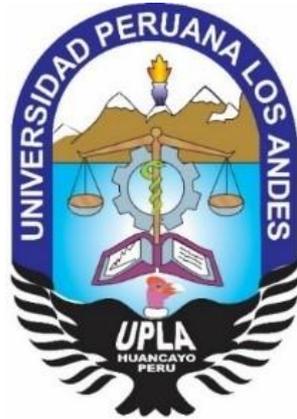


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

La sanción penal del funcionario o servidor público en el delito de peculado doloso de apropiación o utilización y el principio de proporcionalidad de la pena en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018

Para Optar : **El Grado Académico de Maestro en Derecho y Ciencias Políticas, Mención: Ciencias Penales**

Autora : **Bachiller Syntia Porras Sarmiento**

Asesor : **Mg. Richard Mario Tello Llantoy**

Línea de investigación : **Desarrollo Humano y Derechos**

HUANCAYO - PERÚ
2020

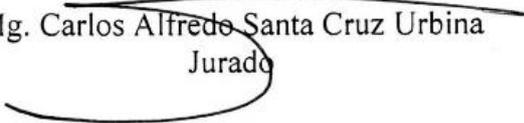
MIEMBROS DEL JURADO



Dr. Aguedo Alvin Bejar Mormontoy
Director



Mg. Faustino Raul Cutti Seguil
Jurado



Mg. Carlos Alfredo Santa Cruz Urbina
Jurado



Dr. Ivan Salomon Guerrero Lopez
Jurado



Dra. Melva Isabel Torres Donayre
Secretaria Académica

ASESOR DE LA TESIS

Mg. Richard Mario Tello Llantoy

DEDICATORIA:

A mi madre por el apoyo
incondicional y especialmente a mi pareja

AGRADECIMIENTO:

Quiero presentar mi gratitud a Dios, quien con su bendición llena siempre mi vida y a toda mi familia por estar siempre presentes.

CONTENIDO

	Pág.
Caratula	i
Miembros del jurado	ii
Asesor de la tesis	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento	v
Contenido	vi
Resumen	xi
Abstract	xii
Introducción	xiii

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Formulación del problema	18
1.1.1 Problema General	18
1.1.2. Problemas Específicos	18
1.2. Objetivos	18
1.2.1. Objetivo general	18
1.2.2. Objetivos específicos	19
1.3 Justificación	19
1.3.1 Teórica	19
1.3.2 Social	20
1.3.3 Metodológica	20

1.4. Hipótesis	21
1.4.1. Formulación de la hipótesis	21
1.4.2. Variables e indicadores	21

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes	24
2.1.1. Antecedentes Nacionales	26
2.1.2. Antecedentes Internacionales.	28
2.2 Bases teóricas científicas	32
2.2.1. La administración pública en el en el ordenamiento jurídico peruano	32
2.2.2. La teoría del delito	44
2.2.3. Teoría de infracción de deber	52
2.2.4. Peculado	53
2.2.5. Teoría de la pena	65
2.2.6. Principio de proporcionalidad en el sistema constitucional Peruano	77
2.2.7. Principio de proporcionalidad en el derecho penal	80
2.2.8. Principio de culpabilidad	81
2.3. Definición de conceptos o términos	85

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Métodos de la investigación	90
---------------------------------	----

3.2 Diseño metodológico	92
3.2.1. Tipo y Nivel de Investigación	92
3.2.2. Diseño de la Investigación	94
3.2.3. Población y Muestra de investigación	95
3.2.4. Técnicas de Recolección de Información	96
3.3 Proceso de construcción, validación y fiabilización de instrumentos	96

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 Descripción de los resultados	98
4.2 Cuadro de análisis	109
4.3. Contrastación de la hipótesis	113

DISCUSIÓN DE RESULTADOS	120
--------------------------------	-----

CONCLUSIONES	129
---------------------	-----

RECOMENDACIONES	131
------------------------	-----

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	132
---------------------------------	-----

ANEXOS	133
---------------	-----

CONTENIDO DE TABLAS

Tabla N° 01	Aplicación de la misma sanción para el delito de peculado doloso en su modalidad de utilización y apropiación	98
Tabla N°2	Exceso de la pena en el delito de utilización a diferencia de la apropiación	99
Tabla N°03	Vulneración del principio de proporcionalidad al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización	101
Tabla N°4	Vulneración al juicio de ponderación de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización	103
Tabla N°5	Vulneración al principio de valoración de la carga o gravedad de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización	105
Tabla N°6	Vulneración a la gravedad de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización	107

CONTENIDO DE GRÁFICOS

Gráfico N° 01	Aplicación de la misma sanción para el delito de peculado doloso en su modalidad de utilización y apropiación	98
Gráfico N°2	Exceso de la pena en el delito de utilización a diferencia de la apropiación	100
Gráfico N°03	Vulneración del principio de proporcionalidad al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización	101
Gráfico N°4	Vulneración al juicio de ponderación de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización	103
Gráfico N°5	Vulneración al principio de valoración de la carga o gravedad de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización	105
Gráfico N°6	Vulneración a la gravedad de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización	107

RESUMEN

La investigación se inicia con la formulación del **Problema**: : ¿De qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018?; teniendo como **Objetivo**: Analizar de qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018; cuya hipótesis es “Al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización afecta directamente el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018”. La Investigación se ubica dentro del **Tipo** básico y Jurídico Social; el **Nivel** es explicativo; **los Métodos generales**; **son**: Inductivo – Deductivo, comparativo; y el particular es el sistemático: Con un **Diseño** No experimental transversal; con una sola **Muestra** y un Tipo de **Muestreo no** Probabilístico. Para la Recolección de Información se utilizó la Encuesta Estructurada; llegándose a **la conclusión** que para la norma penal peruana, el delito de peculado doloso en la modalidad de apropiar y utilizar visten de igual contenido de ilicitud, pese a las diferencias si las apreciamos desde una perspectiva patrimonialista o de salvaguarda del derecho de propiedad del ente público, en la modalidad de utilizar existe un exceso en la penalización afectándose el principio de proporcionalidad, razón por la cual debe tener un tratamiento distinto en cuanto a la penalidad de la modalidades mencionadas.

Palabras clave: Sanción penal en el delito de peculado doloso y Proporcionalidad de la pena.

ABSTRACT

The investigation begins with the formulation of the Problem: How does punishing with the same penalty in the crime of intentional peculado affect the principle of proportionality in the criminal courts of the province of Huancayo, 2018? Objective: To analyze in what way when punishing with the same penalty in the crime of intentional peculado affects the principle of proportionality in the criminal courts of the province of Huancayo, 2018; whose hypothesis is "By punishing with the same penalty the offence of intentional embezzlement in its form of appropriation and use directly affects the principle of proportionality in the criminal courts of Huancayo province, 2018". The Research is located within the Basic and Legal Social Type; the Level is explanatory; the General Methods; they are: inductive – deductive, comparative; and the particular is the Systematic: With a Design Not experimental transversal; with a single Sample and a non probabilistic Sample Type. For the Collection of Information the structured Survey was used; reaching the conclusion that for the Peruvian penal norm, the crime of intentional peculado in the modality of appropriating and using dresses of equal content of illegality, despite the differences if we appreciate them from a patrimonialist or safeguarding perspective of the property right of the public entity, in the modality of using there is an excess in the penalty affecting the principle of proportionality, This is why it should be treated differently in terms of the penalties involved.

Key word: Criminal punishment in the offence of intentional embezzlement and Proportionality of punishment.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo titulado “La Sanción Penal del Funcionario o Servidor Público en el Delito de Peculado Doloso de Apropiación o Utilización y El Principio de Proporcionalidad de la Pena en los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo, 2018”, tiene como propósito analizar la desproporcionalidad de la pena en el delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización; con la finalidad de estudiar cómo está afectando el principio de proporcionalidad de la pena, causando perjuicio a los imputados por este delito.

La razón por la cual se hizo la elección del tema es en atención a que la norma al describir la acción del peculado doloso utiliza dos verbos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar y que para ambas conductas típicas la norma penal peruana impone la misma pena, por ello, es importante darle mayor atención desde el punto de vista del derecho porque existe constantemente una relación e interrelación de los caudales y efectos del Estado con los funcionarios y servidores públicos, ellos se encuentra más susceptibles de disponer los caudales y efectos en su favor o de terceros, problemas que se dan en la administración pública.

Para nuestro ordenamiento jurídico, las modalidades de peculado de apropiar y utilizar revisten de igual contenido de ilicitud, aun cuando estas revisten de diferencias si las observamos desde un punto de vista patrimonialista o de salvaguarda del derecho de propiedad del ente público, en la modalidad de utilizar debemos reconocer que existe un exceso en la penalización, afectando así el principio de proporcionalidad frente a la cantidad de injusto penal, razón por lo cual

debemos darle diferente tratamiento a la penalización de la modalidad de apropiación.

En este punto, es importante señalar que los legisladores no son adecuados para equiparar la apropiación indebida fraudulenta típica con la apropiación indebida fraudulenta típica e imponer la misma multa. Por tanto, utilizar activos administrativos públicos y luego devolverlos y seguir formando parte de la administración pública es diferente a utilizar activos para no devolverlos a la administración pública.

Bajo este contexto la presente investigación formulo como **Problema General:** ¿De qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018?; como objetivo general: Analizar de qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018 y como hipótesis general se formuló “Al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización afecta directamente el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018”.

Con la justificación teórica, lo que se pretende es contribuir con un nuevo planteamiento teórico que sustente el por qué la pena es desproporcional en el delito de peculado doloso en las modalidades de apropiación y utilización y como debe ser regulado en el código penal, y para sostener esa postura se acudirá a teorías,

conceptos que permiten sustentar la propuesta asumida por la investigadora y de esta manera aportar con nuevos conocimientos al derecho penal.

