28-05-1998	Art incorporado por la primera disposición complementaria y final del DL 899, con arreglo a Ley 26950 que otorga facultades al Poder Ejecutivo
Modificación	[10-20] años	22-07-2007	Art modificado por Art 2 del DL 982
Agravante	[20]		

Art. 152	Pena	Fecha	Norma
Secuestro	[2-4] años		
Agravante	[10-20] años		
Agravante (muerte)	Cadena perpetua	21-08-1993	Párrafo adicionado por Art 1 de Ley 26222
Modificación	[10-15] años	21-06-1996	Art 1 de Ley 26630
Agravante	[20-25] años	24-05-1998	Art 1 del DL 896 expedido con arreglo a Ley 26950 que faculta al Poder Ejecutivo
Agravante	Cadena perpetua		
Modificación	[20-30] años	05-06-2001	Art 1 de Ley 27472
Agravante	[30]		
Agravante (muerte)	Cadena perpetua	18-03-2004	Inciso incorporado por la Tercera disposición transitoria y final de la Ley 28189
Modificación	[10-15] años		
Agravante	[20-25] años		
Agravante	Cadena perpetua		
Modificación	[20-30] años	14-06-2006	Art. Modificado por inc a)

Agravante	[30]		de Ley 28760
Agravante (muerte)	Cadena perpetua	22-07-2007	Modificado por art 2 del DL 982
Modificación	[20-30] años		
Agravante	[30]		
Agravante	Cadena perpetua		

Art. 170	Pena	Fecha	Norma
Violación sexual	[3-6] años		
Agravante (armado y dos o más sujetos)	[4-12] años		
Modificación	[4-8] años	14-02-1994	Art 1 de Ley 26293
Agravante (armado y 2 o más sujetos)	[8-15] años		
Modificación	[4-8] años	08-06-2004	Art 1 de Ley 28251
Agravante	[8-15] años	05-04-2006	Art 1 de Ley 28704
Modificación	[6-8] años		
Agravante	[12-18] años		

Art. 171	Pena	Fecha	Norma
Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir	[4-8] años		
Modificación	[5-10] años	14-02-1994	Modificado por Art 1 de Ley 26293
Modificación	[5-10] años	08-06-2004	Modificado por Art 1 de Ley 28251
Agravante	[8-12] años	05-04-2006	Modificada por Art 1 de Ley 28704
Modificación	[10-15] años		
Agravante	[12-18] años		

Art. 172	Pena	Fecha	Norma
Violación de persona en incapacidad de resistencia	[4-8] años		
Modificación	[5-10] años	14-02-1994	Modificada por Art 1 de Ley 26293
Modificación	[20-25] años	08-06-2004	Modificada por Art 1 de Ley 28251
Agravante	[8-12] años	05-04-2006	Modificada por Art 1 de Ley 28704
Modificación	[20-25] años		
Agravante	[25-30] años		

Art. 173	Pena	Fecha	Norma
Violación sexual de menor de edad (menor de 7 años)	[15] años		
Agravante	[20] años		
(7- menos de 10 años)	[8] años		

Agravante	[12] años		
(10 - menos de 14 años)	[5] años		
Agravante	[8] años		
Modificación (menor de 7 años)	[20-25] años	14-02-1994	Modificado por Art 1 de Ley 26293
Agravante	[25-30] años		
(7- menos de 10 años)	[15-20] años		
Agravante	[20-25] años		
(10 - menos de 14 años)	[10-15] años		
Agravante	[15-20] años		
Modificación (7- menos de 10 años)	Cadena perpetua	24-05-1998	Modificado por Art 1 del DL 896 expedido con arreglo a Ley 26950 que faculta al Poder Ejecutivo
Agravante	Cadena perpetua		
(7- menos de 10 años)	[25-30] años		
Agravante	[30] años		
(10 - menos de 14 años)	[20-25] años		
Agravante	[30] años		
Modificación (7- menos de 10 años)	[20-25] años	05-06-2001	Modificado por Art 1 de Ley 27472
(7- menos de 10 años)	[15-20] años		
Agravante	[25] años		
(10 - menos de 14 años)	[10-15] años		
Agravante	[25] años		
Modificación (7- menos de 10 años)	Cadena perpetua	13-07-2001	Texto de Art 173 restablecido por Art 1 de Ley 27507
(7- menos de 10 años)	[25-30] años		
Agravante	[30] años		
(10 - menos de 14 años)	[20-25] años		
Agravante	[30] años		
Modificación (7- menos de 10 años)	Cadena perpetua	08-06-2004	Art 1 de Ley 28251
(7- menos de 10 años)	[25-30] años		
Agravante	[30] años		
(10 - menos de 14 años)	[20-25] años		
Agravante	[30] años		
Modificación (menos de 10 años)	Cadena perpetua	05-04-2006	Art 1 de Ley 28704
(10 - menos de 14 años)	[30-35] años		
Agravante	Cadena perpetua		
(14 - menos de 18 años)	[25-30] años		
Agravante	Cadena perpetua		

Art 173 - A	Penas	Fecha	Norma
Violación sexual de menor seguida de muerte o lesión	Cadena perpetua	14-02-1994	Art incorporado por Art 2 de Ley 26293

grave (menos de 10 años)	[25-30] años		
(10 - menos de 14 años)	[25-30] años		
(14 - menos de 18 años)	[25-30] años		
Modificación (menos de 10 años)	Cadena perpetua	24-05-1998	Art modificado por Art 1 del DL 896 expedido con arreglo a Ley 26950 que faculta al Poder Ejecutivo
(10 - menos de 14 años)	Cadena perpetua		
(14 - menos de 18 años)	Cadena perpetua		
Modificación (menor de 18 años + lesión grave)	[25-30] años	05-06-2001	Modificado por Art 1 de Ley 27472
Agravante (menor de 18 + muerte)	Cadena perpetua		
Modificación (menor de 18 + lesión grave o muerte)	Cadena perpetua	13-07-2001	Texto del Art 173-A restablecido por el Art 1 de la Ley 27507
Modificación	Cadena perpetua	05-04-2006	Modificado por Art 1 de Ley 28704

Art 185	Penas	Fecha	Norma
Hurto Simple	[1-3] años		
Modificación	[1-3] años	28-06-2008	Modificado por numeral 1 del Art 29 del DL 1084

Art 186	Penas	Fecha	Norma
Hurto Agravado	[2-4] años		
Agravante	[3-6] años		
Modificación	[3-6] años	01-06-1994	Modificado por Art 1 de Ley 26319
Agravante	[8 -15] años		
Modificación	[3-6] años	27-07-2006	Modificada por Art único de Ley 28848
Agravante	[8 -15] años		
Modificación	[3-6] años	18-09-2009	Modificado por el Art 1 de Ley 29407
Agravante	[8 -15] años		

Art 188	Penas	Fecha	Norma
Robo	[2-6] años		
Modificación	[3-8] años	01-06-1994	Modificado por Art 1 de Ley 26319
Modificación	[6-15] años	24-05-1998	Modificado por Art 1 del DL 896 expedido con arreglo a Ley 26950 que faculta al Poder Ejecutivo
Modificación	[3-8] años	05-06-2001	Modificado por Art 1 de Ley 27472

Art 189	Penas	Fecha	Norma
Robo agravado	[3-8] años		
Modificación	[5-15] años	01-06-1994	Modificado por Art 1 de Ley 26319
Agravante	[10-20] años		
Modificación	[10-20] años	21-06-1996	Modificado por Art 1 de Ley 26630
Agravante (integrante de una organización)	Cadena perpetua		

Modificación	[15-25] años	24-05-1998	Modificado por Art 1 del DL 896 expedido con arreglo a Ley 26950 que faculta al Poder Ejecutivo
Agravante	Cadena perpetua		
Modificación	[10-20] años	05-06-2001	Modificado por Art 1 de Ley 27472
Agravante	[20-25] años		
Agravante (muerte o lesiones graves)	Cadena perpetua		
Modificación	[10-20] años	03-03-2007	Modificado por Art 2 de la Ley 28982
Agravante	[20-25] años		
Agravante	Cadena perpetua		
Modificación	[12-20] años	18-09-2009	Modificado por Art 1 de Ley 29407
Agravante	[20-30] años		
Agravante	Cadena perpetua		

Art. 196	Pena	Fecha	Norma
Estafa	[1-6] años		

Art. 200	Pena	Fecha	Norma
Extorsión	[6-12] años	24-05-1998	Modificado por Art 1 del DL 896 expedido con arreglo a Ley 26950 que faculta al Poder Ejecutivo
Agravante	[12-20] años		
Modificación	[10-20] años	05-06-2001	Modificado por Art 1 de Ley 27472
Agravante	[20] años		
Agravante	[25] años		
Modificación	[6-12] años	06-10-2004	Modificado por Art único de Ley 28353
Agravante	[20] años		
Agravante	[25] años		
Agravante	[25-30] años	14-06-2006	Modificado por inc a) del Art 1 de Ley 28760
Modificación	[20-30] años		
Agravante	[30] años		
Agravante	Cadena perpetua		
Modificación	[10-15] años		
Otro (bloques)	[5-10] años		
Agravante	[15-25] años		
Agravante (rehén)	[20-30] años		
Agravante	[30] años		
Agravante	Cadena perpetua		

Art. 274	Pena	Fecha	Norma
Conducción en estado de ebriedad o drogadicción	Servicio comunitario		
Modificación	[1] año	23-01-1999	Modificado por Art único de Ley 27054
Agravante	[1-2]		
Modificación	[1] años	09-06-2002	Modificado por Art 1 de Ley 27753
Agravante	[1-2] años		

Modificación	[6 meses – 2 años]	19-11-2009	Modificada por el Art 1 de Ley 29439
Agravante	[1-3] años		

Art. 317	Pena	Fecha	Norma
Asociación ilícita	[3-6] años	06-10-2004	Modificada por el Art 1 de Ley 28355
Agravante	[8] años		
Modificación	[3-6] años	22-07-2007	Modificada por el Art 2 del DL 982
Agravante	[8-35] años		
Modificación	[3-6] años		
Agravante	[8-15] años		

## b) Cuadro que delinea la agravación de las sanciones penales.-

De acuerdo con el cuadro anterior se puede desprender el siguiente cuadro:

**- Tabla Nro. 20: Cuadro que delinea la agravación de las sanciones penales**

Nº	Delito	Aumentó la sanción penal	Disminuyó la sanción penal	No aumentó ni disminuyó la pena
1	Homicidio simple	aumentó		
2	Parricidio	aumentó		
3	Feminicidio	Aumentó		
4	Homicidio calificado	Aumentó		

5	Lesiones graves	Aumentó		
6	Lesiones graves a menor	Aumentó		
7	Lesiones graves violencia familiar	Aumentó		
8	Lesiones leves	Aumentó		
9	Lesiones menor como víctima	Aumentó		
10	Lesiones leves violencia familiar			x
11	Instigación o participación en pandillaje			x
12	Secuestro	Aumentó		
13	Violación sexual	Aumentó		
14	Violación sexual de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir	Aumentó		
15	Violación sexual de persona en incapacidad de resistencia	Aumentó		
16	Violación sexual de menor de edad	Aumentó		
17	Violación sexual de menor seguida de muerte o lesión grave	Aumentó		
18	Hurto simple			x
19	Hurto agravado	Aumentó		
20	Robo	Aumentó		
21	Robo agravado	Aumentó		
22	Estafa			x
23	Extorsión	Aumentó		
24	Conducción en estado de ebriedad o drogadicción	Aumentó		
25	Asociación ilícita para delinquir	Aumentó		

Fuente: Woodrow Wilson International Center for Scholars. 2012.

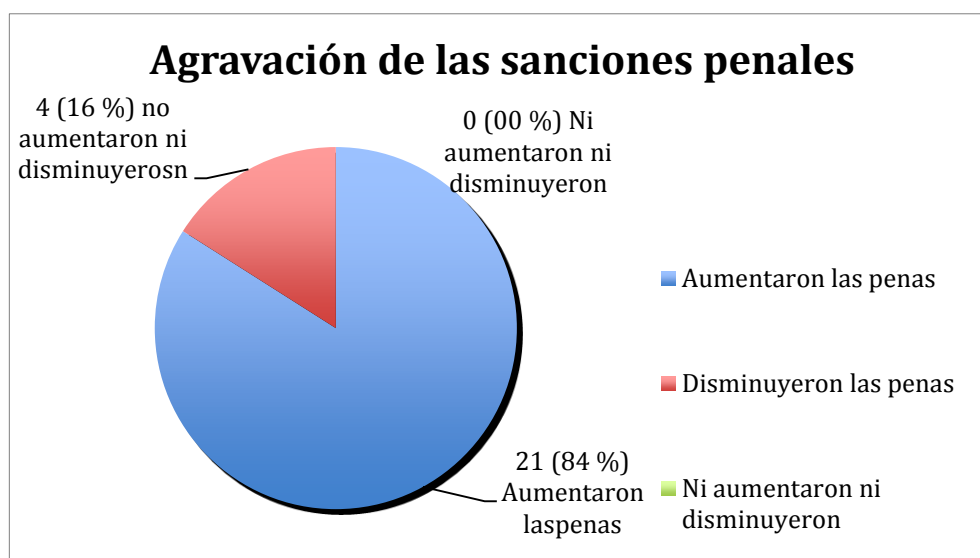
Del cuadro anterior se puede establecer que de 25 delitos analizados, en un número de 21 tipos delictivos (84 %) se aumentaron las sanciones penales; siendo que sólo en 04 tipos delictivos (16 %) no se modificó, y ningún tipo delictivo disminuyó su sanción penal.