Así mismo, el tema de investigación se justifica socialmente, porque conforme a las conclusiones y recomendaciones, la investigación beneficiará a los inculpados, porque las sanciones punitivas serán más justas y conforme al delito cometido; por otro lado, con el aporte de los logros de la investigación se beneficiara el Estado como parte agraviada, y por otro lado, el Poder Judicial cuando los operadores jurídicos administran justicia al brindar mayor garantía y seguridad jurídica, satisfaciendo las expectativas de los justiciables cuando las penas sean ponderadas de acuerdo al grado de participación y al hecho cometido, sin llegarse al abuso del derecho.

Con respecto a la justificación metodológica la investigación no realizará un aporte significativo porque como método y técnica de investigación se está utilizando los aportes de las ciencias sociales en tal sentido, no se realizarán aportes en el ámbito metodológico por la misma naturaleza de la investigación.

La presente tesis se encuentra estructurado tal como se puede precisar en lo siguiente, el primer capítulo denominado “Planteamiento de la Investigación”, teniendo como problema general: ¿De qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018?, primer problema específico ¿Cómo al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso, afecta la valoración de la carga o gravedad de la pena? y como segundo problema específico ¿De qué manera al sancionarse con una pena excesiva

para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso, vulnera el juicio de ponderación de la pena? las mismas que son desarrolladas con puntualidad y precisión.

El segundo capítulo denominado “Marco Teórico”, se desarrolló las Consideraciones Generales como los antecedentes nacionales e internacionales del estudio de realizado al tema, la administración pública en el ordenamiento jurídico penal peruano, la teoría del delito, teoría de infracción de Deber, peculado, teoría de la pena, el principio de proporcionalidad en el sistema constitucional peruano, principio de proporcionalidad en el derecho penal y la definición de conceptos o términos básicos

El tercer capítulo titulado “Metodología de la Investigación”, donde el trabajo de investigación pertenece al tipo de investigación básica Básico, Jurídico Social, con un Nivel de Investigación Explicativo y para su realización se utilizó como Métodos Generales de Investigación: El método inductivo-deductivo, método comparativo, y como Métodos Particulares se utilizó: el Método sistemático. El Diseño empleado fue: No experimental transversal; La Muestra utilizada solo es 30 encuestado al respecto considerados para la investigación se debe a que existen pocos especialistas en materia penal si bien es cierto en la ciudad de Huancayo contamos con muchos abogados, magistrados, fiscales, pero no todos son de la especialidad. La Técnica de Muestreo es No Probabilístico Intencional; se aplicó la técnica de recolección de Información la Encuesta cuyo instrumento es el cuestionario.

El cuarto capítulo presenta los resultados de la investigación describiéndose lo que se logró en la encuesta aplicado a los jueces, fiscales y abogados, y dichos datos han sido analizado e interpretados.

El quinto capítulo titulado “Discusión” donde se realizó la contrastación de los resultados de la investigación con las hipótesis específicas diseñadas en la investigación.

Como parte final se da a conocer los resultados obtenidos de la encuesta aplicada a los jueces, fiscales, abogados y docentes universitarios en la ciudad de Huancayo, se obtuvo que si se aplica la misma sanción para el delito de peculado doloso en su modalidad de apropiación y utilización existe una vulneración al principio de proporcionalidad de la pena, porque no es igual sancionar a alguien que se apropia un bien para beneficio propio, que el utilizar el bien pero sin lograr sustraer el bien patrimonial de la espera de dominio del Estado. Llegando a la conclusión de la investigación que está demostrado conforme a los resultados que se pueden observar en la tesis que al sancionar la apropiación y utilización con una misma pena el delito de peculado doloso afecta la valoración o la carga de la pena porque la pena es igual a la apropiación debiendo ser menor la pena en la utilización.

LA AUTORA

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

1.1.1 Problema General:

¿De qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018?.

1.1.2 Problema Específico:

- a. ¿Cómo al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso, afecta la valoración de la carga o gravedad de la pena?
- b. ¿De qué manera al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso, vulnera el juicio de ponderación de la pena?

1.2 OBJETIVOS:

1.2.1 Objetivo General:

Analizar de qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018.

1.2.2 Objetivo Específico:

- a. Determinar cómo al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso afecta la valoración de la carga o gravedad de la pena.
- b. Establecer de qué manera al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso vulnera el juicio de ponderación de la pena.

1.3 JUSTIFICACIÓN:

1.3.1 Teórica:

El tema de investigación es relevante teóricamente porque, permitirá aclarar y definir algunos términos relacionados al delito de peculado doloso, por otro lado, permitirá dar un nuevo enfoque que permita enriquecer la doctrina del derecho penal.

Al no haber sido estudiado a profundidad la ponderación de las sanciones penales de la comisión de los delitos de Peculado Doloso, cometido por los funcionarios públicos ocasionan perjuicios graves al patrimonio público, al no sancionarse con una pena que realmente le corresponde a la conducta típica, debido a que el legislador no ha previsto la ponderación de los dos tipos penales.

Por ello la investigación pretende aportar con nuevos conocimientos al derecho a fin de contribuir el debate académico que permite enriquecer y ampliar la doctrina en el ámbito del derecho penal.

1.3.2 Social:

El tema de investigación se justifica socialmente porque los delitos de peculado doloso en su modalidad de apropiación o utilización implican un impacto negativo en la consolidación de la democracia, en el respeto a los derechos humanos y, en particular, en la ética ciudadana. Esta clase de prácticas nocivas que se vinculan con la moral pública generan efectos perniciosos en la confianza que los ciudadanos deben tener ante sus autoridades, en todos los niveles e instituciones del Estado.

Por tanto, con el aporte de los logros de la investigación se beneficiará el Estado como parte agraviada, y por otro lado, el Poder Judicial cuando los operadores jurídicos administran justicia al brindar mayor garantía y seguridad jurídica, satisfaciendo las expectativas de los justiciables cuando las penas sean ponderadas de acuerdo al grado de participación y al hecho cometido, sin llegarse al abuso del derecho.

1.3.3 Metodológica

Metodológicamente se dará un aporte al diseñar y construir instrumentos de recolección de datos, las mismas antes de su aplicación serán validados por expertos y una vez comprobado su validez y utilidad en la investigación sobre Peculado Doloso en la modalidad de Apropiación o Utilización y la Proporcionalidad de la Pena, se propondrá para su empleo en otras investigaciones dentro del ámbito del Derecho Penal.

1.4 HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.4.1 Formulación de la hipótesis

A. Hipótesis General

Al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización afecta directamente el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018.

B. Hipótesis Específicas:

A. Al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso afecta directamente la valoración de la carga o gravedad de la pena.

B. Al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso vulnera el juicio de ponderación de la pena.

1.4.2 Variables e indicadores

A. Variable Independiente:

Sanción penal en el delito de peculado doloso.

“La conducta será en principio comisiva, en la cual el autor ejecuta una acción de apropiación o utilización, dando lugar a una nueva esfera de custodia, sustraída del ámbito privativo de la

Administración. Por lo que no debemos olvidar que los verbos típicos serán interpretados, desde una acepción normativa y no naturalista, generando una orientación teleológica, que en presente caso, implica la admisión de una “*comisión por omisión dolosa* (omisión impropia, cuando el funcionario (custodio del bien), permite de forma deliberada que otro sujeto(funcionario o no funcionario), se apropie del bien, sustrayéndolo de la esfera de custodia de la Administración, lógicamente en concierto criminal”¹.

V. INDEPENDIENTE	INDICADORES
X: Sanción penal en el delito de peculado doloso	La misma sanción para el delito de apropiación y utilización.
	El exceso de pena para el delito de utilización a diferencia de la apropiación.

B. Variable Dependiente:

a) Proporcionalidad de la Pena

En la medida que “el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada

¹ Nolasco J, Alanya É. Delitos Contra la Administración Pública. Lima, Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L; 2 013. p.556

proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya imponer .Este principio en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal .Corresponde al ámbito del legislador , al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre el delito y la pena”².

V. DEPENDIENTE	INDICADORES
Y: Proporcionalidad de la pena	Juicio de ponderación de la pena.
	Valoración de la carga o gravedad de la pena.

² Rojas F. Código Penal Dos Décadas de Jurisprudencia. Lima, Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L; 2012.p.437.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

El delito peculado tiene sus antecedentes en el Código de Manú o Leyes de Manú, en el cual desarrolla algunas de sus disposiciones al peculado o concusión.

En su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes dice: “Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”³

Desde hace más de tres mil años aproximadamente ya se venía castigando el peculado o concusión, en las diferentes clases sociales de esos tiempos.

En esos tiempos remotos del imperio romano le designaron el nombre de peculado al hurto de las cosas muebles que pertenecían al Estado. (Peculatus) viene de pecus: ganado, le proporcionaron este nombre pues antes de difundir el uso de dinero, los animales que servían para sacrificios formaban parte de los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, es por ello, que

3 Flores G, García J. Manual de Prácticas Procesal en los Juicios por Peculado. Quito, Ecuador: Editorial S.E; 1982. p. 57.

el hurto de estos bienes constituía una de los delitos más castigados de la legislación romana. Este delito ha venido cambiando adaptándose a nuestra realidad sin perder su esencia.