- Tabla Nro. 21: Total de número de delitos analizados

Nº	Total de número de delitos analizados	Aumentaron	Disminuyeron	No aumentaron ni disminuyeron
1	25 (100 %)	21 (84 %)	04 (16 %)	00 (00 %)

Fuente: Creación propia.

- Gráfico Nro. 07: Agravación de las sanciones penales



### 5) Legitimidad directa de la voluntad popular a través de internet y telefonía móvil.-

Nuestra investigación plantea también utilizar como indicador de la relación entre las variables independientes (prisión preventiva y delitos contra la administración



pública) la legitimidad de la voluntad popular para la creación de normas jurídicas penales. Esta legitimidad se da, según la doctrina, por la “delegación” de parte de la voluntad popular a un ente “representativo”, que en este caso es el Poder Legislativo, el Congreso de la República. Así, la creación de normas penales (y de todo tipo de normas jurídicas) queda delegada como facultades que pueden realizar en nombre de toda la sociedad. Esto, en los tiempo modernos y postmodernos, ya no es suficiente, puesto que la razón por la cual se delegaba la potestad a un grupo “representativo” de la sociedad para regular la forma cómo van a vivir los ciudadanos de una determinada sociedad a través de normas jurídicas era que la cantidad de gente no podía expresar su voluntad respecto a la creación de una u otra norma, por lo que era inviable solicitarle a todos expresen su voluntad respecto a la creación de una determinada norma jurídica. Sin embargo, en el tiempo actual las tecnologías de información y comunicación han avanzado muchísimo, el uso del internet ha abarcado a toda la sociedad como un sistema de comunicación, autoaprendizaje, venta, etc., creándose las redes sociales como Facebook, Instagram; así también las comunicaciones ahora se realizan a través de teléfonos móviles, o celulares, y de programas pagados o gratuitos de comunicación, como el whatsapp, entre otros. Eso significa que la voluntad de la generalidad o de una mayoría importante de ciudadanos puede ser transmitida, por lo tanto la representación ya no puede ser por delegación que permita el uso indiscriminado y sin control ciudadano del poder legislativo (poder para crear normas jurídicas que todos tienen que cumplir); puesto que el uso del internet y el uso de la telefonía móvil permite perfectamente una comunicación para saber la voluntad popular de la ciudadanía de casi toda nuestra sociedad. Para probar esto recurriremos a los siguiente informes estadísticos:

**a) Informe Técnico No. 2 – Junio 2017.-**

De acuerdo con el Informe Técnico No. 2 – junio 2017, del INEI, ubicado en la página web o url: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-n02\\_tecnologias-de-informacion-ene-feb-mar2017.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-n02_tecnologias-de-informacion-ene-feb-mar2017.pdf), se señala:

- “Tenencia de teléfono fijo y/o celular • De cada 100 hogares, 62 tienen solo telefonía móvil, 2 únicamente telefonía fija, 28 tienen ambos (móvil y fija) y 8 hogares no cuentan con ninguno de ellos.” (pag. 4).
- “El 70,4% de la población hace uso diario de Internet, le sigue los que usan Internet una vez a la semana con 26,4% y los que usan una vez al mes o cada dos meses o más con 3,2%. El 69,8% de hombres y el 71,0% de mujeres, acceden a Internet una vez al día.” (pág. 11).

El cuadro sería el siguiente:

<b>Nº</b>	<b>Tenencia y uso</b>	<b>Porcentaje por cada 100 hogares</b>
1	Tenencia de CELULAR y Teléfono fijo:	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tienen CELULAR: 62 de cada 100 hogares</li> <li>- Tienen teléfono fijo: 2 de cada 100 hogares</li> <li>- Tienen celular y teléfono fijo: 28 de cada 100</li> <li>- No tienen celular ni teléfono fijo: 8 de cada 100 hogares</li> </ul>
2	Uso de INTERNET:	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Uso diario de internet: 70,4% de la población hace uso diario de Internet,</li> <li>- Uso semanal (una vez): 26,4%</li> <li>- Uso al mes o dos meses o más: 3,2%.</li> <li>- Hombres acceden al internet al día: 69,8%</li> <li>- Mujeres acceden al internet al día: 71,0%</li> </ul>

De lo que se concluye que la sociedad actualmente puede emitir su voluntad individual respecto de la creación de normas legales; por lo que el tipo de representación popular debe modificarse y actualizarse a los nuevos tiempos, a fin que la sociedad civil pueda participar en la creación directa de normas jurídicas y no sólo en elecciones populares políticas, cada cinco años.

Cabe aclarar que cuando se crean normas “penales”, que tienen que ver con la “vida”, “salud”, “libertad”, etc., de las personas que viven dentro de una determinada sociedad, estas normas no pueden crearse por el libre “arbitrio”, y a veces “arbitrariedad” de los congresistas”, porque siendo la vida, la salud y la libertad derechos fundamentales, irrefutables, inherentes a la persona, e innegables de todo ser humano, cualquier regulación sobre las mismas debe ser “aceptado” por la persona a quien va dirigido, es decir por toda la sociedad, o al menos legitimado por la aceptación –a través de los mecanismos de internet o telefonía móvil) de cada ciudadano.

#### **4.5 COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS (DISCUSIÓN).-**

Para la comprobación de nuestra hipótesis se han seguido los siguientes factores:

Para comprobar nuestras hipótesis se ha operacionalizado las variables de la siguiente forma:

##### **Comprobación de nuestra hipótesis general y específicas.-**

###### **a) Hipótesis general.-**

La aplicación de la prisión preventiva y de los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales, como la libertad, salud y vida, de los procesados en el Perú, periodo del 2002 al 2016.

###### **b) Hipótesis específica N° 01.-**

La aplicación de la prisión preventiva transgrede los derechos fundamentales, como la libertad, salud y vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.

###### **c) Hipótesis específica N° 02.-**

La aplicación de los delitos contra la administración pública transgreden los derechos fundamentales como la libertad, salud y vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.

## **I.- PRUEBA DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 01:**

La aplicación de la prisión preventiva transgrede los derechos fundamentales, como la libertad, salud y vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.

### **1.- Indicadores de la variable “prisión preventiva.-**

Para probar nuestra hipótesis específica N° 01, hemos utilizado los indicadores que han resultado operacionalizando la variable prisión preventiva, es decir qué factores o elementos probarían la correcta aplicación de la prisión preventiva o la negarían en su ausencia; así tenemos que la prisión preventiva debe cumplir con los siguientes requisitos, que a su vez son nuestros indicadores:

- 1) Excepcional
- 2) Instrumental
- 3) Urgente
- 4) Proporcional
- 5) Variable
- 6) Provisional
- 7) Coherente
- 8) Motivada
- 9) Ponderada
- 10) Apariencia de responsabilidad penal
- 11) Prognosis grave de la pena
- 12) Riesgo procesal
- 13) Arraigo domiciliario
- 14) Obstaculización del proceso
- 15) Vulneración del principio de inocencia
- 16) Principio de equivalencia
- 17.- Medida cautelar, medida coercitiva personal, no sanción penal
- 18) Prueba estadística de transgresión a la libertad, salud o vida.

Siendo que son un variado número de indicadores por el cual se puede describir si la prisión preventiva es o no transgresora de los derechos fundamentales, hemos utilizado el Principio de falsacionismo” del científico Karl Popper, por el que basta se cumpla un solo elemento que niegue una ley para que deje de ser ley. Es decir, no se necesita probar o instrumentalizar todos los indicadores, sino uno mínimo de ellos.

## **2.- Prueba del incumplimiento de la regla de “excepcionalidad”, de la aplicación de la prisión preventiva por las sentencias del Tribunal Constitucional.-**

Para probar el indicador que señala que la prisión preventiva debe ser “excepcional”, y no la regla, hemos utilizado como instrumentos las sentencias del Tribunal Constitucional escogidas con el criterio de búsqueda: “prisión preventiva”, y de las cuales hemos obtenido un número de ochenta y uno (81) sentencias de procesados en el Perú, en el margen del 2004 al 2013. Dicho número es que a la fecha de recolección en el internet (2013) sólo arrojaron aquella cantidad.

Las sentencias del Tribunal Constitucional han sido analizadas y se ha contabilizado cuántas peticiones de libertad de procesados con prisión preventiva han sido aceptadas para su liberación (fundadas y procedentes), y cuantas peticiones de libertad han sido denegadas (infundadas e improcedentes); siendo el resultado se puede apreciar en el cuadro y la figura siguientes:

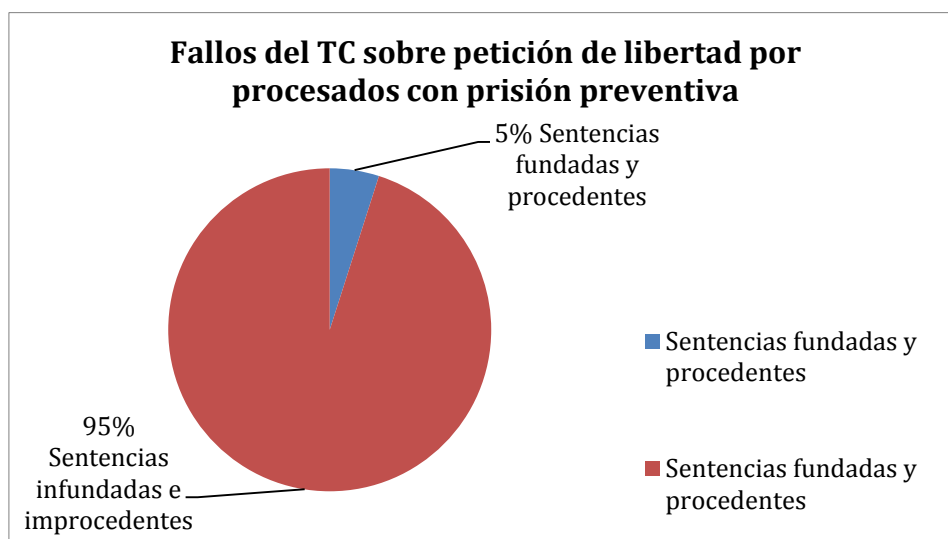
<b>- Tabla Nro. 22: Cuadro respecto de decisiones o fallos del Tribunal Constitucional sobre peticiones de libertad de procesados con prisión preventiva (2004 al 2013)</b>		
<b>Sentencias del TC</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Sentencias Fundadas (04) y procedentes (00):	04	4.93 %

Sentencias Infundadas (42) e Improcedentes (35):	77	95.06 %
Total:	81	100 %

Las sentencias han sido extraídas de la pág. Web oficial del Tribunal Constitucional (periodo 2004 al 2013).

Fuente: Creación propia, 2018.

**- Gráfico Nro. 08: Fallos del TC sobre petición de libertad por procesados con prisión preventiva:**



Las sentencias han sido extraídas de la pág. Web oficial del Tribunal Constitucional. (2004 al 2013).

Fuente: Creación propia

Por lo que, estando a los datos anteriores, se ha aprecia que el Tribunal Constitucional respecto a peticiones de libertad de procesados en el Perú con

prisión preventiva, periodo 2004 al 2013, ha decidido o fallado: a) Fundadas y procedentes: 04 (05 %); y, b) Infundada e improcedente, un total de 77 ( 95 % ); de un total general de ochenta uno (81) sentencias analizadas. En consecuencia se prueba que la regla de “excepcionalidad”, la aplicación de la prisión preventiva se ha desnaturalizado, puesto que la corriente actual es por la masiva, mayoritaria y excesiva aplicación de la prisión preventiva.

### **3.- Prueba del rompimiento del requisito de la “excepcionalidad” de la prisión preventiva, considerando los “requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público, a nivel nacional, a junio del 2016.-**

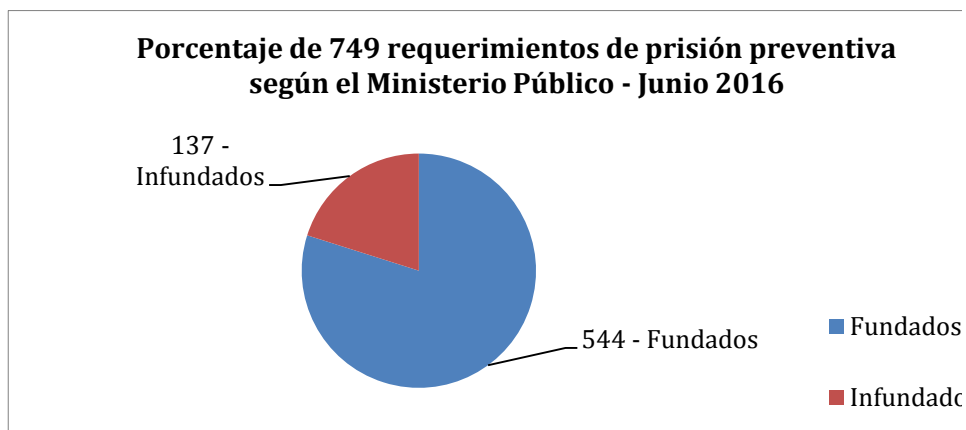
De acuerdo con el RENAESPPE, Registro Nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de la libertad efectiva, a junio 2016, se aprecia los siguientes cuadros y figuras:

<b>- Tabla Nro. 23: Requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – junio 2016</b>		
<b>Requerimientos fiscales</b>	<b>Número</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Fundados	544	72.63
Infundados	137	18.29
Total	749	100.00

Los datos se han sacado del RENAESPPE del Ministerio Público, siendo que sólo se ha desglosado y puesto en porcentaje los resultados totales.

Fuente: Creación propia, 2018.