Por ello los delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública, centró su interés del Congreso de la República con la finalidad de modernizar estos tipos penales, en la Sección III, que contiene los delitos de Peculado (que comprende los artículos 387°, 388°, 389°, 390°, 391° y 392°), las cuales mediante la Ley N° 29703, de fecha 10 de Junio de 2011 fueron modificadas los artículos 387° (Peculado Doloso por comisión ahora también por Omisión y Peculado Culposos), dirigiendo así a la tipología a una intervención criminalizadora y punitiva adecuada, graduando las penas tomando en cuenta los criterios de proporcionalidad, con la finalidad de brindar tutela penal a los valores e intereses jurídicos protegidos. En consecuencia, han pretendido modernizar el Derecho Penal Peruano con los cambios regulados Ley N° 29703, de fecha 10 de Junio de 2011, teniendo en consideración los principios constitucionales y político criminales cuyo fin es garantizar no exceso e intromisión del derecho penal en temas que no son de su competencia, por ser un Estado social y democrático de Derecho en la cual es inaceptables políticas intervencionistas, poniendo al derecho penal como mecanismo de primera ratio, en aplicación de un derecho penal del enemigo, cuando la evolución social, política y cultural exige una vuelta a los principios liberales del Derecho Penal. Razón por la cual se debe luchar si contra la corrupción, pero no mediante propuestas irracionales de la realidad la cual generaría

precedentes de flexibilización de garantías que posteriormente afectarían a los ciudadanos, sin perjuicio de establecer sanciones proporcionales.

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Por otro lado, al margen de ciertas limitaciones, hemos encontrado algunas investigaciones realizadas que guardan relación con el contenido de nuestro estudio, así tenemos a los siguientes autores con sus respectivas conclusiones:

2.1.1 Antecedentes nacionales

Chanjan Docume R.H. “La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso”. [Tesis Maestría] Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis para Optar el grado de magister en Derecho Penal, 2004. Llegando a las siguientes conclusiones: “3. El delito de peculado tipificado en el artículo 387° CP regula dos modalidades delictivas distinguibles: El delito de *peculado tradicional* o *peculado por apropiación*) y el delito de *administración desleal de patrimonio público* (o *peculado por utilización*) (...) 5. *El delito de peculado por apropiación* se asemeja, en su configuración típica, a los denominados *delitos de apropiación*, en la medida que el sujeto activo (funcionario) tiene legítimamente disponibilidad del bien objeto material del delito. El bien no se encuentra fuera de la esfera de disponibilidad del funcionario (como sí sucede en los denominados *delitos de apoderamiento*), sino

dentro de dicha esfera por razón de las específicas funciones de *administración, percepción o custodia* que tiene el funcionario”.

6. La conducta típica de “*apropiación* viene definida por dos aspectos: 1) la apropiación en sentido estricto (aspecto positivo) y 2) la expropiación (aspecto negativo). El primero aspecto mencionado supone la *apropiación en sentido estricto*, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario o usurpando su posición (se comporta como dueño-propietario); y 2) la expropiación del titular del bien que ha de ser permanente o definitiva. La conducta de *apropiación* no tiene una vertiente subjetiva que se distinga de los dos elementos objetivos de *apropiación en sentido estricto* y *expropiación*. El ánimo rem sibi habiendo o “ánimo de apropiación” es, en realidad, una exigencia del propio concepto de *apropiación*, que se determinará a partir de la concurrencia de los dos elementos objetivos de la “apropiación. De esta manera, lo subjetivo de la conducta de *apropiación* es, como en cualquier otra conducta delictiva, parte integrante del dolo.”⁴

Pariona Arana R.B. “El Delito De Peculado Como Delito De Infracción De Deber”. [Trabajo de Investigación] Universidad San Martín de Porres, Trabajo de Investigación de postgrado de doctorado, 2011. Llegando a las siguientes conclusiones:

⁴ Chanjan Docume R.H. La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso. [Tesis Maestría]. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú; 2014.

- El concepto de bien jurídico del Peculado en el Código Penal Peruano asume la teoría dual, conforme lo expresa Manuel Abanto Vásquez es el patrimonio de la Administración Pública entendido de manera funcional. Se entiende como la “correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad”.
- El funcionario público del delito de Peculado tanto doloso como culposo será el funcionario o servidor público, sin distinción, que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directa o funcional) en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro.

2.1.2 Antecedentes internacionales

Bautista O.D. “La Ética y la Corrupción en la Política y la Administración Pública”. [Trabajo de Investigación] Universidad Internacional de Andalucía, Tesis para optar el grado de doctor de Derecho 2006.⁵ Llegó a las conclusiones siguientes:

- Para contar con funcionarios responsables necesitamos contar también con políticos responsables, ya que éstos, al ser figuras públicas, se encuentran en la mira social, por lo que en todo acto deben ser ejemplo a emular.

⁵ Bautista Oscar D. La Ética y la Corrupción en la Política y la Administración Pública. [Tesis Doctoral]. España: Universidad Internacional de Andalucía; 2006. p. 163.

- Cualquier intento por fomentar la ética pública que no incluya al cuerpo político está destinado al fracaso. Política y administración son algo indisoluble. Una ética concentrada sólo en los funcionarios y ajena a los políticos, lleva directamente al fracaso. La corrupción es una práctica mundial que invade no sólo el ámbito público sino el privado y el social. En el ámbito público toca principalmente a políticos y funcionarios públicos de alto nivel. La codicia, la avaricia por el dinero, así como el anhelo por el poder son causas internas o personales que impulsan a la corrupción. En nuestros días, debido a los beneficios que conlleva el mal uso del poder y el expolio de las fuentes públicas hay un gran interés por ocupar un cargo y permanecer en él. Recatando la ética Aristotélica que sostiene que los seres humanos “desde nuestro nacimiento somos movidos a ser justos, sobrios, valientes y a desarrollar otras cualidades. No obstante, buscamos aún otra cosa, a saber, el bien en sentido estricto.” Es posible decir que ese bien será de mayor alcance si se realiza desde un cargo público.

Tzorín Pérez P.G. “El Delito De Peculado y la Reforma al Artículo 264 del Código Procesal Penal” [Trabajo de Investigación] Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tesis para optar la Maestría en Derecho, Noviembre de 2010,⁶ llegó a las siguientes conclusiones: “En Guatemala, comparado ante otros países latinoamericanos, el individuo que comete el delito de peculado;

6 Tzorín Pérez. Pedro Giovanni. El Delito De Peculado y la Reforma al Artículo 264 del Código Procesal Penal. [Tesis Maestría]. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; 2010. p. 113.

goza de cualquiera de las medidas sustitutivas, contempladas en el Artículo 264 del Código Procesal Penal, con lo que le abre toda posibilidad al sujeto activo del delito, a evadir el proceso fugándose u obstaculizando la averiguación de la verdad. El bien jurídico tutelado en el delito de peculado se extiende y afecta el patrimonio o propiedad (sentido penal) pero aún más, la seguridad de la administración, la fe y confianza depositada en el funcionario, así como el normal funcionamiento de la administración pública. El funcionario o empleado público, que tenga bajo su responsabilidad fondos públicos no los debe sustraer para su beneficio o de terceros, en esta acción típica, antijurídica y punible conforme lo dispone el Código Penal, calificándose el delito como peculado. El peculado nace a la vida antijurídica en el ámbito de las relaciones de la administración pública y concatenado a otros delitos tipificados en el Código Penal guatemalteco como delitos contra la administración pública, forma lo que comúnmente se podría llamar un Estado o gobierno corrompido (corrupción). El delito de peculado protege el patrimonio del Estado ante funcionarios y empleados públicos que puedan cometer el mismo, teniendo en consideración que los bienes pertenecen a la población, pero al otorgar el arresto domiciliario al funcionario o empleado público, se desprotege la función penalizadora”.

- Paredes Escobar C.B. “El delito de peculado en el Ecuador”, [Trabajo de Investigación] Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Tesis para optar el grado académico de magister en Derecho. 20097, llega a las conclusiones siguientes: “El delito de peculado es aquel que entraña y ataca a la esencia misma del Estado, apropiándose de los fondos dedicados a la protección del individuo, de toda la sociedad, sustraer los dineros públicos implica atentar contra la salud, la educación, el desarrollo de todos los valores que sustentan la dignidad del hombre. Analizar el delito de peculado, ha resultado por si solo un tema difícil, el cual atenta a la seguridad jurídica con este tipo de infracciones, los efectos sociales que causa en la sociedad, como el denominado feriado bancario. Si comprendemos que el término peculado, en nuestra legislación penal engloba tanto la acción, como la omisión, que ellas son formas de manifestación de la voluntad, que origina un resultado, sin embargo, está prohibida la interpretación analógica en materia penal, como podemos trasladar la omisión al peculado si este es un delito propio, al hablar de esta sería culposo, llegando a una sanción administrativa según lo planteado en este estudio. He determinado que el delito de peculado es eminentemente doloso, agota toda la fase del iter crimines”.

- Andrés León C. “Análisis Jurisprudencial del tipo penal de peculado” [Trabajo de Investigación] Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas – Carrera de Derecho. Presentado para optar la maestría en Derecho. Bogotá D.C. 2004.⁸ Llegó a las siguientes

7 Paredes Escobar, César Bavardo. “El delito de peculado en el Ecuador”. [Tesis Maestría]. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar; 2009. Pág. 78.

8 Andrés León, Camilo: Análisis Jurisprudencial del tipo penal de peculado. [Tesis Maestría]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana- Facultad de Ciencias Jurídicas – Carrera de Derecho; 2004. p. 39

conclusiones: “Delitos como el peculado que tanto daño le hacen no solo a la Administración Pública sino a la comunidad en general, impotente ante el desfalco de los dineros públicos, no se resuelven con el solo hecho de realizar estudios jurídicos concienzudos respecto a la conceptualización del tema, ni tampoco aclarando las tesis que respecto al peculado tienen las instituciones que tienen como función la interpretación de la ley penal. Mejor sería hacer énfasis en estudios sociológicos, culturales y económicos que inciden con más eficacia en la solución del problema que la simple prohibición legal. La afirmación evidente es que el peculado como los otros delitos contra la administración pública, es algo que nos perjudica a todos y que lo ideal es propugnar por una colaboración conjunta que permita un resurgimiento en la moral social para que el ejercicio de la función pública sea más una cuestión de honor que de obligación”.