**- Gráfico Nro. 09: Porcentaje de requerimientos de prisión preventiva del Ministerio Público – 2016:**



Los datos han sido extraídos del Renadesppl del Ministerio Público.

Fuente: Creación propia.

Resultando que de un número de 749 requerimientos de prisión preventiva hechas por el Ministerio Público, al Poder Judicial, han sido declaradas fundadas (prisión preventiva efectiva para los imputados) 544 (72.63 %); y un número de requerimientos de 137 (18.29 %) han sido declaradas infundadas (no se aceptó la prisión preventiva), por lo que es evidente que la tendencia es por la prisión preventiva, como regla, y no como “excepción”, rompiendo o desnaturalizando dicha institución jurídica.

**4.- Rompimiento del requisito “excepcional” de la prisión preventiva, probado por el número de población penitenciaria a fecha 2005 al 2018, según el INPE.-**

De acuerdo con el siguiente cuadro se aprecia la población penitenciaria en calidad de procesado (prisión preventiva, prisión provisional) y sentenciados (con condena):



<b>- Tabla Nro. 24: Población penitenciaria según condición jurídica (procesados y sentenciados) 2005 al 2013, según INPE</b>						
N°	Año	Total	Condición de los internos			
			Procesados	Porcentaje	Sentenciado	Porcentaje
1	2005 (dic.)	33,594	23,227	69.14 %	10,367	30.85 %
2	2006 (dic.)	37,445	25,126	67.10 %	12,319	32.89 %
3	2007 (dic.)	41,546	27,568	66.35 %	13,978	33.64 %
4	2008 (dic.)	43,466	27,721	63.77 %	15,745	36.22 %
5	2009 (dic.)	44,254	26,972	60.94 %	17,282	39.05 %
6	2010 (dic.)	46,198	27,201	58.87 %	18,997	41.12 %
7	2011 (dic.)	52,700	30,710	58.27 %	21,990	41.72 %
8	2012 (dic.)	61,390	35,892	58.46 %	25,498	41.53 %
9	2013 (set.)	66,497	36,147	54.35 %	30,350	45.64 %
	2014 (dic.)	71,961	37,109	51.56 %	34,852	48.43
	2015	77,244	39,180	50.72 %	38,064	<b>49.27</b>
	2016	76,143	39,091	51.3 %	37,052	48.7
10	2017	85,396	35,594	41.68 %	49,802	58.31 %
11	2018	86,229	34,484	39.99 %	51,745	60.00 %
			Promedio	56.60 %		38.07 %

Datos del INPE. Organización y porcentajes propios.

Fuente: Instituto Nacional Penitenciario.

De lo que se aprecia que existe una tendencia a la prisionización de los imputados en un promedio del 56.60 %, en un margen o periodo del año 2005 al 2018, por lo que la prisión preventiva evidentemente no es una “excepción”, sino se aplica como regla general.

**5.- Tendencia promedio superior de la condición jurídica de “procesados” en las Américas, que demuestra que la prisión preventiva no es una “excepción”.-**

De acuerdo con la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en fecha 30 de diciembre de 2013, y recuperado de la siguiente url: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>, se aprecia que existe un promedio superior mayor del porcentaje de internos en condición de “procesados”, es decir con medida de prisión preventiva o provisional, por lo que se demuestra que dicha condición –de la prisión preventiva- no es ya una “excepción”, sino una regla que desnaturaliza la constitución de dicha institución (prisión preventiva). El cuadro es el siguiente:

**- Tabla Nro. 25: Condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013**

Nº	Estado	Nº de personas privadas de libertad	Nro. de procesados (preventiva)	Porcentaje
1	Bolivia	13,654	11,41	84%
2	Brasil	549,577	191,024	37.6%
3	Chile	53,171	10,823	20.4%
4	Colombia	113, 884	34,571	30.35%
5	Costa Rica	13,017	3,248	25%
6	El Salvador	26,883	6,459	24%

7	Ecuador	19,177	9,409	49%
8	Guatemala	14,635	7,357	50.3%
9	Honduras	12,407	6,064	48.9%
10	Nicaragua	9,168	1,127	12.3%
11	Panamá	14,521	9,443	65%
12	Paraguay	7,901	5,78	73.1%
13	Perú	58,681	34,508	58.8%
14	Uruguay	9,33	6,065	65%
15	Venezuela	36,236	18,735	52%

Fuente: Condición jurídica de población penitenciaria en las Américas, 2012-2013

Lo que demuestra nuestra hipótesis de que la prisión preventiva no se da en forma “excepcional”, sino generalizada o mayoritariamente, lo que muestra nuestra hipótesis.

**6.- Prueba que demuestra que la prisión preventiva afecta a los derechos fundamentales de la salud y vida, por el número de internos “enfermos”, según el INEI - 2016.-**

De acuerdo con el documento: “Perú: Primer Censo Nacional Penitenciario 2016 Perfil de la población penal”:

**- Tabla Nro. 26: Población penitenciaria enferma – 2016**

<b>Tipo de enfermedad</b>	<b>Número de internos enfermos</b>
Enfermedades crónica	
Enfermedad pulmonar crónica, asma, bronquitis o Enfisema	6,416
Hipertensión	5,312
Diabetes	2,191

Enfermedades infecto contagiosas	
Tuberculosis	3,267
Infecciones de transmisión sexual (ITS)	647
VIH Sida	357
Otras enfermedades	
Depresión	7,321
Ansiedad	6,581
Adicción a sustancia psicoactivas	2,174
Hepatitis	673
Cáncer	270
Alergia, apéndice, anemia, otros	7,08
TOTAL	42,289

Fuente: Los datos se han extraído del Instituto Nacional de Estadística e Informática - Censo Nacional de Población Penitenciaria.

El cuadro anterior demuestra que existe una afectación a la salud, y por lo tanto de la vida, de 42,289 internos penitenciarios, entre ellos los que sufren prisión preventiva de la libertad, por lo que se comprueba nuestra hipótesis de afectación al derecho fundamental de la salud y la vida.

**7.- Prueba de la transgresión al derecho fundamental de la salud y vida, por la condición de hacinamiento crítico de los centros penitenciarios, al 2017, según el INPE.-**

De acuerdo con el INPE, Unidad de Estadística, al 2017, ha sido ampliamente superada la capacidad de albergue penitenciaria, existiendo superpoblación y, en consecuencia, hacinamiento crítico de los centros penitenciarios.

**- Tabla Nro. 27: Cuadro de hacinamiento en establecimientos penitenciarios en el Perú -  
2017**

<b>Condición penitenciaria</b>	<b>Población de internos</b>
Población penitenciaria	85,396
Capacidad de albergue	36,957
Sobrepoblación	48,439 (131 % más de la capacidad de albergue)

Fuente: INPE /Unidad de Estadística, 2017.

<https://www.inpe.gob.pe/concurso-a/estad%C3%ADstica/2017-1/80-informe-setiembre-2017/file.html>

Siendo que existe una sobrepoblación de 131% más de su capacidad de albergue, existe hacinamiento crítico, por lo que se afecta las condiciones de salud y vida de los internos, probándose que la aplicación de la prisión preventiva en estas condiciones de hacinamiento afectan a los derechos fundamentales de salud y vida de los internos.

### **8.- Ilegitimidad de la prisión preventiva por su ilegitimidad de la voluntad social en tiempos de internet y telefonía móvil.-**

La prisión preventiva se encuentra tipificada en el Título III del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 957; esto significa que se ha creado por el Poder Ejecutivo a través de delegación del Poder Legislativo, institución encargada por la voluntad social de crear normas a su nombre, en delegación, por el instituto de representación de soberanía popular en soberanía representativa. Siendo sin embargo que dicha institución fue creada cuando no existía otra forma de recoger la voluntad popular de toda la sociedad, pues no existía internet ni comunicación móvil, no se podía lograr otra forma de “consenso” sino por delegación a través de representantes elegidos por elección política popular. Siendo que actualmente las cosas han cambiado, y que la voluntad popular de toda la sociedad se puede conocer a través del internet o

comunicación de telefonía móvil, la creación de normas que afectan a la libertad, salud y vida de todos, no puede dejarse ya en voluntad de un grupo representativo de legisladores o ejecutivo delegado. La prueba de ello es que de acuerdo con el informe Técnico No. 2 – Junio 2017, del INEI, se señala:

- “Tenencia de teléfono fijo y/o celular • De cada 100 hogares, 62 tienen solo telefonía móvil, 2 únicamente telefonía fija, 28 tienen ambos (móvil y fija) y 8 hogares no cuentan con ninguno de ellos.” (pag. 4).
- “El 70,4% de la población hace uso diario de Internet, le sigue los que usan Internet una vez a la semana con 26,4% y los que usan una vez al mes o cada dos meses o más con 3,2%. El 69,8% de hombres y el 71,0% de mujeres, acceden a Internet una vez al día.” (pág. 11).

-

Por lo que se concluye que la voluntad general de toda la población, o al menos de la población mayor de edad, puede obtenerse a través de plataformas de internet o de comunicación de telefonía móvil; y siendo que la libertad, salud y vida, son derechos fundamentales que atañen directamente a cada persona, es justo que cuando se regule o norme respecto de ellos (creando delitos con penas privativas de la libertad, prisión preventiva, o medidas de coerción personas que impliquen el internamiento del imputado en centro penitenciario en donde se afectarán indefectiblemente la libertad, salud y vida) es necesario se cuente con la aprobación de toda la sociedad o de la mayor parte posible y ya no sólo de un grupo reducido (actualmente 130 congresistas) de la sociedad representada.

Esta condición que la población toda pueda decidir sobre qué tipo de normas penales aprueba o no, y que no se utilice ningún sistema actual (internet o celular) deslegitima las normas penales sobre la prisión preventiva o pena privativa de la libertad, afectando a los derechos fundamentales como la vida, salud y libertad. Cumpliéndose nuestra hipótesis.

## **I.- PRUEBA DE LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA N° 02:**

La aplicación de los delitos contra la administración pública transgrede los derechos fundamentales, como la libertad, salud y vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.

### **1.- Indicadores de la variable “delitos contra la administración pública.-**

Para probar nuestra hipótesis específica N° 02, hemos utilizado los indicadores que han resultado operacionalizando la variable delitos contra la administración pública, es decir qué factores o elementos probarían la correcta aplicación de dicha institución jurídica penal o la negarían su ausencia; así tenemos que la aplicación de los delitos contra la administración pública debe cumplir con los siguientes requisitos, que a su vez son nuestros indicadores:

- 1) Proporcionalidad de las penas
- 2) Coherencia
- 3) Motivación
- 4) Ponderación
- 5) Principio de equivalencia
- 6) Estadísticas

Se han utilizado la teoría del falsacionismo de Karl Popper que establece que basta un factor que niegue probadamente una ley o principio para que esta deje de ser ley o principio.

### **2.- Estadísticas que muestran la tendencia a la prisionización en los procesos por delitos contra la administración pública.-**

Del análisis de unas 200 Sentencias del Tribunal Constitucional, de fecha 2002 al 2013, respecto a peticiones de libertad en procesos sobre delitos contra la administración pública, se muestra que la tendencia es la prisionización (prisión); de acuerdo con el siguiente cuadro:

**- Tabla Nro. 28: Estadísticas que muestran la tendencia a la prisionización en procesos contra los delitos contra la administración pública**

Nº	Decisión de las sentencias		
1	Fundadas y procedentes	36	18 %
2	Infundadas e improcedentes	164	82 %
3	Total	200	100 %

Nro. de sentencias del Tribunal Constitucional sobre Delitos contra la Administración Pública que prueban nuestra hipótesis.

Fuente: Creación propia, 2018.

**3.- Estadística respecto a las modalidades de las sentencias del Tribunal Constitucional analizadas sobre los delitos contra la administración pública – 2002 al 2013.-**

Las modalidades que se han encontrado en la página web oficial del Tribunal constitucional, al 2013, han dado como resultados lo siguiente:

**- Tabla Nro. 29: Estadísticas de modalidades delictivas en las STC analizadas sobre delitos contra la administración pública**

Nº	Modalidades de los Delitos contra la Administración Pública	Total de sentencias por modalidad del delito	Derecho Fundamental afectado al interno por la prisión
	(Años 2002 al 2013)		
1	Abandono de cargo	6	Libertad, salud y vida
2	Abuso autoridad condicionando ilegalmente la entrega de Bienes y servicios	1	Libertad, salud y vida
3	Abuso de autoridad	10	Libertad, salud y vida
4	Aprovechamiento indebido de cargo	5	Libertad, salud y vida



5	Cobro indebido	9	Libertad, salud y vida
6	Cohecho activo específico	7	Libertad, salud y vida
7	Cohecho activo genérico	6	Libertad, salud y vida
8	Cohecho pasivo específico	10	Libertad, salud y vida
9	Cohecho pasivo impropio	10	Libertad, salud y vida
10	Colusión agravada	6	Libertad, salud y vida
11	Concusión	10	Libertad, salud y vida
12	Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales	8	Libertad, salud y vida
13	Denegación o deficiente apoyo policial	3	Libertad, salud y vida
14	Denuncia calumniosa	8	Libertad, salud y vida
15	Desobediencia a la autoridad	10	Libertad, salud y vida
16	Detención ilegal	16	Libertad, salud y vida
17	Encubrimiento personal	6	Libertad, salud y vida
18	Encubrimiento real	7	Libertad, salud y vida
19	Enriquecimiento ilícito	5	Libertad, salud y vida
20	Malversación	3	Libertad, salud y vida
21	Negociación incompatible	8	Libertad, salud y vida
22	Participación ilegal de la profesión	1	Libertad, salud y vida
23	Peculado de uso	5	Libertad, salud y vida
24	Peculado	10	Libertad, salud y vida
25	Prevaricato	7	Libertad, salud y vida
26	Resistencia a la autoridad	8	Libertad, salud y vida
27	Tráfico de influencias	6	Libertad, salud y vida
28	Usurpación de función pública	7	Libertad, salud y vida
29	Violencia contra la autoridad para obligarle a hacer algo	2	Libertad, salud y vida
<b>Total</b>		<b>200</b>	

Fuente: Creación propia. Datos extraídos de la pág. Web del Tribunal

Constitucional – 2002 al 2013.