2.2. BASES TEÓRICAS CIENTÍFICAS

2.2.1. La administración pública en el ordenamiento jurídico penal peruano.

A. La administración pública

La administración pública entendiéndose como el conjunto de órganos y organismos del aparato estatal y cuya función es la de asumir decisiones y medidas para resolver los aspectos vinculados al Estado y por consiguiente de los ciudadanos. Es también la forma

como el Estado se expresa a la colectividad en la prestación de servicios y la realización del bien común de los ciudadanos; en ese contexto es vital en la vida de los habitantes de un país, conforme señala Rojas Vargas F. “La administración pública comprende a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral, organismos autónomos del Estado(Ministerio público, defensoría del pueblo, tribunal constitucional, concejo nacional de la magistratura, banco central de reserva, gobiernos locales y regionales) y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios o servidores públicos) obviamente que queda fuera del ámbito de la administración pública las funciones privadas ejercidas por bancos y empresas mixtas y estatales al régimen jurídico privado”⁹

El jurista Tomas Aladino, desde una perspectiva mixta indica que la “administración pública es el conjunto de poderes, órganos o entidades dotadas de una esfera de atribuciones o competencias; estos entes u organismos, en ejercicio de sus atribuciones o potestades conferidas, realizan una serie de actividades o acciones orientadas a cumplir sus fines y objetivos que justifiquen su existencia dentro del quehacer público o estatal, fines y objetivos que en concreto buscan la prestación de un servicio público eficaz y eficiente; que en abstracto o en general buscan el bien común de los miembros de la sociedad”¹⁰

9 Rojas F. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Editorial Grijley. 3° Edición. 2002. p 15.y sgtes.

10 Gálvez V, Tomas A. Delito de Enriquecimiento Ilícito. Lima: Editorial IDEMSA; 2001. p.16.

El docente y Penalista Peruano Benavente Chorres H. nos indica que por administración pública “debe entenderse como un sistema social dinámico, que genera relaciones interpersonales entre los que los que integran la misma con los administrados, las cuales por su importancia al interés social, justifica un marco normativo que encause dichas relaciones al régimen de legalidad propio de un Estado Constitucional de Derecho”¹¹. Por lo que resulta importante establecer la vinculación de la administración pública y la función pública y el servicio público.

Al respecto sobre la Administración Pública, el penalista Orts Berenguer E: indica que “La Administración Pública no es un bien en sí misma y si interesa protegerla en su prestigio, integridad y buen funcionamiento, no es por ella sino en beneficio de la comunidad a cuyo servicio se encuentra”¹²

B. La administración pública y su vinculación con la función pública

Considerando que la Administración Pública se refleja a través de la función y servicio público, debemos considerar que resulta ilustrativo el concepto que nos expresa el Jurista Navas Rondon, al indicar que “La función Pública es toda actividad destinada a realizar los intereses del colectivo; los cual por antonomasia es la ratio de la prestación de servicio público llevado a cabo por la administración

11 Benavente .H. El funcionario Público. Las sanciones penales en los delitos de corrupción. Lima: Editorial Gaceta jurídica; 2015. p.53

12 Hugo J. Delitos Cometidos por Particulares Contra La Administración Pública. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A; 2000. p. 14.

pública, la misma que es regulada y delineada por el ordenamiento jurídico, por lo que se estatuye competencias y atribuciones que persiguen sus ejercicios y limitaciones. Administraciones públicas son los que prestan servicios comunes a todos los habitantes de una circunscripción, sin distingos o preferencias”¹³

En consecuencia, debemos considerar que esta tiene como propósito en lo esencial complacer las expectativas de la población en general, cumpliendo de esta forma con el objetivo fundamental que es conseguir el “bienestar general” de las personas que habitan en la jurisdicción., la función pública se desarrolla como la manifestación de la voluntad y ejercicio del poder estatal.

El Jurista Villegas Basavilbaso afirma: “Toda función pública se caracteriza por su competencia, esto es, por un círculo de atribuciones, que cada uno de los órganos institución puede o debe legalmente ejercitar, por medio de las correspondientes funciones administrativas, el criterio diferencial e inequívoco de las mismas está siempre dado por la competencia”¹⁴.

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

13 Navas C. Deberes y Responsabilidades de los Funcionarios y Servidores Públicos Civiles. Perú: Editorial Adrus & Editores. S.A.C; 2014. p.48.

14 Hugo J. Delitos Cometidos por Particulares Contra La Administración Pública. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A; 2000. p. 18.

por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la administración pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

C. La administración y su vinculación con el servicio público

La administración pública se manifiesta en la prestación de servicio a los habitantes, conforme indica, Óscar Bautista, “que un servicio público es aquella actividad ofrecida por el conjunto de instituciones que conforman la Administración pública cuyo objeto consiste en facilitar de modo regular continuo y sin propósito de lucro, la satisfacción de una necesidad, colectiva o de interés general, Siempre han existido servicios para, todos, la vida era en sociedad más o menos amplia en función de la, época histórica. Debe entenderse también como aquella actividad organizada que se realiza, conforme a las leyes y reglamentos y que su fin es la, necesidad colectiva en sus necesidades, desde un sentido más jurídico indica”¹⁵

C.1. Concepto de funcionarios y servidores públicos

Por funcionario o servidor público entendemos a las personas que desarrollan actividades en la administración pública del Estado.

15 Diego Bautista O. La Ética en la Gestión Pública, Estado de la Cuestión y Proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos. [Tesis Doctoral]. España: Publicado en la Universidad Complutense; 2007.

En consecuencia a manera de síntesis, podemos indicar que el funcionario público conforme lo califica Navas Rondon C.V “El funcionario Público es un servidor del Estado, designado o electo por disposición de una norma jurídica, para ocupar mandos medios y superiores dentro de la estructura de los poderes públicos y como consecuencia asume funciones de representatividad , iniciativa, decisión y mando; su duración en el cargo en ciertos casos puede ser temporal, en contraposición a la estabilidad y permanencia que debe tener para la eficacia de sus funciones”¹⁶. Es preciso hacer notar que el primer funcionario público del país, es el presidente de la nación. Asimismo.

El artículo 4 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la función pública, señala:

- a.** 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).

¹⁶ Navas C. Deberes y Responsabilidades de los Funcionarios y Servidores Públicos Civiles. Perú: Editorial Adrus & Editores. S.A.C; 2014.p.33-34.

- b. 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
- c. “El ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente código y asumir el compromiso de su debido cumplimiento”¹⁷.

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.

D. Concepto de funcionario público en la convención interamericana contra la corrupción

Fue aprobado por el congreso peruano La Convención Interamericana Contra la Corrupción el 05 de marzo de 1997 y ratificado 21 de marzo de 1997, la misma que fue admitida y firmada por 23 países de América Latina en la Conferencia especializada Interamericana llevada a cabo en caracas, describe al funcionario

17 Ley N° 27815 Ley del Código de Ética de la Función Pública

público en el artículo I en los siguientes términos: “Funcionario público, Oficial gubernamental, Servidor público: Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluyendo aquellos electos, designados o seleccionados para ejercer funciones al servicio o nombre del Estado, en cualquiera de los niveles jerárquicos.

De esta definición podemos destacar 3 elementos:

- a) Pretende equiparar las diferentes expresiones utilizadas en las naciones latinoamericanas para entender a los funcionarios y empleados.
- b) Pretende incluir dentro del concepto a las personas que han sido electos, designados o seleccionados para ejercer funciones al servicio o nombre del Estado.
- c) Relacionar y entender todos los niveles jerárquicos en los que se hallen los funcionarios.

La convención Interamericana propone estas definiciones las cuales suman en 3 los conceptos jurídicos de funcionarios públicos:

1. Concepto administrativo el cual exige un título, incorporación y ejercicio de la función.
2. El concepto penal extensivo, que sobre la base de la noción administrativa amplía el concepto a todos quienes participan en la actividad funcional.
3. Un concepto adelantado y de emprendimiento que sólo exige título (nombramiento-elección) y la existencia de un acto administrativo (la selección).

Detalla la Convención Interamericana contra la Corrupción que debemos entender por funcionario público: a) Cualquiera sea la antigüedad que ocupa una persona en la función administrativa, ejecutiva, legislativa o judicial de un Estado Parte, en el cual ha sido permanentemente o temporalmente elegido o designado con una remuneración; b) Persona que ejerce función pública para empresas publicas u organismos públicos en el cual presta servicios públicos, conforme especifique el Estado Parte en su derecho interno, el cual debe aplicarse de conformidad al ordenamiento jurídico del Estado Parte; c) Conforme el capítulo II de la presente convención de sus efectos de las medidas interpuestas se debe comprender por funcionario público aquellas personas que ejercen una función pública o preste servicio público de conformidad Estado Parte y su derecho interno, la cual debe aplicarse de acuerdo a su ordenamiento jurídico de Estado Parte; c) Se debe entender por funcionario público extranjero aquella persona que desempeña un cargo administrativo, legislativo ejecutivo o judicial en un país extranjero, ya sea designado o elegido; asimismo para un organismo público o una empresa pública; d) Por funcionario de una organización internacional pública se comprenderá un trabajador público internacional o aquella persona que tal organización haya permitido a actuar en su nombre.

E. Concepto de funcionario público de acuerdo a la constitución política del estado

Nuestro texto constitucional reconoce esta condición e indica de manera puntual en su Art.39 al señalar que son todos los funcionarios y trabajadores públicos que están al servicio de la nación. En cada una de las dependencias u organismos del Estado.

E.1. Concepto en el código penal de funcionario público

Para obtener el concepto penal de funcionario público se debe contar con dos elementos: 1) la participación en el ejercicio de funciones públicas y 2) contar con un título habilitado con el cual obtuvo acceso a dichas funciones.

Nuestro ordenamiento jurídico penal considera como funcionario o servidor público de conformidad al artículo 425 a:

- 1 Aquellos que están comprendidos en la carrera administrativa;
2. Quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular;
3. Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado;
4. Toda persona que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado¹⁸

¹⁸ Ley que regula el proceso contencioso administrativo Ley N° 27584

y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos;

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y los demás indicados por la Constitución Política.