El anterior cuadro demuestra que en las modalidades anteriores analizadas, se afecta necesariamente a los derechos fundamentales de la persona, como la libertad, salud y vida. La selección de los delitos contra la administración pública se ha realizado porque significa que el delito ha afectado no sólo a un individuo particular sino a toda la sociedad en la figura de la “administración pública” delegada en los funcionarios y servidores públicos; la afectación es entonces a todo el patrimonio público, porque es producto y pertenece a toda la sociedad.

Ahora bien, esta afectación está “legalizada”, esto es, permitida como una facultad del Estado de usar su *ius puniendi*, su poder para penar para proteger el bien común, y en este caso, los bienes y servicios públicos. Sin embargo, esto no obvia que aquellas sanciones “afecten” en la realidad a la libertad, salud y vida; siendo que en el texto normativo penal se expresa sólo la afectación a la libertad, porque la pena es la pena privativa de la libertad (cárcel, prisión). Esto es aceptado, y no existe sino una discusión que no toca siquiera la real afectación a la salud y a la vida; sino que las sanciones penales son discutidas sólo en la libertad. Esto distorsiona e invisibiliza el real problema o afectación de la sanción penal, porque en la práctica afecta siempre a la libertad, salud y vida.

**4.- Cuadro que demuestra que no se aplica el principio de equivalencia, por el cual se tiene que observar que el bien jurídico vulnerado por el delito sea “equivalente” con el bien jurídico afectado por la aplicación de la prisión preventiva o la pena privativa de la libertad.-**

El principio de equivalencia que enunciamos es aquel mediante el cual se establece que sólo se pueden aplicar sanciones penales (afectación de determinados derechos o bienes jurídicos) que sean equivalentes con la transgresión de los bienes jurídicos vulnerados por los delitos. Esta noción tiene en cuenta, según la historia, que se ha pasado de una “ley del talión”, que especificaba con la proposición tradicional siguiente: “ojo por ojo, diente por

diente”. Siendo que estamos en la modernidad, la concepción se ha trasladado y modificado al “principio de equivalencia”, que significa que se tiene que establecer una “equivalencia entre el bien jurídico vulnerado por el delito y el bien jurídico afectado por la sanción penal. Así tenemos el siguiente cuadro que demuestra aquello:

- Tabla Nro. 30: Cuadro de equivalencias entre delito y sanción penal

N°	Tipo delictivo	Bien Jurídico vulnerado	Derecho Fundamental transgredido		
			Libertad	Vida	Salud
1	Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud	Vida, cuerpo, salud	Libertad	Vida	Salud
2	Delitos contra el honor	Honor	Libertad	Vida	Salud
3	Delitos contra la familia	Familia	Libertad	Vida	Salud
4	Delitos contra la libertad	Libertad	Libertad	Vida	Salud
5	Delitos contra el patrimonio	Patrimonio	Libertad	Vida	Salud
6	Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios	Buena fe	Libertad	Vida	Salud
7	Delitos contra los derechos intelectuales	Derecho intelectual	Libertad	Vida	Salud
8	Delitos contra el patrimonio cultural	Patrimonio cultura	Libertad	Vida	Salud
9	Delitos contra el orden económico	Orden económico	Libertad	Vida	Salud
10	Delitos contra el orden financiero y monetario	Orden financiero y monetario	Libertad	Vida	Salud
11	Delitos tributarios	Orden fiscal	Libertad	Vida	Salud
12	Delitos contra la seguridad pública	Seguridad pública	Libertad	Vida	Salud
13	Delitos contra la ecología	Ecología	Libertad	Vida	Salud
14	Delitos contra la tranquilidad pública	Tranquilidad pública	Libertad	Vida	Salud

15	Delitos contra la humanidad	Humanidad	Libertad	Vida	Salud
16	Delitos contra el Estado y la defensa nacional	Defensa nacional	Libertad	Vida	Salud
17	Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional	orden constitucional	Libertad	Vida	Salud
18	Delitos contra la voluntad popular	voluntad popular	Libertad	Vida	Salud
19	Delitos contra la administración pública	bienes y servicios públicos	Libertad	Vida	Salud
20	Delitos contra la fe pública	fe pública	Libertad	Vida	Salud

Fuente: Creación propia.

El anterior cuadro demuestra que no existe “equivalencia” entre el bien jurídico vulnerado por el delito y el bien jurídico afectado por la sanción penal. Así, si una persona ha delinquido afectando el patrimonio de otra persona, no se le podría aplicar –por el principio de equivalencia- una sanción que afecte sino a su patrimonio; si se le aplica afectando otro bien jurídico, como la vida, salud, e incluso libertad, no se estaría cumpliendo el principio de equivalencia.

##### **5.- Tendencia de agravación de las sanciones penales, de acuerdo con Fuente: Woodrow Wilson International Center for Scholars. 2012.-**

De acuerdo con el “Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2012, se establece que hay una fuerte tendencia a la agravación de las sanciones penales, puesto que han analizado que los delitos de Homicidio simple, Parricidio, Femicidio, Homicidio calificado, Lesiones graves, Lesiones graves a menor, Lesiones graves violencia familiar, Lesiones leves, Lesiones menor como víctima, Secuestro, Violación sexual, Violación sexual de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, Violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, Violación sexual de menor de edad, Violación sexual de menor seguida de muerte o lesión grave, Hurto agravado, Robo, Robo

agravado, Extorsión, Conducción en estado de ebriedad o drogadicción, Asociación ilícita para delinquir; en todos estos anteriores delitos la legislación penal ha agravado o aumentado las penas. Mientras no han aumentado las penas en los delitos de lesiones de violencia familiar, instigación o participación en pandillaje, hurto simple, estafa. De esta forma de 25 delitos analizados, 21 tipos delictivos, es decir el 84% de todos los delitos analizados, la legislación penal ha aumentado las sanciones penales en años de pena privativa de la libertad; mientras que sólo cuatro tipos delictivos no se ha aumentado los años de pena privativa de la libertad, demostrando que hay un porcentualmente mayor grado a aumentar los años de pena privativa de la libertad.

Por lo tanto se han comprobado nuestra hipótesis general y nuestras hipótesis específicas.

#### **4.5.3.- DISCUSIÓN SOBRE SI LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ES UNA TRASGRESIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La discusión existente encontrada es sobre los siguientes temas específicos:

- 1.- La prisión preventiva no es una sanción penal;
- 2.- La prisión preventiva no vulnera el principio de presunción de inocencia;
- 3.- El arraigo domiciliario y laboral es un factor complejo e imposible de concebir en un cien por ciento;
- 4.- Los graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito son siempre inasibles y de entendimiento y aplicación subjetiva del juez, por lo cual no existe mecanismo legal para evitar la arbitrariedad inmediata del juez al aplicar prisión preventiva
- 5.- Es imposible concebir si existirá o no peligro procesal, obstaculización del proceso, puesto que se puede realizar estando libre o encarcelado.

6.- Los delitos contra la administración pública no han sido revisadas en correspondencia entre derecho agraviado por el tipo delictivo y el derecho que se afecta al aplicarse la sanción de prisión.

7.- Los delitos contra la administración pública no existe debate sobre el fenómeno que no todos los delitos y conceptos son conocidos o entendidos directamente por el ciudadano, así no se entiende que es cohecho pasivo, etc., términos que impiden o retrasan el acceso directo a la justicia.

8.- Los delitos contra la administración pública no están jerarquizados las sanciones con delitos dentro de la misma modalidad u otros delitos.

**CAPÍTULO V:**  
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

**CAPÍTULO V: CONCLUSIONES**

**5.1 CONCLUSIONES**

Nuestras conclusiones derivadas de la investigación teórica y de la operacionalización del problema, interrogantes significativas, objetivos, hipótesis, variables, instrumentos e indicadores, siendo las siguientes:

1.- De acuerdo con nuestros resultados, la prisión preventiva se aplica ilegítimamente en nuestro medio, al no cumplir con el requisito de excepcionalidad y vulnerar el principio de inocencia, lo que en consecuencia transgrede los derechos fundamentales, comprobándose así la primera hipótesis de nuestra tesis.

2.- Conforme a nuestros resultados los delitos contra la administración se aplican ilegítimamente, al vulnerarse el principio de equivalencia, transgrediendo en consecuencia los derechos fundamentales, por lo que se comprueba la segunda hipótesis de nuestra tesis.

3.- Se concluye que los derechos fundamentales se transgreden por la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y de los delitos contra la administración pública, por lo que se cumple nuestra hipótesis.

En mérito a lo señalado, por el resultado de nuestra investigación se aprecia también que la prisión preventiva no es considerada como una pena, por lo que se

invisibiliza sus verdaderos efectos; además en la concepción y aplicación de la prisión preventiva no se concibe que se está transgrediendo el principio de inocencia, con lo que se relativiza y reduce el derecho del imputado; asimismo, los delitos contra la administración pública se aplican ilegítimamente al no estar conceptualizados en correspondencia entre el tipo de agravio del delito y el tipo de efecto de la prisión en el imputado; tampoco existe un real análisis sobre la proporcionalidad entre el tipo delictivo y la pena, y tampoco existen actos que tiendan a reconceptualizar los tipos delictivos contra la administración pública y volverlos “entendibles”, y “accesibles” al conocimiento popular, por lo que se transgrede el derecho a acceso a la justicia.

### **SUGERENCIAS**

Estando a la presente investigación y sus resultados insertamos un grupo de sugerencias, a fin que se corrija el problema. Dichas propuestas deben ser aplicadas por el Congreso de la República del Perú, a través de leyes que corrijan el problema planteado; asimismo también el Poder Judicial y el Ministerio Público deben aplicarlas a través de resoluciones administrativas, Plenos y directivas que permitan corregir el problema. Las sugerencias y aportes que presentamos son las siguientes:

**1.- Propuesta de Proyecto de Ley incorporando en el Código Penal el Principio de determinación del daño irreparable, así como remitiendo aquello que corresponde a proceso civil o administrativo.-**

La noción del Derecho Penal se ha extendido para todas las infracciones a la ley penal, siendo estos aquellas violaciones contra el patrimonio, el honor, la tranquilidad pública, la administración pública, etc. Es decir, se ha organizado y clasificado el derecho punitivo del Estado en múltiples modalidades, sin tener una noción central de la responsabilidad penal. A pesar que el Derecho Penal tiene



como principio ser “la última ratio”, “la última razón”, no se ha definido o no se tiene claro qué es lo que realmente debe “pensarse”, de tal forma que la variedad de normas que crean nuevos delitos, que aumentan delitos, que agravan delitos no tiene sino el control de la voluntad política de un órgano reducido de representación, como el Poder Legislativo. No existe una clara definición de cuál es el factor o elemento por lo cual un hecho humano, una conducta, se convierte de pronto en delito. Por ejemplo, es delito matar a un perro, pero no es delito matar a un toro, etc. Por lo que nosotros hemos encontrado un factor común denominador para considerar algo como “sancionable”, y no es sólo la “exigencia social de solución”, que planteaba Luis Diez-Picazo, sino, que para que una conducta sea sancionable penalmente debe haberse realizado un “daño irreparable”, como por ejemplo, los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, etc., por lo que pensamos que todo aquello que pueda ser reparado no puede ser sancionado penalmente, porque privar de la libertad a una persona transgrede ya un derecho fundamental, el de la vida, que es superior a cualquier otro bien jurídico, como el patrimonio, y acaso el mismo honor, etc.

En este contexto, la prisión preventiva debiera aplicarse sólo para aquellos daños irreparables, porque al aplicarla a su vez produce también daños irreparables en los derechos fundamentales de la persona, como su vida, integridad física y psíquica.

La incorporación del Principio de determinación del daño irreparable en el Título Preliminar del Código Penal, puede tener la siguiente formulación normativa:

“Artículo XI.- Principio de determinación del daño irreparable.- Por este principio sólo podrán ser considerados ilícitos “penales”, aquellos que causen un “daño irreparable” en los derechos o bienes jurídicos de las personas. Si el bien jurídico vulnerado es “reparable” de alguna forma válida y real, entonces la conducta no puede ser considerada ni menos procesada penalmente, sino civil o administrativamente”.

La presente propuesta debiera realizarse por el Poder Judicial, en mérito a sus facultades de iniciativa legislativa.

## **2.- Incorporación del Principio de legitimidad penal de la ley penal en el Título Preliminar del Código Penal, a fin de que el derecho a castigar del Estado se someta a nuevos sistemas de control y legitimidad.-**

El Derecho a castigar del Estado debe tener un límite o un eje central del cual parte, dicho en términos de Nietzsche, "La cuestión está en saber hasta qué punto ese juicio favorece la vida, conserva la vida, conserva la especie, quizá incluso selecciona la especie;...". En otros términos, al momento de ejercer el Derecho a castigar, el Estado debe preguntarse primero si aquello favorece o conserva la vida, e incluso si se está haciendo una necesaria selección de la especie humana. Las preguntas sobre el derecho a castigar del Estado parecen haberse subsumido, olvidado, y las "normas penales" se imponen con tanta facilidad como la voluntad de un grupo de congresistas las propone y las hace ley. Esta facultad legislativa no se pone en cuestión, y las leyes dadas, ya en ejercicio por los operadores de justicia, no se ponen en contradicho por los jueces, sino que son sólo aplicadas, no habiendo realmente un "control de legitimidad" de las normas jurídicas penales, de las sanciones penales que se crean. Este derecho a castigar del Estado (o al menos de parte del Estado, Congreso, etc.) tiene que ponerse en "evaluación constante", y someterse a "sistemas de control y anulación de la arbitrariedad". La facultad que se le da al Poder Legislativo no es suficiente herramienta y menos fundamento para la ilegitimidad de la norma penal, y tampoco puede suponerse que todas las normas sean sometidas al control del Tribunal Constitucional, porque la legitimidad real se da cuando "toda" la sociedad "legítima" con su voluntad la norma.

Así, la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública han sido dados por un grupo reducido de autores (legisladores), siendo que al ser su

aplicación a toda la sociedad, carecen de legitimidad por cuanto la representación no es factible en actos que afectan directamente a la vida, la libertad y los derechos fundamentales de las personas.

La incorporación del Principio de legitimidad penal de la ley penal en el Título Preliminar del Código Penal, puede realizarse según la siguiente prescripción normativa:

“Artículo XII.- Principio de proceso de legitimidad de la ley penal.- Toda ley penal debe, antes de crearse, someterse a legitimización social por medio de la consulta de la voluntad social actual, a través de medios inmediatos de determinación de la voluntad social, como las redes sociales, internet o telefonía móvil o celular; sin cuya condición ninguna ley penal puede constituirse como legítima”.

La presente propuesta puede realizarla el Poder Judicial, de acuerdo a sus facultades de iniciativa legislativa.

### **3.- Incorporación del Principio de equivalencia en la aplicación de las sanciones penales en el Título Preliminar del Código penal, que podrá ser propuesto por el Poder Judicial, según la siguiente prescripción normativa:**

Se propone incorporar el siguiente artículo:

“Artículo XIII.- Principio de equivalencia en la aplicación de las sanciones penales.- Para aplicar las sanciones penales el juez tendrá que observar obligatoriamente que el bien jurídico vulnerado por el imputado y el bien vulnerado por la sanción penal sean “equivalentes”. Por equivalente se entenderá que los bienes jurídicos vulnerados al agraviado son el marco para determinar qué bienes jurídicos se pueden vulnerar del imputado, de tal forma que se correspondan, salvo las excepciones de ley”.

La misma propuesta debería ser planteada por el Poder Judicial y/o el Congreso.

#### **4.- Incorporación de una norma procesal penal determinando a la Prisión Preventiva como Sanción Penal, a fin de lograr un mejor control y respeto de principio de inocencia.-**

La prisión preventiva se ha convertido en la “regla” institucionalizada por la experimentación, por lo que debe corregirse dicho fenómeno. De esta forma tenemos, por ejemplo, que en el punto 7 de los Fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° EXP N.° 2340 -2005-PHC/TC, se expresa: "7. El artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y que tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas sometidas a juicio no debe ser la regla general,...". Esta es un extracto que resume la mayoría de las sentencias al respecto de la prisión preventiva; sin embargo, como ya se ha demostrado en la presente investigación, la prisión preventiva ha subvertido su propia concepción y se ejecuta ya no como una “excepción”, sino como la “regla”. Es necesario precisar que en el derecho una regla se “institucionaliza” con la experimentación, no mediante la teoría; y decimos “institucionaliza”, porque esta constituye el fundamento de todo un sistema teórico puesto en acción, como es en el caso de las prisiones preventivas, porque se advierte como se ha institucionalizado –por la experiencia- su aplicación. No cabe, sin embargo, que la referida “institucionalización por la experimentación o ejercicio”, “legitime” la misma aplicación. La legitimización no responde a la tradición, uso reiterado de actos o costumbres jurídicas –en este caso-, sino que responde a ciertos elementos varios como haber sido sometido a un proceso de selección, control, formalización, creación y dación, así como haber sido aceptadas como válidas y necesarias por la sociedad. Un “experimentación”, no es por sí mismo “legítima”, sino necesita

además de un proceso de “verificación” y validación, que en este caso es la racionalidad de su implementación y la aceptación de la voluntad social. Sin la racionalidad del acto (que no sea contraria al orden jurídico, grave o atentatoria injustificadamente al ser humano) y el asentimiento de la voluntad social, cualquier institución, como la prisión preventiva, por ejemplo, no puede ser válida, no puede ser “legítima”.

La institucionalización de la prisión preventiva, en la realidad, como regla y no como excepción, deslegitima la propia naturaleza de dicho instrumentos normativo penal, y la hace inválida, sujeta a un nuevo control de su validez y constitución.

Siendo necesaria la incorporación de un precepto normativo, de acuerdo con la siguiente propuesta:

“Artículo 268A.- Determinación de la prisión preventiva como sanción penal.- La prisión preventiva es una medida cautelar de coerción personal cuya aplicación surte efectos sancionatorios en el inculcado, por lo que deberá presumírsele como una sanción penal anticipada; siendo así, la misma no debe vulnerar el principio de inocencia, prescrito en la Constitución Política; en consecuencia sólo se podrá aplicar en forma excepcional en materia de daños irreparables, delitos de homicidio, delitos contra la libertad sexual, delito de secuestro, delitos de genocidio, terrorismo, traición a la patria, y aquellos en los que se vulnera un derecho no reparable, o la magnitud del daño social lo amerite”.

La presente propuesta debiera proponerse por el Poder Judicial.

**5.- Debe prescribirse que el principio de inocencia no es un enunciado “declarativo”, sino un precepto “obligatorio”, a cumplirse por los jueces, y por lo tanto también reevaluarse la condición de los procesados sin sentencias y los internos por prisión preventiva.-**

Antes de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) en nuestro país las cárceles se encontraban repletas de "procesados", personas que tenían un proceso penal abierto y sin sentencia condenatoria, es decir, sin aquel instrumento legal que determinara la responsabilidad penal, culpabilidad o inocencia del imputado procesado. Las estadísticas reflejaban un porcentaje muy superior de procesados con respecto a los sentenciados, dato que puede observarse en cualquier Memoria Judicial (Documento de trabajo judicial publicado) de las cortes superiores de justicia del país anteriores a la implementación del NCPP, de tal forma que al parecer la prisión preventiva vendría surtiendo el efecto de la anterior legislación de procedimientos penales. Actualmente la figura sigue igual, existe ahora bajo la formulación de prisión preventiva, léase "sin sentencia condenatoria", muchos "procesados". Esta condición, "procesados" rompe nuevamente la legitimidad de toda sociedad constitucional, en Estado de Derecho, porque un "procesado", es una persona de la cual aún se está investigando si existe efectivamente responsabilidad penal o no, por lo que no existe aún una sentencia condenatoria; aquella condición de procesado en prisión es inconstitucional, porque los efectos de dicha condición, por el sólo hecho de estar en prisión, se vulneran los derechos fundamentales como la vida, la salud, etc. Y estos derechos, como fundamentales, son irrefutables, porque cualquier violación a los mismos no es concebible ni puede ser permitido, puesto que son derechos "absolutos", puesto que cualquier daño a aquellos son "irreparables". No se puede reparar la muerte, etc. La condición de "procesados" reos constituyen una prueba de la ilegitimidad, por su propia naturaleza, de la prisión preventiva.

Por lo que se propone que debe prescribirse que el principio de inocencia no es un enunciado "declarativo", sino un precepto "obligatorio", a cumplirse por los jueces, y por lo tanto también reevaluarse la condición de los procesados sin sentencias y los internos por prisión preventiva.

La presente propuesta tiene que realizarse por el Poder Judicial, a fin de revisar sus procesos.

#### **6.- Reformulación de las concepciones de las instituciones del control de plazos y pronosis de la pena en la prisión preventiva.-**

Uno de los elementos de la prisión preventiva: “la pronosis de la pena”, es decir, el margen de tiempo mínimo y máximo dentro del cual se puede imponer una prisión preventiva, nos lleva a reflexionar sobre la teoría del tiempo en el Derecho Penal, y cómo el tiempo se ha transformado en el instrumento mediante el cual se puede medir la gravedad del daño causado y de la sanción impuesta. No parece haberse observado, sin embargo, que el tiempo de prisión no puede ser utilizado como instrumento de sanción, porque este -el tiempo- se encuentra adherido, a la vida. Vida y tiempo son dos elementos de un mismo producto, de tal forma que al privar de la libertad a un individuo se le está imponiendo no sólo carcelería sino se afecta a la vida misma, porque el tiempo de vida no es renovable, y como dijimos, estos dos elementos están unidos en el individuo.

Entender el tiempo es por tanto fundamental. Al respecto encontramos al científico Stephen Hawking teorizando sobre el tiempo, el cual indicaba que éste se habría iniciado en lo que denominó el Bing Bang, -una especie de primera explosión atómica cósmica universal-, afirmando que antes de aquel fenómeno el tiempo no existía. Alucinante teorización porque la vida, toda su existencia, está condicionada al tiempo, y si este no existiera entonces la vida sería eterna, los seres humanos, cosas u objetos serían inmortales, y en el caso de los seres humanos y sus sanciones penales, no tendría la misma relevancia actual que se impusiera una pena por uno, treinta años o más.

Siendo en la realidad que somos mortales, nos preocupa el tiempo y lo que se haga dentro de estos márgenes; por eso, en estas cuestiones penales, de delitos y penas, debemos volvernos a preguntar: ¿quién decide cuantos años de prisión le

corresponden a cada delito? La respuesta es obvia, en un Estado de Derecho, democrático, proviene de las potestades del Poder Legislativo, y en una dictadura del Dictador. Sin embargo, en la actualidad, sobre la base de una sociedad democrática, debemos advertir que se está atravesando por una política social penal de sobrepenalización (se piensa en sancionar todas las infracciones con la pena privativa de la libertad, como una solución a la delincuencia, y agravar el tiempo de reclusión lo más posible) y en su caso, aplicar lo más posible la pena privativa de la libertad. Esto causa un evidente problema de solución del problema delictivo, porque tipificar con pena privativa de la libertad la mayor cantidad posible de infracciones penales, aumentar los años de carcelería lo más que se pueda, o dictar mayoritariamente resoluciones de prisión preventiva, no solucionan el problema delictivo, solo lo sancionan, lo castigan. Los efectos disuasivos de dichas medidas son posteriores en el mejor de los casos, externalidades de la sanción no su confirmación o constitución. Por eso el problema de la delincuencia debe ser tratado además desde verdaderas y directas soluciones. Políticas que ataquen el circuito delictivo. Las sanciones, a nuestro parecer, pueden extenderse a ser económicas, en grado tal que pueda generarse diversos efectos a la vez, a fin que se pague una fianza, indemnización inmediata, la misma que iría a un fondo específico para combatir el tipo delictivo correspondiente, etc.

En el caso específico de la “prognosis” de la pena, dentro de los elementos o requisitos a ser considerados para aplicar la prisión preventiva, es necesario indicar que aquel requisito es dogmático, es decir, no se refuta, sino que todo el proceso se adecúa a aquel. Más de cuatro años de pena privativa es la prescripción para que se pueda evaluar la posibilidad de aplicar la prisión preventiva. A nuestro parecer, si el tiempo existe, y si es considerado en el Derecho Penal es porque siendo el ser humano mortal, tiene que considerarse cómo va a ejercitar su vida, dentro del marco temporal de su vida. Así el tiempo es vida y la vida es un poco de tiempo. Un minuto transcurrido es un minuto perdido. Desde este contexto, el tiempo existe siendo su mayor y grave consecuencia la mortalidad del ser



humano. Por tanto, las consideraciones a usar el tiempo en la pena deben resumirse o sintetizarse y acaso excluirse –de ser el caso- de pretensiones punitivas, porque el tiempo en prisión es un tiempo irrecuperable, un tiempo en depreciación de la integridad física y psíquica de la persona. No está en debate, existe asomo de aquello, respecto a si dicho requisito debe reformularse, es decir, se piensa siquiera, o no se conoce, alguna propuesta para modificar dicho requisito y elevarlo de cuatro a más años, porque la gravedad se considera desde la verificación que el tipo delictivo supere los cuatro años de posible penalización por prisión preventiva de la libertad. Lo que impide la discusión sobre el tiempo. Aquel factor más importante de la vida del ser humano, no está ni siquiera en discusión. Ninguna resolución que hemos revisado tiene siquiera en consideración una argumentación en contra de la prognosis de la pena, es más bien una adhesión al texto.

Esta propuesta debe ser asumida por el Poder Judicial.