E.2. Clases de funcionarios públicos

- Funcionarios de carrera

Vienen a ser las personas que ingresan a la administración pública mediante concurso público abierto convocado por los entes u órganos, bajo los parámetros del decreto legislativo 276 y su reglamentación D. Supr. 005-90, al ganar el concurso y selección, desarrollando carrera administrativa en el aparato estatal.

- Funcionarios de confianza

También se denomina funcionarios designados, son los que ejercen funciones en función al encargo o designación que realizan las autoridades y funcionarios nivel jerárquico superior y que su ejercicio dura en tanto perviva la confianza y son convocados en muchos casos como consecuencia de su competitividad, sapiencia o consideraciones personales, ejercen poder en el ejercicio de su función en tanto dure la confianza recibida. Tenemos en este sector a los ministros, directores, gerentes, jefes, entre otros.

- Funcionarios de elección popular

Son las personas que han sido elegidas mediante sufragio en un proceso electoral, es decir son los depositarios de la confianza del pueblo para desempeñarse como autoridad en un determinado tiempo teniendo la representatividad popular, entre los funcionarios de elección popular tenemos al presidente de la república, los vicepresidentes, los gobernadores regionales, los concejeros regionales, alcaldes locales los regidores entre otras autoridades, los que concluido su mandato dejan el cargo y su condición de funcionarios públicos de elección popular.

- Servidor público

Los servidores públicos son los trabajadores de la actividad pública que desarrollan actividades complementarias, para desarrollar actividades que les son asignadas, complementarias, operativas respecto de las funciones en la administración pública, los mismos que ejecutaran las acciones establecidas por la alta dirección. Dentro de esta clasificación se encuentran los empleados y obreros.

Debemos comprender a la persona que brinda un servicio de utilidad social como servidor público. La ley del Código de ética de la función pública N° 27815 en su artículo 4 señala:

A. Para los efectos del presente Código contempla que aquellas personas que ejercen actividades o funciones en nombre del servicio del Estado en cualquiera de los niveles jerárquicos existentes ya sea en calidad de designado, contratado, nombrado, electo o de confianza los mismos que son empleados públicos y a quienes debemos considerara como funcionario o servidor público de la Administración publica

Toda conducta de un servidor público se encuentra bajo la observancia de los reglamentos y normativas. Por lo que la constitución política del estado señala cuales son las obligaciones de un servidor público.

2.2.2. La teoría del delito

El delito para las personas comunes en general, se entiende como el quebrantamiento malicioso de la norma jurídica, otras señalan que es la afectación o daño que una persona ocasiona a otras personas afectando los bienes jurídicos protegidos por ley ; sin embargo en términos de naturaleza jurídico penal y dogmático al delito lo entendemos como la acción , típica, antijurídica y culpable, consecuente con esta línea de pensamiento jurídico, el fiscal supremo Galvez Villegas T. señala que “el delito es la acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable; esto es, el

injusto penal (hecho típico y antijurídico) imputado o atribuido a su autor como su propio hecho (culpabilidad)⁽¹⁹⁾.

El penalista peruano Villavicencio Terreros F. indica que “La teoría del delito, se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta humana para ser imputada como un hecho punible”²⁰. En el contexto internacional el penalista Muñoz Conde F. citado por Peña Gonzales y otro define que la “Teoría del delito es un sistema de probabilidad que explican a partir de una determinada tendencia dogmática, como cuales son elementos que harán posible la aplicación o no de una consecuencia jurídica penal a una conducta humana”²¹, Roxin define al delito como “La acción, típica, antijurídica, culpable y las cuales debe cumplir otros presupuestos de punibilidad”²². Zaffaroni señala que “Es una conducta humana individualizada mediante el tipo que revela su prohibición (típica), la cual no se encuentra permitido por ninguna norma jurídica, es opuesto al orden jurídico y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable o culpable”²³.

Encuentra su desarrollo en la medida en que es la vía o método que permitirá establecer de forma práctica analizando los elementos que conforman la verdadera existencia del tipo penal en la comisión de un ilícito penal y la responsabilidad.

19 Gálvez Villegas., Tomás Aladino., Rojas León., Ricardo César. Derecho penal - Parte especial (Introducción a la Parte General). Lima -Perú: Editorial Jurista Editores; 2017. p. 182.

20 Villavicencio F. Derecho Penal - Parte General. Lima: Grijley; 2006. p. 223.

21 Muñoz Conde, Francisco y otro citado en Peña Gonzáles, Oscar; Almanza Altamirano, Frank. Teoría del delito - Manual Práctico para su aplicación en la teoría del caso. Lima: Editorial Nomos & Thesis; 2010. p.19.

22 Arro A. Manual de Derecho Penal. Lima, Perú: Editorial Aranzadi S.A; 1985. p. 45.

23 Arro A. Manual de Derecho Penal. Lima, Perú: Editorial Aranzadi S.A; 1985. p. 45.

En relación a ello, Zaffaroni señala que “la teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en proporcionar de la investigación si se constituye o no el delito en cada caso concreto”²⁴. Concordante con este planteamiento el penalista López hace referencia a que esta teoría permitirá de forma sistemática profunda indagar analizar y valorar la comisión del delito. Por ello, indica que “la teoría del delito es la parte principal del Derecho penal. Conocerla, incorporarse en ella, forma el mecanismo más adecuado para familiarizarse con el ilícito, regla fundamental del universo jurídico”²⁵.

En conclusión, podemos afirmar, que la utilización de la teoría del delito al momento de calificar la conducta, si corresponde al tipo penal, si es de naturaleza antijurídica, es ilícita permitirá establecer la responsabilidad de quien cometió el ilícito penal y por tanto se garantizara un procedimiento justo al establecer un ilícito penal, para luego aplicar la pena.

A. Estructura de la teoría del delito

1. Acción

La acción que viene a ser el elemento nuclear y sustantivo del delito considerado como la conducta humana y que es valorada por el derecho, en la medida que esta ha originado o no una

24 Zaffaroni R. Manual de Derecho Penal parte General, Buenos Aires, Argentina: Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera; 1991. p.333.

25 López E. Teoría del Delito. México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM; 1994. p.1.

transformación y si esta se corresponde con la legalidad o se ha quebrantado, el Jurista alemán Welzel considerado como el padre de la escuela finalista, citado por Peña Gonzáles y otro ⁽²⁶⁾ Villavicencio Terreros. F ⁽²⁷⁾. Considera que se entiende a este primer elemento de la teoría del delito, que la “Acción es la conducta humana voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo”. De la acción se estructura la imputación de un delito”. De la misma forma el jurista español Muñoz Conde. F al conceptualizar la acción en la teoría del delito indica que “La acción es conducta omisiva o activa voluntaria, que consiste en un movimiento de su organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo (Teoría de la causalidad). La posibilidad de cambio se da en los delitos frustrados como también en la tentativa. Si es involuntario (caso fortuito) u ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción se excluye del campo delictivo”²⁸.

2. Tipicidad

La tipicidad se entiende como la adecuación del tipo en la norma, es decir para configurar la existencia de un delito, luego de

26 Welzel, Hans citado en Peña Gonzáles, Oscar; Almanza Altamirano, Frank. Teoría del delito - Manual Práctico para su aplicación en la teoría del caso. Lima: Editorial Nomos & Thesis; 2010. p.102.

27 IBID (1) p. 261.

28 Muñoz F; García A.M. Derecho Penal parte General. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch; 2004. p. 214

haber analizado si la acción se corresponde. En conclusión, podemos señalar que la tipicidad siendo la adecuación del tipo, significa que si la conducta humana ha cumplido con la norma prohibitiva o no para calificar la misma como delito.

3. Antijuricidad

Villavicencio Terreros F “son aquellas que excluyen la antijuricidad, convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a derecho”²⁹.

“La antijuridicidad es la oposición del acto voluntario típico al ordenamiento jurídico. La condición de la antijuridicidad es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo. El homicidio se castiga sólo si es antijurídico, si se justifica como por un estado de necesidad como la legítima defensa, no es delito, ya que esas conductas dejan de ser antijurídicas aunque sean típicas”³⁰.

La antijuricidad es la conducta humana típica contraria a la norma penal, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos e intereses tutelados por el Derecho.

Despierta interés la tesis desarrollada por Günther Jakobs, en la cual distingue las causas de justificación específicamente en materia penal, pues reduce la pena por debajo del mínimo que exige

29 IBID (1) p. 530.

30 Muñoz F, Mercedes G. A. Derecho penal. Parte General. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch: 2002, p. 341.

el principio de proporcionalidad para ser legítima una sanción penal: impuesta la gravedad de la sanción penal, es importante y necesario que la conducta típica revista de alto grado de ilicitud, lo cual no es necesario tener en consideración para el derecho civil o administrativo. El resultado sería una conducta humana penalmente justificada, como podemos encontrar en el ámbito civil en el cual se debe indemnizar el daño causado de lo contrario subsiste. Frente a tales causas de justificación específicamente penal se deben distinguir, según la tesis de Günther Jakobs, las que tienen un carácter general porque extienden sus efectos a todo el ordenamiento jurídico (por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad).

4. Culpabilidad

El jurista peruano, Villavicencio Terreros F⁽³¹⁾, entiende que la “culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocibles en una determinada práctica social”. Asimismo los penalistas, Peña Gonzales y otro⁽³²⁾ señalan respecto de “la culpabilidad es el momento en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la circunstancia en que se

31 IBID (1) p. 565.

32 IBID (3) p. 210.

encuentra una persona imputable y responsable de un hecho. Es una relación de causa y efecto de la ética y psicológica entre un sujeto y su conducta”.