**7.- Debe formularse el debate sobre la condición real de la aplicación de la potestad del juez de dictar prisiones preventivas y si éste no está obviando o excediendo sus funciones.-**

Nuestra investigación nos lleva a una reflexión que pareciera inocua, que tampoco está en la mente y menos en el colectivo social de juristas, legisladores o acaso sociedad civil, sobre la actuación del juez y su capacidad para imponer medidas como la prisión preventiva –y en su caso las penas privativas de la libertad-, sobre el hecho que meter a prisión a una persona a la cual no se le ha probado su culpabilidad, que es en la realidad una transgresión o violación a los derechos fundamentales; y tampoco se ha reflexionado sobre si aquella actuación del juez – dentro de su propio marco legal- podría en la realidad convertir al juez aplicante en un delincuente. Es imposible aquella concepción, puesto que lo prescrito por ley deja fuera dicha concepción. Sin embargo hay varias aristas a analizar que no quedan explicadas por la simple o taxativa ley: ¿El juez -dentro de este sistema

judicial supra punitivo- es un delincuente per se? (claro que no es consciente de ello, que no es su culpa sino es una cuestión derivada de su posición dentro del sistema social); entonces, ¿el juez al cumplir su función, administrar justicia (dictar prisión), emitir sentencia, está también, consciente o inconscientemente, delinquiendo? ¿Este es un fenómeno que le es vendido por los mecanismos del Estado que le proveen del permiso aparente de la propia sociedad –permiso por representación popular y operacionalizado por una institución pública creada para la selección y designación de magistrados. Así, ¿el juez, ingresado dentro de un sistema jurídico-político, acepta el poder para juzgar y manda -en los casos penales, de ser pena privativa de la libertad o prisión preventiva- que un ser humano cumpla con prisión, y en consecuencia, trágicas y reales daños a la integridad física y mental de una persona, que por su propia naturaleza se ejecuta en forma desproporcional con la lección, sanción, castigo, restitución, fin rehabilitativo, resocializador, etc., que se pretendía conseguir?, ¿son aquellas -la desproporcionalidad entre pena y fin penal, ius puniendi y derecho a la vida y su integridad; exposición a peligro del imputado o sentenciado, etc.- circunstancias por las que el juez se convierte también en un delincuente? Razonamiento sólo posible definiendo a la delincuencia como “todo acto que cause agravio, perjuicio, daño, lesión irreparable a la persona, a sus derechos y a su propia naturaleza”. Esta noción no aceptaría la fácil noción de delincuencia como sólo aquella conducta humana ilícita, contraria a la ley, sino la definiría en forma más extensa, como “todo acto que contraríe, vulnere, dañe irreparablemente a la persona”. Delinquir es un término jurídico, pero no puede sustraerse a la realidad. Delincuente no es sólo quien comete actos contrarios a la ley, sino actos contrarios a la persona. En esta extensiva definición de delincuencia, cabría que un juez que “daña irreparablemente”, a una persona, por mérito a una prescripción legal o no. ¿por qué, porque el daño supera a la norma, el hecho supera a la norma, la realidad supera al concepto.

Por otro lado, es necesario aclarar que el juez es aquel ser contranatural, que contradice a la naturaleza libre de las personas por hacer o no hacer lo que se les

plazca, por apropiarse o no de algo, por conducirse de tal o cual forma, fenómeno que evidencia además las entrañas del Derecho como acto contranatural y como adecuación de la naturaleza a los requerimientos humanos.

Deteniéndonos en una visión más específica del asunto podría decirse que, cuando el juez castiga con una sentencia privativa de la libertad, o la prisión preventiva, puede que hasta esté sólo ejerciendo su derecho legal, pero, si sobrepasa los límites de su potestad, sobrepasa los límites del uso del derecho, de la ley, aunque no lo perciba ¿se convierte en delincuente?; porque el juez tiene evidentemente la potestad para castigar al prójimo –entre otras sanciones- con la prisión, pero no se le ha dado la libertad, ni el poder para exponer al individuo sentenciado a que vulneren su integridad física, psíquica, moral, ética, patrimonial, etc. (exposición a peligro); y es que como se conoce, y puede demostrarse científicamente, cuando una persona es enviada a prisión, es siempre expuesta al peligro de su integridad física, psíquica y a la vulneración de otros derechos que se encuentran inherentes a su persona. Es matemáticamente imposible que no se vea afectada su moral, su psiquis y su salud física, por tener que sufrir y aceptar además de la prisión, detrimento de su salud por la mala calidad de la alimentación, medio ambiente, agresiones físicas y psíquicas de los otros prisioneros, etc. Por lo tanto, el juez al sentenciar a pena privativa de la libertad siempre extralimita su potestad para administrar justicia, para castigar, porque las condiciones y efectos de su decisión sobrepasan incluso el castigo impuesto; siendo agravante que el juez conoce todo esto, sabe que el futuro interno, al que él ha sentenciado, está expuesto a sufrir en prisión vejaciones físicas y psíquicas. El problema no está resuelto por el ordenamiento legal y parece que ni siquiera existe atisbo de dicho problema. El conclusión, el juez no es un delincuente, pero si daña la integridad física y mental del imputado, encarcelado, como consecuencia de su mandato jurisdiccional, efectos que el juez no toma en cuenta o toma como actos adheridos al proceso penal irresolubles.

La propuesta debe será asumida por el Poder Judicial.

## **8.- Debe considerarse la condición dañosa inherente de las cárceles en la aplicación de la prisión preventiva.-**

Escribe Manuel Lardizabal y Uribe en su "Discurso sobre las penas": "20. A la manera que en un gran hospital los hálitos corrompidos que despiden los diversos enfermos, infectando el aire, producen nuevas enfermedades que no había y hacen incurables las que no lo eran, así en una cárcel el trato de unos con otros y los malos ejemplos, más contagiosos que las enfermedades epidémicas, cundiendo por todos como un cáncer, hace perversos a los que no lo eran y consume en su perversidad a los que ya lo eran, convirtiéndose de esta suerte las cárceles destinadas para la custodia de los reos, en escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos para la república. / 30. Éste es, a mi juicio, el origen de los malos efectos de las penas; porque como los reos que son condenados a ellas salen ya pervertidos de las cárceles, y perdido en mucha parte o en todo el pudor y la vergüenza, creyendo que ya tienen poco o nada que perder, se abandonan fácilmente a otros excesos mayores, hasta llegar muchos al estado de incorregibles. Por esta razón debería empezar desde aquí la reforma si se quiere curar el mal en su raíz, como parece justo y correspondiente, y por la misma deberían también contenerse algunos jueces, que suelen tener demasiada facilidad en dictar autos de prisión." Al contrario de lo citado, cabría la pregunta de si las prisiones producen algún efecto positivo en los internos, si existe estadística que demuestre una mejoría en la vida de los ex reclusos, o si por el contrario queda siempre el estigma de lo aprendido allí, y de las malformaciones mentales contra la sociedad que se alojan en el subconsciente del recluso. La prisión desde este punto de vista no se justifica en sus efectos, sino solo como castigo; pues el problema surge si la sociedad recibe o está expuesta a externalidades, a respuestas delictivas producto precisamente del internamiento. Un castigo penitenciario traería consigo también una probable respuesta delictiva inmediata o posterior al internamiento, no sólo peligrosa, sino consolidada contra la sociedad. ¿Se ha visto

esta variable? Por supuesto que se conoce, pero la inacción o la falta de debate anula cualquier tipo de solución.

La propuesta debe asumirse por el Poder Judicial y el INPE.

**9.- Debe reformularse la concepción de la pena, si es que aquella es un crimen, así como su real eficacia o ineficacia, derecho punitivo del Estado e ilegitimidad de la ley penal.-**

Es oportuno recordar a autores como Goldwiser, quien sostenía que la pena es un crimen (Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes. Ermo Quisbert. Ediciones CED, pág. 27). Esto hay que concebirlo al margen de si la pena fuera o no justa, porque ello no disuelve el mal aplicado, el agravio a la salud física o mental del condenado. Aclaro que no con ello se quiere justificar la impunidad, sino explicar el real fenómeno de la pena, sin edulcorarlo con palabras falaces, que impiden ver una solución al problema delictivo. Me explico, si creemos que a cada acto delictivo la respuesta social debe ser una sanción penal, sea esta privativa de la libertad, restrictiva de derechos, o prisión preventiva, etc., debemos advertir que esto no resuelve el problema, solo lo castiga, concentra y hasta potencia, creyéndose que ésta es la solución, o la última medida a aplicar, o en la mayoría de los casos, la respuesta social solo llega hasta allí, la sanción. Queda así siempre inconclusa la respuesta social que se debe dar al fenómeno delictivo. Esto parece nadie advertirlo y más bien despreocuparse de buscar concluir con el tratamiento de la actividad delictiva. Por eso, cuando se aumentan las penas a través de leyes populistas del Congreso, no se resuelve el problema, sino se deriva y responsabiliza a la sanción como la solución final y no como lo que es en realidad, solo un castigo ante el acto delictivo. El castigo no es una solución per se (por si misma); deja inconcluso el fenómeno delictivo.

Por otro lado, cabe indicar que una sentencia será siempre, en la realidad y no en el texto, un acto arbitrario legalizado, puesto que el juez al emitirla para legitimarla utiliza diversas fuentes del Derecho que no son realmente suficientes y que dejan inconcluso cualquier acto de legitimación. Utilizan, por ejemplo, la Ley (la única más cercana de la legitimidad pues son normas que pretenden haber sido dadas por la propia sociedad a través de sus representantes legislativos, y que figuran ser la representación de la voluntad de toda la sociedad). Las otras fuentes utilizadas tienen o marcos muy reducidos (la costumbre), o sólo son productos individuales (la doctrina es propia de un o unos autores pero no de toda la sociedad). No obstante, incluso al usar el juez la ley, la sentencia penal sigue conteniendo un problema de legitimidad porque al ser (la ley) el producto de una decisión política de un grupo de congresistas que suponen representan a toda la sociedad, resulta que la voluntad que ha concebido y creado la ley no es de toda la sociedad sino de este muy pequeño grupo, o élite (congresistas); por lo que la ley concreta en la realidad deviene en una imposición minoritaria -sumamente desproporcional- y no la decisión de toda la sociedad; constituyéndose la ley -en la realidad- en ilegítima (aunque se pretenda indicar que la representación congresal por la cual se la ha creado le da legitimidad). En este contexto, si una persona no ha dado las leyes, o no ha podido decidir sobre la creación o no de una ley, no puede atribuírsele y obligársele al cumplimiento de la misma, resultando que, en estos casos, cualquier sistema de representación es siempre arbitraria aunque sea revestida por conceptualizaciones o discursos políticos contrarios.

La propuesta debe ser asumida por el Congreso de la República, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

**10.- Debe abrirse el debate sobre la legitimidad de la ley penal y de la vulneración del derecho al no participar en las decisiones de constituir nuevos delitos o aumentar las sanciones penales.-**

Kant, escribiría: "(...) Yo, como legislador que decreta la ley penal, no puedo ser la misma persona que como súbdito se encuentra castigado según la ley; porque en esta última cualidad, es decir, como culpable, es imposible que yo tenga voto en la confección de las leyes (el legislador es santo)." (Immanuel Kant. Principios Metafísicos del Derecho. Traducción de G. Lizárraga. Ediciones Madrid. 1873. Pág. 201). La confección de las leyes debe ser anterior a cualquier comisión de acto delictivo, por cuanto no se pretende que el mismo culpable acepte o no la ley que lo define como tal, sino que respecto a normas que regulan la libertad, la vida, los derechos fundamentales, o cualquier derecho del ciudadano, éste debe previamente haber sido al menos aceptado tácitamente por cada individuo, con la posibilidad de negarla, debatir u oponerse al tipo legislativo que afecta sus derechos. Por poner un ejemplo extremo, si una persona gusta de consumir marihuana o droga, o incluso de comercializarla, ¿por qué se sanciona esta última si en otros países se permite la venta directa de droga? Esto demuestra que no siendo el derecho absoluto, no se puede prescindir de la voluntad del individuo respecto a ciertos derechos fundamentales. La norma tiene que legitimarse constantemente en la real voluntad del ciudadano, y no sólo en la de un grupo de legisladores. El Derecho debe responder en proporción directa con la voluntad de la persona, porque de lo contrario sólo se estaría afectando derechos fundamentales.

A su vez, cuando un juez sentencia lo hace sobre la base de una verdad concebida y probada en el proceso; pero siendo la propia verdad un acto externo, que el juez sólo conoce también por representación de los hechos y pruebas (que siempre son también externas), éste, el juez, decide sobre la verdad construida, es decir su decisión no podrá ser nunca una verdad absoluta, sino referencial, representada (toda actividad probatoria es también una representación de los hechos). De esta forma postulamos que sentenciar con leyes (que son sólo representaciones de la voluntad general y no individual) al no partir de uno (o de la posibilidad de aceptarlas o negarlas) no pueden ser legítimas, porque lo que afecta individualmente no puede delegarse o representarse (esto podrá resolverse en un

futuro con el sistema de internet), y, siendo siempre la verdad jurídica una representación externa y no absoluta el margen de error existirá siempre.

Por su parte, respecto al derecho autorizado, Gunther Jakobs explica que "(...) todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho Penal" (Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. Derecho Penal del enemigo. Ediciones Civitas. Pág. Pág. 26). Esta autorización responde a un precepto fundamental: todo aquello que no es de mi propiedad, que no está en el marco de mis derechos necesita autorización, es decir, la voluntad y aceptación del individuo para que otro actúe en su lugar, para que ejerza un poder que me corresponde. Ahora bien la coacción es aquella fuerza usada en contra de la persona, la misma que no puede rechazarla sin verse compelido por las fuerzas del orden público (policía). Esta suerte de indefensión de la coacción es producto de un sistema de autorización resultado de los mecanismos políticos sociales de gobierno, y por los cuales el Estado está tácitamente autorizado a usar la fuerza (la coacción) para mantener el orden, dentro de ciertos márgenes normativos, lo que la convierte recién en derecho (fuerza legítima para el ejercicio de la conducta y voluntad).

Sin embargo –ironizamos-, el juez, cuando dicta prisión preventiva, fundamentando su decisión en el derecho, la ley, las fuentes del derecho, los saberes dominantes, sólo está “pidiendo permiso para delinquir”, para infringir y romper una norma superior constitucional, emanada del contrato social, que es la presunción de inocencia, y que según la doctrina no podría ser refutada, contrariada y menos violada por ninguna norma inferior a la Constitución, siendo que la propia regulación de la prisión preventiva en la que se apoya el juez es sólo un Decreto Legislativo, norma inferior a la Constitución, y que la Constitución es la voluntad concertada de todos y no de un grupo.



Estos presupuestos son válidos sólo como un razonamiento para liberar al ser humano de su condición volitiva, no para justificar al delincuente, ni culpar o sentenciar al juez; no es contra alguien, sino a favor de la libertad.

La propuesta debe asumirse por el Congreso de la República.

### **11.- Debe reconsiderarse la noción de la prisión preventiva como medida cautelar.-**

La medida cautelar tiene como función, como su nombre lo indica “cautelar” un determinado objeto de derecho, se utiliza sólo como un método para asegurar ciertas condiciones del proceso; sin embargo, una medida cautelar no puede cautelar el proceso y a la vez descautelar la vida y la libertad como se presume en las prisiones preventivas. Se olvida que los derechos mayores a cautelar son la vida, la libertad.

La prisión preventiva se postula como medida cautelar, para cautelar que no exista impunidad, para que se realice un debido proceso, evitar el riesgo procesal, pero esto no puede hacerse cometiendo o infringiendo los derechos fundamentales. Una medida cautelar no puede estar por encima de la categoría del principio de presunción de inocencia, sino sólo sobre objetos materiales; aún así, no existe discusión al respecto.

Así también, considerar a la prisión preventiva como “medida cautelar”, la ha liberado de la discusión de si aquella es o no una sanción penal; siendo que bajo este concepto los diversos autores, juristas, han olvidado su condición real, la de que la prisión preventiva surte los mismos efectos de la pena privativa de la libertad. Además los propios jueces en sus resoluciones expresan taxativamente que la prisión preventiva como medida cautelar no constituye una pena, una sanción; y por último, esta desvirtuación de los efectos de la prisión preventiva queda excluida también de la consideración prescriptiva como sanción penal

porque en el Código Penal no se encuentra dentro de la categorización de sanciones penales. La concepción mayoritaria y autoritaria es, entonces, porque la prisión preventiva es sólo una medida cautelar y por tanto no constituye una sanción penal; siendo esto indebido, incorrecta e inconstitucional, afectando y transgrediendo los derechos fundamentales, porque la realidad demuestra en los hechos que la prisión preventiva si surte los mismos efectos que la sanción penal.

La propuesta debe asumirse por el Congreso de la República y el Poder Judicial.

### 5.3.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alberto M. Binder. Introducción al Derecho Penal. Ediciones Ad-Hoc.
- Álvarez, Jorge B. Hugo. (2002). Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la administración pública. Editorial Gaceta Jurídica. 2da. Edición, mayo 2002.
- Alzamora Valdez, M. (1964). *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima, Perú: Editorial de libros S.A.
- Asencio Mellado, José María. LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ. Instituto de Defensa Legal. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «La reforma de la justicia penal» (BJU2003-00192), concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante y cofinando por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Recuperado de <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/regulacionprisionpreventiva.pdf>
- Bernaldes, E. (1999). *La Constitución de 1993*. Lima, Perú: Editora RAO S.R.L.
- Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires. Ediciones Ad-Hoc. Edición 2000.

- Bobbio, N. (1992). *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Bobbio, N. (1993). *Diccionario Político*. México: Siglo XXI editores.
- Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bunge, M. (1999). *Vigencia de la Filosofía*. Cusco, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Cabanellas Torres, Guillermo. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. I.S.B.N.: 950-9065-98-6
- Calderón Sumarriva, Ana C. (2011). *El Nuevo Sistema Procesal Penal – Análisis crítico*. Editorial EGACAL. (Informe N° 12/96).
- Carnelutti, F. (1956). *Arte del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Carrara, Francesco. (2007) *Derecho Penal*. Biblioteca jurídica digital. Recuperado de <http://files.librosdederecho-az.webnode.es/200000095-baa78bc786/01-CARRARA-%20DERECHO%20PENAL.pdf>
- CEJA. (2010). *La prisión preventiva en el Perú. Estudio de 112 Audiencias en 7 Distritos Judiciales con el Nuevo Código Procesal Penal.*- Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA.
- De la Jara, Ernesto · Gabriel Chávez-Tafur · Andrea Ravelo · Agustín Grández · Oscar del Valle · Liliana Sánchez. (2013) *La Prisión Preventiva en Perú: ¿Medida Cautelar o Pena Anticipada?* Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú.
- Defensoría del Pueblo. (2013). *¡No Callar! Guía práctica para la denuncia ciudadana contra actos de corrupción y otras prácticas contra la ética pública*”. Lima, Perú. 2013. Segunda edición. Ediciones de la Defensoría del Pueblo. Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-15147.
- Deleuze, G. (1987). *Foucault*. España: Ediciones Paidós.
- Díez Picazo, L. (1975). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Madrid, España: Editorial Ariel.

- Díez Picazo, L. |., & Gullón, A. (1980). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Durango Álvarez, Gerardo. (2006). “El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría habermasiana”. *Opinión Jurídica*, volumen 5, No. 9 - ISSN 1692-2530 - Enero-junio de 2006 - Medellín, Colombia.
- Enciclopedia Jurídica. “Usurpación de funciones públicas”. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/usurpacion-de-funciones-publicas-e-intrusismo/usurpacion-de-funciones-publicas-e-intrusismo.htm>
- Fernández Sessarego, C. (1998). *Derecho y Persona*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Fernández Calvo, Lourdes. (12.05.2016). Nuevo Código Penal se debate hoy. *El Comercio*. Recuperado de <http://elcomercio.pe/sociedad/peru/nuevo-codigo-penal-se-debate-hoy-noticia-1900889>.
- Ferrajoli, Luigi. (1995) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, España.
- Foucault, M. (1979). *Microfísica del Poder*. Madrid: Edissá.
- Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Foucault, Michel. (1979). *Microfísica del Poder*. Ediciones de la Piqueta. Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Madrid, España.
- Gaceta Jurídica (2004). *Código Penal Comentado*. COORDINADOR José Luis Castillo Alva. Gaceta Jurídica. Lima Perú.
- Hart, H. (1995). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ncpp/s\\_ncpp/as\\_casaciones/as\\_dELITOS\\_cadm\\_publica?WCM\\_PI=1&WCM\\_Page.28f28f804e3fe2b28fe6ff661656052a=25](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ncpp/s_ncpp/as_casaciones/as_dELITOS_cadm_publica?WCM_PI=1&WCM_Page.28f28f804e3fe2b28fe6ff661656052a=25)
- Hurtado Pozo, José. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Eddili, Lima, Perú.

- IDEHPUCP (2013). Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Editorial del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2013. Primera edición, Lima, Perú Julio de 2013.
- IDEHPUCP (2014). Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal. Editorial del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ihering, R. (1993). *La lucha por el Derecho*. Madrid, España: Civitas S.A.
- Jakobs, Günther. Cancio Melia, Manuel. (2003). Derecho Penal del enemigo. Ediciones Civitas. Madrid, España.
- Jakobs, Günther. Mizrahi, Esteban. (2012). Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal Contemporáneo, Conversaciones con Gunther Jakobs. Ediciones de la Universidad Nacional de la Matanza. 2012, Argentina, Buenos Aires.
- Jiménez de Asúa, Luis. (1997). Principios del Derecho Penal, la ley y el delito. Ediciones Abeledo-Perrot, Editorial sudamericana.
- Kant, Immanuel. (1873). Principios Metafísicos del Derecho. Traducción de G. Lizárraga. Ediciones Madrid. 1873.
- Kelsen, H. (1981). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial universitaria de Buenos Aires.
- Marcuse, H. (1970). *Ética de la revolución*. Madrid, España: Taurus ediciones S.A.
- Massini, C. (1978). *Sobre el Realismo Jurídico*. Argentina: Abeledo-Perrot.
- Massini, C. (1978). *Sobre el Realismo Jurídico*. Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- MASSINI, CARLOS I. *FILOSOFÍA DEL DERECHO. EL DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS*. ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, ARGENTINA.
- Mill, J. S. (1984). *Sobre la libertad*. España: Editorial Sarpe.
- Monroy Gálvez, Juan. (2000). Para mi otro corazón. Derecho Proceso y otras angustias. Palestra Editores. Pp. 273). Lima, Perú.

- Neyra Flores, José. (2010). Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral. Ediciones Idemsa. Lima Perú. ISBN: 978-612-4037-20-7
- Ossorio, Manuel (1974). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1ra. Edición Electrónica. Guatemala. Editorial Heliasta. (recuperado de la url: <http://www.gyhabogados.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>)
- Pacheco, M. (1990). *Teoría del Derecho*. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Peña Cabrera, Raúl. Derecho Penal (falta)
- Quisbert, Ermo. (2008). Historia del Derecho Penal a través de las escuelas y sus representantes. Ediciones del Centro de Estudios de Derecho (CED), Bolivia.
- **Rojas** Vargas, Fidel (2004). Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000). Idemsa. Editorial Jurista Editores. 4ta. Edición actualizada. Abril 2004.
- Rojas Vargas, Fidel. (2002) Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Tercera Edición, Lima, Perú.
- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa.
- Roxin, Claus. (1997). Derecho Penal – Parte General. Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal. Editorial Civitas. Madrid, España.
- Roxin, Claus. (1981). Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Traducción introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial REUS S.A. – ediciones de 1981. Madrid, España.
- Rubio Correa, M. (2011). *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- Salinas Siccha, Ramiro. (2014). Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley. 3ra. Edición. **ISBN:** 9786124629365. Lima, Perú.

- Sánchez Franco, Alfredo. (2001). El delito de la Concusión. O.G.S. EDITORES, S.A. DE C.V. Primera Edición abril de 2001. Puebla, México.
- Sánchez Marín, Ángel Luis. “Conceptos, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales”. Recuperado de la url: <http://www.revistadefilosofia.org/55-13.pdf>.
- Trazegnies Granda , F. (1993). *Postmodernida y Derecho*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Trazegnies Granda, F. (1989). *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*. Lima, Perú: Editorial de la PUCP.
- Url: <http://rpp.pe/politica/congreso/por-que-el-nuevo-codigo-penal-genera-tanta-polemica-noticia-960228>
- Url: <http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/42.-%20Diccionario%20Enciclopedico%20Juridico%20-%20%20Diccionario.pdf>)
- Url: [http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad\\_civil\\_por\\_denuncia\\_calumniosa.pdf](http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad_civil_por_denuncia_calumniosa.pdf))
- Url: [http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad\\_civil\\_por\\_denuncia\\_calumniosa.pdf](http://www.cyc-abogados.com/publicaciones/2.5.responsabilidad_civil_por_denuncia_calumniosa.pdf))
- Url: <http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/regulacionprisionpreventiva.pdf>).
- Url: <http://www.lanacion.com.ar/79136-en-prision-toda-enfermedad-parece-peor>)
- Url: <http://www.revistaideele.com/ideele/content/la-prisi%C3%B3n-preventiva-en-per%C3%BA-%C2%BFmedida-cautelar-o-anticipo-de-la-pena>).
- Url: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03382-2012-HC.pdf>)

- Url: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/peru-interview-220310.htm>).
- Url: <https://www.youtube.com/watch?v=XHEhU0oa9B4>
- *url*: URL, <http://www.monografias.com/trabajos-pdf3/violacion-derechos-humanos-abuso-autoridad/violacion-derechos-humanos-abuso-autoridad.pdf>.
- Villavicencio T. Felipe. Derecho Penal – Parte General. Editorial Grijley.

Villoro Toranzo, M. (1984). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa S.A.



### **ANEXO: PROYECTO DE LEY**

Los congresistas de la República del Perú, xxx, xxx, xxxx, xxxx, xxxx, miembros del grupo parlamentario “xxx xxx xxxx xxxx”, ejerciendo su derecho a iniciativa de formulación de leyes, en mérito al artículo 107 de la Constitución del Perú, y los artículos 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente Proyecto de Ley:

#### **LEY QUE INCORPORA ARTÍCULOS AL CÓDIGO PENAL Y PROCESAL PENAL RESPECTO A LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

Artículo 1.- -El objeto de la presente iniciativa legislativa tiene por objeto incorporar artículos al Código Penal y Procesal Penal, para precisar principios respecto a la Prisión Preventiva y los Delitos contra la Administración Pública.

#### **Artículo 2.- Incorporación del artículo XI del Título Preliminar del Código Penal, Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:**

Artículo XI.- Principio de determinación del daño irreparable.- Por este principio sólo podrán ser considerados ilícitos “penales”, aquellos que causen un “daño irreparable” en los derechos o bienes jurídicos de las personas. Si el bien jurídico vulnerado es “reparable” de alguna forma válida y real, entonces la conducta no puede ser considerada ni menos procesada penalmente, sino civil o administrativamente.

Artículo XII.- Principio de proceso de legitimidad de la ley penal.- Toda ley penal debe, antes de crearse, someterse a legitimización social por medio de la consulta de la voluntad social actual, a través de medios inmediatos de determinación de la voluntad social, como las redes sociales, internet o telefonía móvil o celular; sin cuya condición ninguna ley penal puede constituirse como legítima.

Artículo XIII.- Principio de equivalencia en la aplicación de las sanciones penales.- Para aplicar las sanciones penales el juez tendrá que observar obligatoriamente que el bien jurídico vulnerado por el imputado y el bien vulnerado por la sanción penal sean “equivalentes”. Por equivalente se entenderá que los bienes jurídicos vulnerados al agraviado son el marco para determinar qué bienes jurídicos se pueden vulnerar del imputado, de tal forma que se correspondan, salvo las excepciones de ley.