B. Clasificación de los delitos

El delito de acuerdo a la doctrina penal tiene un conjunto de clasificaciones, sin embargo, en el presente trabajo de investigación consideraremos solo una forma de clasificación específica que hace la distinción entre los delitos comunes y los delitos especiales cometidos en el ámbito penal.

- Delitos comunes

Dentro de los delitos comunes podemos considerar a los delitos o infracciones penales cometidos por los ciudadanos comunes, es decir, que para la comisión del mismo no se requiere condición o posición especial alguna, podemos mencionar dentro de este aspecto al delito de homicidio, robo, hurto, lesiones, tráfico ilícito de drogas, entre otros.

Este delito normalmente encuentra su fundamento en un conjunto de teorías que a lo largo de la historia han ido evolucionando, como la teoría objetiva, la teoría subjetiva y actualmente la teoría del dominio del hecho, la misma que desarrollamos a continuación.

La teoría del dominio del hecho como fundamento de los delitos comunes.

Esta teoría se sustenta fundamentalmente en el hecho de que el autor de la comisión delictiva y sujeto a imputación es la persona que realiza materialmente el delito, es decir, es la persona que tiene el señorío de la acción en la realización del delito. El penalista Welzel en 1939 dice que el autor se presenta como el señor de un hecho; “autor es el señor del hecho, donde él es el señor sobre la decisión y su ejecución quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es el señor sobre el hecho”³³.

- Los delitos especiales

Los delitos especiales consideramos a las personas que por su condición, situación o cargo cometen el ilícito penal, es decir, que para la comisión delictiva se requiere tener una condición especial y posición de garantía de la acción. En estos delitos la teoría que sustenta su fundamento es la teoría de infracción de deber, los que están comprendidos en los delitos contra la administración pública.

Conforme señala el maestro universitario, Reaño Peschiera, José Leandro citando a Quintero Olivares dice que “la división entre delitos comunes y delitos especiales es ya tradicional en la dogmática penal y surgió con base a la idea de que la autoría de

³³ Caro Jhon, José Antonio citando a Wenzel en Problemas Fundamentales De La Parte General Del Código Penal. Fondo editorial de PUCP-LIMA Primera Edición 2009 pg.89

ciertos delitos no pueden ser atribuidos a cualquier persona, sino solamente a sujetos que reúnen las características físicas o jurídicas descritas formalmente en los tipos legales de la parte especial”.³⁴ Asimismo “resulta categórico e importante citar a juristas españoles que sostienen, que mientras los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier sujeto, los delitos especiales solo pueden ser realizados por algunos sujetos”.³⁵

2.2.3. Teoría de infracción de deber

Esta teoría se sustenta básicamente en el hecho de que en la comisión de los delitos para su imputación la persona tiene que tener una condición especial, ya sea por razón de cargo o función, debido a que sus acciones se encuentran condicionados a ciertos instrumentos de gestión que norman su proceder en la administración pública, por tanto, resulta importante analizar el desarrollo de los juristas alemanes que han desarrollado al respecto la fundamentación teórica.

Teoría de los delitos de infracción de deber, según Roxin: al respecto señala Roxin la medula de los delitos de infracción de deber lo compone el deber especial del autor. El deber a que se refiere no es el deber de respetar la norma que afecta a las personas, sino por lo contrario a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previa al tipo

34 Reaño Peschiera, José Leandro en “Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias” citando a Quintero Olivares, en Jurista Editores EIRL Edición Enero dos mil diez pg 23

35 Berugo Gómez De La Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Gracia Rivas, Nicolás, Ferre Olive, Juan Carlos y Serrano Piedcasas, Juan Ramón. Lecciones de derecho penal. Parte general 2da ed. - Barcelona 1999, pg. 155.

y que son necesarias para su realización se refiere a deberes que se encuentra antes en el plano lógico a la norma del derecho penal y por lo usual se origina en otros ámbitos del derecho”³⁶

Teoría de los delitos de infracción de deber, según Jakobs: “la diferencia entre los delitos de infracción de deber y delitos de dominio se aclara mediante el criterio del ámbito de la competencia del autor. Según el cual toda persona convive bajo regímenes de normas por medio del cual debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de los deberes impuestos en la norma a través de la incorrecta administración del ámbito de competencial personal justifica su responsabilidad jurídico penal”.³⁷

2.2.4. Peculado

A. Etimología

El ilustre penalista Francisco Carrara indica que el “delito peculado en su terminología etimológica derivaba de la palabra pecus que significaba ganado o rebaño que es materia de fraude, y el llamado peculatus, que aparecía como un hurto de fondos públicos, así como Carmignani dice *que el ganado era considerado como la riqueza del Estado Romano*”³⁸. Asimismo, el catedrático de la Universidad Católica de Guayaquil, Zambrano Pasquel, Alfonso, citado a Guissepe

36 Caro Jhon, José Antonio citando a Roxin en Op. Cit; pp.92

37 Ibid

38 Carmignani, Giovanni. Elementos del Derecho Criminal. Traducción Forero Otero / Jorge Guerrero, Temis, 1979. pp. 494 y ss.

Maggiore dice que “el peculatus – de peculiari – significaba robar los caudales públicos tiene su origen también en la palabra pecunia que quiere decir dinero. Era la apropiación cometida por funcionario público o privado de los valores o dineros custodiados en las arcas públicas”³⁹.

B. Concepto

Se entiende genéricamente por peculado, la incorrecta diligencia de los caudales o efectos que les fueron confiados a los funcionarios en razón de su cargo para darle un fin distinto a lo establecido⁴⁰.

C. Elementos del Delito de Peculado

a. Relación funcional por razón del cargo.

Los bienes deben encontrarse bajo el dominio del sujeto activo en relación a sus deberes y atribuciones de su cargo, por lo tanto, hay una relación jurídica entre el sujeto y los caudales o efectos.

b. Percepción, administración y custodia.

El funcionario o servidor público obtendrá a través de tres formas la posesión de los bienes: Percepción (es la acción de

39 Zambrano Pasquel, Alfonso. Delitos contra la administración Pública. Delito de peculado Editorial Jurista de Editores EIRL. Primera Edición 2009. pg. 553.

40 Molina Rrubla, Carlos Mario. Delitos contra la administración pública. Tercera Edición. Santa Fé. Leyer 2000. P. 56

recepcionar), Administración (es el manejo de los bienes y conducción), Custodia (proteger, conservar y vigilar los bienes).

c. Modalidades delictivas

La norma penal prevé dos modalidades de apropiación que consiste en adueñarnos de los bienes que pertenecen al Estado y el de utilizar que consiste en el propósito de servirse de las bondades del bien sin tener el propósito de apoderarse o adueñarse de dicho bien.

d. Destinatario:

Para si o para otro. Es beneficiarse uno mismo coadyuvar para que se beneficie otro

e. Objeto material de la acción

Los caudales o efectos. Los caudales son bienes en general, muebles e inmuebles, de contenido económico, incluido el dinero y los valores negociables. Los efectos son objetos, documentos y símbolos con representación económica.

D. Bien jurídico

En cuanto se refiere al delito de peculado existen diversas teóricas que indican de que el bien jurídico protegido viene a ser de carácter patrimonial y otros contra la correcta administración pública,

muchos autores señalan que es de naturaleza pluriofensiva en la medida en que no solamente afecta un solo bien jurídico sino varios bienes jurídicos.

El jurista alemán sobre este punto dice, “Empezaremos señalando que el bien jurídico viene ser todas aquellas oportunidades dadas o finalidades que son útiles para el sujeto y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.⁴¹

Asimismo, el jurista Argentino respecto del peculado señala, "el bien protegido dice Donna, Alberto es, “La constitución es la norma que contiene las decisiones valorativas fundamentales para poder elaborar un concepto de bien jurídico, previo a la ley penal, que sea obligatoria para ella”.⁴²

La Corte Suprema al tratar el peculado se expresa en la jurisprudencia que señala que el delito de peculado es pluriofensivo y cuyo bien Jurídico se desdobra en dos objetos específicos de protección jurídica penal.⁴³

Del mismo modo de manera categórica la pluriofencividad del bien jurídico de peculado fue acogida por el acuerdo plenario N° 4-

41 Roxin, C. Derecho Penal. Parte General. Madrid: Editorial Civitas; 1997. pp.55-56

42 Donna, A. Teoría Del Delito y La Pena. Buenos Aires: Editorial Astella;1995 p.52

43 En la ejecutoria suprema del 19/8/2009 R.N. N° 2767-2008-Loreto Vocal Ponente: Arellano Serquen, Julia Eleyza Gaceta penal N°18, Gaceta Jurídica Lima diciembre 2010 pg. 203

2005⁴⁴, fundamento 6, donde señala que el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos dignos de ser protegidos jurídica penal:⁴⁵

- a) Asegurar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y
- b) Eludir el abuso de poder del que se allá ejecutando el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Otra clasificación es expresada por el Dr. Reyna Alfaro, considera que la doctrina permite identificar hasta cuatro diversas posiciones en torno al bien jurídico que el tipo penal de peculado protegería: ⁴⁶

- a) El patrimonio Público como bien jurídico protegido en el delito de peculado. Y también Abanto Vásquez defendiendo esta tesis sostiene que la construcción del tipo penal de peculado favorece una identificación de este orden, en la medida en que se utilizan elementos lingüísticos como “apropiación, uso individuos o “sustracción”, lo que expresa cierta tendencia a proteger el ámbito patrimonial de la administración pública.⁴⁷

44 Acuerdo Plenario N° 4-2005, Lima 30 setiembre del 2005

45 En Cáceres Julca, Roberto, El delito de peculado, Aspectos Sustantivos y Procesales. Editora IDEMSA. Primera Edición 2012 pg. 31. “esto es adoptado en la sentencia contra el congresista José Anaya “la conducta del encausado vulnera el normal desarrollo de la administración pública, así como también abuso del poder que ostentaba por su condición de congresista para quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad ocasionando con ello un perjuicio al Estado “ejecutoria suprema Sala Penal, AV 08-2008 de fecha 11 de febrero del 2011”.

46 Reyna Alfaro; Luis Miguel en Comentarios a los Presidentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema, el Delito de Peculado Doloso Editora Jurídica GRIJLEY Primera Edición 2008 pg.797-803

47 Abanto M. Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima: Editorial Palestra; 2001. p. 283-284

b) La lealtad en el ejercicio de la función pública y en la gestión de recursos públicos como bien jurídico protegido en el delito de peculado. Por otro lado, nuestros autores nacionales como Portocarrero Hidalgo y Hugo Álvarez siguiendo la posición del maestro italiano Antolisei quien sostiene que la protección penal en el delito peculado se encuentra fundamentalmente dirigida a favor de la probidad y corrección del funcionario público, aunque sin omitir la referencia al patrimonio estatal y el mantenimiento del destino original del bien⁴⁸ Portocarrero afirma siguiendo esta tesis “si viene cierto que con el peculado se afectado a los bienes patrimoniales del estado, también es verdad que el interés de éste, está en la probidad, honradez y fidelidad del funcionario o empleado público”⁴⁹.

Así mismo Hugo Álvarez sostiene que el delito peculado protege el normal, desarrollo de la función de los órganos del estado, en todos sus niveles de los tres poderes del Estado.⁵⁰

El acuerdo plenario N° 04-2005/Cj-116 desarrolla en su fundamento jurídico N| 6 la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de peculado partiendo de su identificación como delito pluriofensivo.

48 ANTOLISEI, Francesco, Manuale di Diritto penale, parte especial, 14ªed.,Giuffrè, Milano, 2003, T.II, p.297

49 Portocarrero J. Delitos Contra la Administración Pública. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero;1996 p.164

50 Hugo J. Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública. Lima: Editorial Gaceta Jurídica Lima; 2000. p.111

Siguiendo el esquema establecido respecto de la pluriofencividad que indica que el bien jurídico está formado por: el patrimonio público y la administración pública diremos:

El patrimonio público como bien jurídico protegido. Los partidarios de la doctrina que consideran que el bien jurídico es el patrimonio del Estado, como Muñoz Conde, cuando afirma que el Peculado tiene un carácter patrimonial evidente al incidir sobre fondos públicos lesionando los intereses patrimoniales del Estado. Y siguiendo con esta postura Querat Jiménez, J considera que el peculado por ser un delito contra el orden Socio-Económico, se afecta la hacienda pública, entendida como bien jurídico de carácter instrumental, se lesiona el gasto público.

Por lo que es conveniente entender el carácter patrimonial del bien jurídico de peculado, el mismo está estrechamente vinculado con la actuación del funcionario público en el ámbito de la administración pública.

Abanto Vázquez, defendiendo esta tesis sostiene, que la construcción del tipo penal de peculado favorece una identificación de este orden, en la medida en que se utilizan términos lingüísticos como “apropiación” “uso indebido” o “sustracción” lo que expresa cierta tendencia a proteger el ámbito patrimonial de la administración pública.

E. La Administración Pública como Aspecto el Bien Jurídico protegido por el Tipo Penal de Peculado

A pesar de la aceptación del componente patrimonial del peculado, la administración pública, concretamente la cualidad del funcionario público del autor y su específica relación respecto al objeto material del delito, los fondos públicos, son elementos que también fundamentan el injusto penal de este delito.⁵¹ Del mismo modo Suarez Montes, Rodrigo f, justifica la configuración legal del delito de peculado en la violación de un deber jurídico cuya infracción genera peligro o perjuicio efectivo al patrimonio público.⁵²

En estos delitos no solo el patrimonio es el bien jurídico protegido sino también los deberes de probidad y lealtad que el funcionario debe expresar en su función a la administración pública y cuya infracción genera el delito de peculado. Para mejor comprensión es conveniente fijar los puntos de vista dentro de la administración pública que son:

- La relación Administración Pública Ciudadano, en el cual se ubica como objeto de protección penal, a través del supuesto de hecho típico del peculado, al correcto funcionamiento de la Administración Pública. Considerando según Abanto Vásquez los ámbitos en relación a los funcionarios y la Administración pública. Un ámbito interno referente a la organización misma de la Administración

51 Roca Agapito, Luis Ob. Cit, pg 40

52 De La Mata Nolberto J / Etxebarria, XABIER; Ob, Cit,pg.66

(Deberes del Cargo) y Un ámbito externo donde los ciudadanos se relacionan con los ciudadanos realizando los fines establecidos en la ley (servicios Públicos) el derecho administrativo interviene en el ámbito interno y el derecho penal en el ámbito externo.⁵³

Rojas Vargas señala que se debe considerar los siguientes aspectos.⁵⁴

- Ejercicio de funciones y servicios públicos
- Cumplimiento de los deberes y de cargo
- Orden y normal desarrollo de la función y servicios públicos.
- Prestigio y dignidad de la función pública
- Probidad y honradez de los funcionarios o servidores públicos;
- Defensa del patrimonio estatal, de los símbolos y distintivos estatales.

F. Descripción típica del delito de peculado

El Art. 387. “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza de 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”.

53 Abanto Vásquez Ob .Cit pp.43

54 Rojas Vargas F. Delitos Contra la Administración Publica, segunda edición Grigley lima 2002, p 20.

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.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. En estos casos la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor a doce años

“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 menor de dos o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran a destinos asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos la pena privativa de libertad ser no menor de tres ni mayor de cinco años”.⁵⁵

G. Tipicidad objetiva

- Sujeto activo

Bacigalupo, Enrique señala que existen delitos en los cuales que solo pueden ser cometidos por un número limitado de personas quienes deben contar con características especiales requeridas por la

⁵⁵ Fidel Rojas Vargas Código penal, Dos décadas de jurisprudencia TOMO –III, texto vigente conforme al art. Único de la ley 29758 del 21 de julio del 2011 pg 228

ley para ser autor, se trata de los delitos que implica la violación de una norma especial.⁵⁶

- **Sujeto pasivo:**

Se considera al Estado por ser titular del bien jurídico que se afecta como consecuencia de la actuación ilícita de quienes se encargan de la percepción administración y custodios del patrimonio estatal y correcto uso en la administración pública. Esta condición es corroborada con la jurisprudencia que señala “Sujeto pasivo, que de otro lado, tratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo es el Estado y no los particulares o los funcionarios que tengan que ver con sus actos de función, en la medida que con las conductas previstas en el código penal se busca lograr el normal funcionamiento de la administración pública. (R.Nº 1766-2000-JUN-SENT., 22 de ene-2001, S.P en taller de dogmática penal de la UNMSM Jurisprudencia penal, Jurista lima 2005 ⁵⁷

En los delitos de peculado, el sujeto pasivo es el Estado y no una persona particular, ya que el bien tutelado es la correcta administración de justicia. (Ej. Supr; 5 de marzo de 1993)⁵⁸.

56 Bacigalupo Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2da ed. Hammurabi, Buenos aires: 1999. p.237

57 En Caro John, José Antonio, Diccionario de la Jurisprudencia Penal, Editora GRIJLEY E.I.R.L Lima -2007 pp448.

58 Rojjasi Pella, Carmen: Ejecutorias Supremas Penales, 1993-1996, Legrima, Lima 1993, pp. 241

- **Modalidad típica:**

Las formas establecidas en nuestro ordenamiento penal y que constituyen los verbos rectores son la apropiación y utilización.

- **En el Peculado por Apropiación**

La conducta humana del sujeto activo es la de apropiarse es decir despoja de la órbita de custodia que sobre el bien tiene el Estado que la administra con el fin de hacerlo propio o suyo.⁵⁹

Del mismo modo Peña Cabrera dice que “a través del acto de apropiación el sujeto activo se hace de la tenencia fáctica de bien, despojando del dominio de la custodia de la administración, el sujeto se encuentra en la probabilidad de desempeñar un nuevo dominus, sobre los efectos o caudales”.⁶⁰

- **En el Peculado por Utilización**

Conforme indica Cáceres Julca, Roberto El funcionario Público, actúa sin animus domini, es decir no actúa como dueño, sino con el ánimo de favorecerse del bien por el uso momentáneo, señalando que su finalidad se orienta a servirse de los beneficios que brindan los caudales o efectos, mediante su uso, obteniendo de ello para su provecho propio o para terceros. Pero esta modalidad no es aplicable sobre los bienes fungibles, es decir que se agotan

59 Frisancho Y Peña Cabrera Op. Cit pg 29

60 Peña Cabrera Ob Cit pg. 361

con el uso, como sucede con el dinero, donde incluso a pesar de su restitución se configurara el delito de peculado por utilización.⁶¹

El penalista Rojas Vargas, Fidel señala que se configura el peculado de utilización al usar o utilizar los caudales y efectos del Estado, la conducta de Utilizar no es más que aprovecharse de las utilidades que permite el bien, sin tener como fin apoderarse para sí o para otro. Hay ausencia de ánimo de dominio sobre el bien, solo se busca servirse del bien.⁶²

2.2.5. Teoría de la pena

Cuando nos referimos a la pena, “esta se asocia necesariamente al castigo que recibe una persona de parte del órgano jurisdiccional, ante la comisión de un hecho delictivo, conforme indica el jurista Rodríguez Devesa, conceptualmente la pena es privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional a quien ha cometido un delito”⁶³. En consecuencia, podemos afirmar que el ser humano para desarrollarse requiere vivir en un clima de paz y orden, con respeto a sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, cuando se quebranta y se afecta bienes jurídicos el estado tiene la capacidad de ejercer el ius puniendi (derecho de castigar) a quienes pongan en peligro, amenacen, violenten o quebranten los bienes jurídicos protegidos.