**Artículo 2.- Incorporación del artículo 268A del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo Nro. 957, en los siguientes términos:**

Artículo 268A.- Determinación de la prisión preventiva como sanción penal.- La prisión preventiva es una medida cautelar de coerción personal cuya aplicación surte efectos sancionatorios en el inculcado, por lo que deberá presumírsele como una sanción penal anticipada; siendo así, la misma no debe vulnerar el principio de inocencia, prescrito en la Constitución Política; en consecuencia sólo se podrá aplicar en forma excepcional en materia de daños irreparables, delitos de homicidio, delitos contra la libertad sexual, delito de secuestro, delitos de genocidio, terrorismo, traición a la patria, y aquellos en los que se vulnera un derecho no reparable, o la magnitud del daño social lo amerite.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

Deróguense las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a lo establecido en la presente ley.

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **I.- INTRODUCCIÓN.-**

La política criminal en nuestro país ha ido implementando, creando y agravando nuevas penas, de tal forma que la prisión preventiva, como una medida de coerción personal ha sido el instrumento temporal, utilizada excesivamente en la lucha contra la delincuencia, por lo que la prisión preventiva en nuestra sociedad ha ido adquiriendo la calidad de “regla”, siendo uno de sus características intrínsecas la de aplicarse sólo como una “excepción”, por lo que se ha desnaturalizado su contenido y especialmente su aplicación. Asimismo se ha transgredido el principio del derecho penal de última ratio, es decir, que el derecho penal sólo debe aplicarse por una necesidad probada, motivada, real.

La conciencia de una alarmante criminalización de las conductas de las personas, basadas en hechos reales o en hechos doctrinarios, pueden escapar al control de la legalidad y de la legitimidad, que consiste en que las normas penales sean creadas por “necesidad social” impostergable, o ante la inexistencia de otras medidas de solución de los conflictos de intereses, de las vulneraciones a los derechos o bienes jurídicos de la persona y la sociedad. Es pertinente, por tanto, plantear el problema de si se viene cumpliendo con el requisito de la prisión preventiva de aplicarse sólo en casos excepcionales, si se respeta el principio de inocencia, y si existe en nuestra legislación el principio de equivalencia.

### **II.- ANTECEDENTES Y ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA.-**

La Prisión Preventiva como medida cautelar de coerción personal fue implementada en nuestro país con la dación del Decreto Legislativo Nro. 957, Nuevo Código Procesal Penal, que fue implementándose paulatinamente en nuestro país, quedando aún concluirse en su totalidad en la ciudad de Lima. Antes de ella se aplicaba la prisión provisional que estaba establecida en el Código de Procedimientos Penales.

Con la evolución y crecimiento de nuestra sociedad la delincuencia se ha incrementada también, de tal forma que la aplicación de la prisión preventiva es uno de los instrumentos procesales penales que más se están aplicando como medidas para asegurar el proceso, y cautelar que se efectivice la justicia; sin embargo, la utilización de la prisión preventiva debe ceñirse a los elementos que la constituyen establecidos en la ley penal del Nuevo Código Procesal Penal, así como la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional que marcan pautas normativas de necesidad jurídica.

La aplicación de la prisión preventiva, sin embargo, se ha vuelto concurrente y al parecer se ha convertido en la regla de la ley penal y no en la excepción que es uno de sus principales elementos, por lo que es necesario regular la forma de aplicar la prisión preventiva, a fin de salvaguardar los derechos de los inocentes, y preservar que se cumplan los derechos constitucionales como el principio de presunción de inocencia, principio de última ratio, entre otras normas constitucionales superiores a toda norma penal o procesal penal, como el Código Penal y el Nuevo Código Penal, o las resoluciones del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial. De esta forma, es necesario establecer un control y equilibrio de la prisión preventiva a fin de no vulnerar el derecho de los inocentes.

### **III.- JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA DE INCORPORACIÓN.-**

Actualmente la prisión preventiva viene aplicándose según estadísticas de sentencias del Tribunal Constitucional, Requerimientos del Ministerio Público, Población penitenciaria del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), estadísticas de aplicación de la prisión preventiva en las américas, en un porcentaje altamente mayoritario, lo que en la realidad lo identifica como una regla de la ley procesal penal, siendo que su constitución lo define como provisional, instrumental y excepcional, contradiciendo aquella realidad penal y desnaturalizando su uso y aplicación.

Asimismo, la prisión preventiva viene afectando al principio de última ratio, vulnerando el principio de presunción de inocencia e ignorando el principio de

equivalencia; por lo que es necesario establecer en los hechos el control constitucional de la aplicación de las leyes penales a fin que sean legítimas y no solo legales.

Por lo que es necesario prescribir normativamente en las leyes penales y procesales penales, los referidos principios, que garanticen que no se infrinjan los derechos de los inocentes, puesto que la regla general es sancionar a los culpables y no a los inocentes.

Así también, la dogmática y jurisprudencia aplica la prisión preventiva escudándose en que al no ser la misma una sanción penal, sino solo una medida cautelar, no estaría vulnerando el principio de inocencia, por lo que frente a la realidad de los hechos es necesario establecer en la norma positiva la condición de anticipación de la pena de la prisión preventiva, a fin de garantizar los derechos del inocente.

Siendo además, que en la aplicación de las medidas penales como la aplicación de la prisión preventiva no se utiliza el principio de equivalencia, es decir, que exista correspondencia entre la vulneración del bien jurídico del agraviado y la vulneración del bien jurídico del imputado, debiendo positivizarse en la ley penal, a fin de que el juez observe obligatoriamente que el bien jurídico vulnerado por el imputado y el bien vulnerado por la sanción penal sean equivalentes.

La aplicación de la prisión preventiva estaría contrariando a la Constitución, por cuanto en su artículo 2, numeral 24, inciso e), se establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, en consecuencia “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Siendo que la prisión preventiva se encuentra normada dentro del Decreto Legislativo Nro. 957, Nuevo Código Procesal Penal, que es una norma inferior a la Constitución, por lo que se estaría vulnerando dicho precepto constitucional.

#### **IV.- ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO.-**

La incorporación de unas leyes penales y procesales penales en el Nuevo Código Penal y Procesal Penal respecto a la Prisión Preventiva y a los Delitos contra la Administración Pública no generarán ningún gasto adicional, por lo que el presente proyecto de ley no genera ninguna disponibilidad presupuestal, siendo por su contraparte que los beneficios sociales, culturales, económicos y jurídicos son inestimables en dinero.

La propuesta legislativa en el margen de costos beneficios es altamente beneficiosa, por lo que el análisis costo-beneficio como un equilibrio en las propuestas legislativas está más que amparada, siendo además que la necesidad de establecer estos nuevos marcos normativos penales y procesales penales generarán un sistema de protección contra la arbitrariedad y promoverá un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales, que como tal, son irrefutables.

**ANEXO: Formatos utilizados para búsqueda y operacionalización de nuestra investigación**

**1.- Formato N° 1.- Búsqueda y selección de sentencias.-**

El formato contiene los criterios con los que se ha realizado la búsqueda y selección de las sentencias del Tribunal Constitucional, respecto a nuestras variables:

FORMATO N° 01: CÉDULA DE DATOS	
VARIABLE:	Prisión Preventiva
Indicador:	Excepcionalidad
Documento:	Cédula de Datos Estadísticos
Fuente:	Archivo Digital de la Pág. Web. Del Congreso
Referencia:	Para la búsqueda y selección de las sentencias del Tribunal Constitucional se ha ingresado al Archivo Digital del Congreso, ubicado en la dirección electrónica oficial, haciendo la búsqueda por el criterio necesitado.
Criterio de Búsqueda:	“prisión preventiva”.
Criterio de Selección:	Por tipo de sentencia.
Período de Búsqueda:	La búsqueda se ha realizado en el periodo del año 2002 al 2013.

**2.- Formato de Cuadro de organización de sentencias del Tribunal Constitucional.-**

N°	N° de Expediente	Fundado	Infundado	Procedente	Improcedente
1					
2					
...					

	Total				
--	-------	--	--	--	--

**3.- Formato para operacionalización de las variables.-**

<b>N°</b>	<b>Comprobación de hipótesis</b>	<b>Resultado</b>
<b>1</b>	<b>Total de sentencias que comprueban la hipótesis</b>	
<b>2</b>	<b>Total de sentencias que niegan la hipótesis</b>	



## ANEXO: Matriz de consistencia del Informe Final de Tesis

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES INDICADORES	METODOLOGIA
<p><b>1. Interrogante principal</b></p> <p>- ¿En qué medida la aplicación de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016?</p> <p><b>2. Interrogantes específicas</b></p> <p>1.- ¿Se ha aplicado ilegítimamente la prisión preventiva, al vulnerar el requisito de “excepcionalidad”, y el principio de inocencia, transgrediendo los derechos fundamentales, como la libertad, salud, vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016?</p> <p>2.- ¿Se han aplicado ilegítimamente, al vulnerar el principio de equivalencia, los delitos contra la administración pública, transgrediendo los derechos fundamentales, como la libertad, salud, vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016?</p> <p>3.- ¿Se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia y el principio de equivalencia en la aplicación de la prisión preventiva y en los procesos de delitos contra la administración pública respectivamente, y por tal se han transgredido los Derechos Fundamentales?</p>	<p><b>1. Objetivo General</b></p> <p>Describir y explicar que la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales, como la libertad, salud y vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.</p> <p><b>2. Objetivos Específicos</b></p> <p>1.- Describir que la prisión preventiva ha sido aplicada ilegítimamente, no cumple el requisito de excepcionalidad, vulnera el principio de inocencia, en los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016;</p> <p>2.- Describir que los delitos contra la administración pública han sido aplicados ilegítimamente, vulnera el principio de equivalencia, en los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016;</p> <p>3.- Explicar cómo los derechos fundamentales (libertad, salud, vida) de los procesados en el Perú son transgredidos por la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública, periodo 2002 al 2016.</p>	<p><b>1. Hipótesis General</b></p> <p>La aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública inciden en la transgresión de los derechos fundamentales, como la libertad, salud, vida, de los procesados en el Perú, periodo 2002 al 2016.</p> <p><b>2. Hipótesis específicas</b></p> <p>a) La prisión preventiva se aplica ilegítimamente, al no cumplirse el requisito de excepcional, lo que transgrede los derechos fundamentales.</p> <p>b) Los delitos contra la administración pública se aplican ilegítimamente, al vulnerarse el principio de equivalencia, transgrediendo los derechos fundamentales.</p> <p>c) Los derechos fundamentales son transgredidos por la aplicación ilegítima de la prisión preventiva y los delitos contra la administración pública.</p>	<p><b>1. HIPOTESIS GENERAL</b></p> <p><b>a) Variable Independiente</b></p> <p><b>N° 01:</b> (X) – La Prisión Preventiva</p> <p><b>Indicadores:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Excepcional</li> <li>2) Instrumental</li> <li>3) Urgente</li> <li>4) Proporcional</li> <li>5) Variable</li> <li>6) Provisional</li> <li>7) Coherente</li> <li>8) Motivada</li> <li>9) Ponderada</li> <li>10) Apariencia de responsabilidad penal</li> <li>11) Prognosis grave de la pena</li> <li>12) Riesgo procesal</li> <li>13) Arraigo domiciliario</li> <li>14) Obstaculización del proceso</li> <li>15) Vulneración del principio de inocencia</li> <li>16) Principio de equivalencia</li> <li>17.- Medida cautelar, medida coercitiva personal, no sanción penal</li> <li>18) Prueba estadística de transgresión a la libertad, salud o vida.</li> </ol> <p><b>b) Variable Independiente</b></p> <p><b>N° 02:</b> (X)</p> <p>- Los Delitos contra la Administración Pública</p> <p><b>Indicadores.-</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Proporcionalidad de las penas</li> <li>2.- Coherencia</li> <li>3.- Motivación</li> <li>4.- Ponderación</li> <li>5.- Principio de equivalencia (Equivalencia entre el derecho o bien jurídico vulnerado por el delito y el derecho o bien jurídico afectado por la sanción penal)</li> <li>6.- Estadísticas</li> </ol>	<p><b>a) Tipo de Investigación</b></p> <p>Descriptiva, explicativa.</p> <p><b>b) Diseño de la investigación</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Recolección de datos sobre la prisión preventiva, delitos contra la administración pública y derechos fundamentales.</li> <li>b) Selección y procesamiento de datos.</li> <li>c) Organización, composición y exposición de datos.</li> <li>d) Conclusiones respecto a la prisión preventiva, los delitos contra la administración pública y la relación con los derechos fundamentales.</li> </ol> <p><b>Ámbito de estudio</b></p> <p>Los procesados en el Perú.</p> <p><b>c) Población</b></p> <p>procesados en Perú, 2002 al 2016.</p> <p><b>d) Muestra</b></p> <p>- 281 sentencias (81 STC sobre la Prisión Preventiva – 200 STC sobre los Delitos contra la Administración Pública).</p> <p><b>e) Técnicas de recolección de datos</b></p> <p>- Análisis jurídico</p> <p><b>f) Instrumentos</b></p> <p>- Sentencias del Tribunal Constitucional</p> <p>- Estadísticas</p>

			<p><b>c) Variable Dependiente (Y)</b> Derechos Fundamentales</p> <p><b><u>Indicadores:</u></b></p> <ol style="list-style-type: none"><li>1.- Respeto de los Derechos fundamentales</li><li>2.- Debido proceso</li><li>3.- Control de la potestad punitiva</li><li>4.- Derecho de defensa</li><li>5.- Legitimidad de las normas jurídicas</li><li>6.- Validez de las normas jurídicas</li><li>7.- Inviolabilidad de la libertad, salud, vida</li></ol>	
--	--	--	---	--