61 Cáceres Julca Op. Cit pg 43

62 Rojas F. Delitos Contra La Administración Pública. Lima: Editorial Grijley:2012. p254

63 Rodríguez M. Derecho Penal Español. Parte General. Segunda Edición. Pg. 343. 1976.

La pena en términos estrictamente literales se entiende como sentimientos que son asociados al sufrimiento, dolor y aflicción de los seres humanos.

En términos jurídicos se vincula al castigo que reciben, para lo cual los estudiosos de la ciencia penal han contribuido en generar una teoría que se denomina la “teoría de la pena” con la cual busca establecer una justificación a la realización del delito, lo cual podemos señalar que desde un inicio significó el castigo a la realización de un delito y luego se encontró determinada justificación que indicaba que la pena debía comprender la utilidad de la misma, en consecuencia ser de carácter preventivo, y resocializador. Consecuente con lo expresado nuestro título preliminar, en el Art. IX del C.P. indica que, “La pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora” por tanto, la responsabilidad del estado para expresar una política pública en beneficio de la persona humana que sirva de garantía y protección.

FINES DE LA PENA:

En este aspecto resulta ilustrativo señalar lo establecido en una jurisprudencia del Estado de Buenos Aires – Argentina, cuando señala “la pena es un procedimiento destinado a la consecución de un fin, con funciones que cumplir, para lo cual requiere de los medios indispensables para lograr la reeducación o resocialización del delincuente, ambas tendientes a obtener del sujeto la predisposición para motivarse conforme

a la norma a través del correcto manejo de su libertad; o sea de su autodeterminación”.⁶⁴

CLASES DE PENAS:

Las penas establecidas en nuestro Código Penal de acuerdo al artículo 28, las penas a considerar son las siguientes:

- Pena privativa de libertad.
- Pena restrictiva de la libertad.
- Pena limitativa de derechos.
- Penas de multa.

TEORÍAS DE LA PENA:

A. Teorías absolutas

La teoría absoluta o de la reciprocidad viene a ser una corriente penal, que se aplicó en la época del pensamiento clásico penal alemán, que indicaba que todo delito tenía necesariamente que merecer una pena o una sanción, entonces significaba que la persona que cometía un delito debía ser necesariamente sancionada, en otras palabras el Estado al aplicar la sanción cumplía las exigencias de la sociedad, es decir, el castigo se podía entender como respuesta de venganza frente al delito, lo que comúnmente se denominaba, coloquialmente en circuitos académicos jurídicos como la *Ley del Taleón*, es decir, el

⁶⁴ Primera Cámara del Crimen. 06/04/89. En: Zaffaroni, E. & Bagún, D. [2002]. Código Penal. Buenos Aires. Hammurabi. P. 142.

“ojo por ojo, diente por diente” así el jurista Jescheck ⁽⁶⁵⁾, señala esta teoría se basa en el reconocimiento del Estado como un vigilante de la justicia y las nociones morales, en la habilidad de la persona para autodeterminarse, y en el límite de la función estatal a la protección de la libertad individual”. En consecuencia, la respuesta era más de naturaleza moral y aspiración de justicia.

Los filósofos que tuvieron trascendencia al abordar este tema fueron, Kant y Hegel, quienes señalaron lo siguiente:

Para Hegel la pena es la negación de la negación del derecho. Podríamos señalar que este autor concibe a la pena como una reacción, un medio que restablece el orden jurídico sin lograr obtener fines utilitarios posteriores.

Kant, refiere que “la conducta debe ser moral, y será cuando responde a un deber de consciencia. Así mismo considera que la pena es obligatorio categórico o una orden de la justicia incondicional que imponen determinadas conductas y están libres de cualquier consideración final. Concentra lo imperativo categórico de la siguiente manera obras según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal y nunca debe tratarse nadie así mismo ni a los demás como simple medio sino como fin en sí mismo”.⁶⁶

65 Jescheck, Hans - Heinrich citado en Villavicencio Terreros, Felipe A. Derecho Penal - Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2006. p. 47.

66 Villavicencio F. Derecho Penal parte General. Lima Perú: Editorial Grijley E.I.R.L: 2007. p.50

La utilidad de la pena de acuerdo esta teoría es únicamente el hecho del establecimiento de un orden en la sociedad y que se sustenta en contenidos de naturaleza moral, ética y de justicia, que de no aplicarse originaria una contaminación del mal en nuestra sociedad.

La crítica a esta teoría se sustenta fundamentalmente en la ausencia de utilidad que debe tener la pena, y no resultando ser el medio más idóneo para combatir la criminalidad, en consecuencia, podría cometerse un conjunto de injusticias.

B. Teorías relativas o de la prevención

Dentro de las teorías relativas podemos mencionar que, son teorías sustentadas en la filosofía de la ilustración, encuentran su justificación en la medida en que el derecho de castigar que tiene el Estado no debe sustentarse fundamentalmente como venganza de parte del agraviado que, sino la pena tiene que encontrar un motivo o justificación y sobre todo la utilidad que tiene, es decir, la eficacia y la capacidad de aplicarse para combatir la delincuencia o el delito.

Es pertinente citar para un mejor entendimiento al jurista, Cerezo Mir ⁶⁷, mientras que “las teorías absolutas buscan solo el sentido de la pena en la imposición de la justicia, sin tomar en cuenta los fines de utilidad social, las teorías de la prevención asignan a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger

⁶⁷ Cerezo Mir, José citado en Villavicencio Terreros, Felipe A. Derecho Penal - Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2006. p. 54.

determinados intereses sociales, por otra parte; asimismo, Bustos Hormazabal⁶⁸, sostiene que “la teoría relativa está fundamentada en razones ideológicas de índole humanitaria, utilitaria, racional y social debido a apuestan por el hombre que ha delinquido, en busca de su educación y capacitación por medio de una adecuada actuación pedagógica social, hacia él. Asimismo, en la presente clasificación, esta teoría conocida como la de prevención, se presenta una clasificación, realizada por Anselm Von Feuerbach”⁶⁹.

Se puede afirmar que la teoría relativa enfoca su interés fundamentalmente, en la utilidad social, es decir, un carácter preventivo de la pena, adelantándose y enviando un mensaje a la sociedad para que eviten cometer delito.

Finalmente podemos señalar que dentro de la teoría relativa estos se dividen en: teoría de prevención general y teoría de prevención especial.

a. Prevención General

Podemos afirmar que la prevención general conforme señalaba Feuerbach lo que busca es, intimidar o coaccionar psicológicamente a efectos de que las personas no cometan delito y en consecuencia lo que se busca es mandar un mensaje a la

68 Hormazabal Malareé, Hernán y otro citado en Villavicencio Terreros, Felipe A. Derecho Penal - Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2006. p. 55.

69 Feuerbach, Paul Johann Anselm citado en Villavicencio Terreros, Felipe A. Derecho Penal - Parte General. Editorial Grijley. Lima. 2006. p. 55.

colectividad a través de las normas jurídicas penales, para que las personas se abstengan de cometer delito y de hacerlo conocen cual es la sanción.

En ese sentido señala Roxin: "...el punto de partida tiene de modo totalmente general una tendencia al terror estatal. Pues busca intimidar mediante la pena, tendrá a afianzar este efecto castigando al sujeto lo más duro que sea posible"⁷⁰.

Algunas características que han quedado establecidas en la doctrina sobre la prevención general, son los siguientes:

- Primero, la pena contenida en la ley, estableciendo las conductas prohibitivas, ejemplo, "el que mata a otro ..., será sancionado con una pena de 6 a 20 años."
- Segundo, la sentencia establecida genera una intimidación.
- Tercero, el delincuente sancionado es ejemplo en otros para que otros tengan la advertencia de no cometer delito.

a.1. Prevención General Negativa

A principios del siglo XIX, Feuerbach fue el impulsor de la prevención general negativa, para quien "la pena posterior a la perpetración del delito, es insuficiente para prevenir delitos.

70 Villavicencio F. Derecho Penal parte General. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2007. p.51.

De ahí que puso énfasis en la necesidad de una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito”⁷¹.

Von Feuerbach hace referencia a “la conminación de la pena en la ley”, tiene objeto la intimidar a todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas, y halla en ella en la prevención general a través de la coacción psicológica”⁷².

Este autor considera que “el fundamento jurídico de la conminación legal reside en la concordancia de la misma con la libertad jurídica del conminado, se tiene la necesidad de salvaguardar los derechos de todos, razón por la cual Estado se encuentra obligado a conminar penalmente; y el origen jurídico de la pena es la previa conminación legal”⁷³.

a.2. La Prevención General Positiva

Por prevención general positiva podemos entender como el respeto a la normatividad y el estado de derecho lo cual es afirmado por algunos juristas cuando indican de que se tiene que preservar los valores que fundamentan a la norma jurídica y fundamentalmente el respeto que se debe tener a la misma, lo cual significa que todos las personas debemos preservar y respetar el orden social y la del ser humano, lo que

71 Villavicencio F. Derecho Penal parte General. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2007. p.57.

72 Villavicencio F. Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L: 2007. p. 57.

73 Villavicencio F. Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L: 2007. p. 27.

significa finalmente el respeto a la normatividad vigente, conforme afirma Roxin, por su parte anota que esta “teoría abarca tres distintos efectos: efecto de aprendizaje, por el que el Derecho penal pone a la vista las reglas sociales básicas, cuya violación no puede aceptarse; el efecto de confianza, que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se ha impuesto; y, el efecto de pacificación, que se produce cuando un quebrantamiento criminal del Derecho es resuelto mediante la intervención estatal y se restablece la paz jurídica”⁷⁴.

b. Prevención Especial o Individual

Cuando hablamos de prevención especial nos referimos a que la persona que pudo cometer delito, tiene la posibilidad de recuperarse y el estado darle la oportunidad a través de la implementación de políticas públicas que indiquen su reinserción a la sociedad, es decir, que quien ha cometido un delito puede ser susceptible de rehabilitación a cargo de personal especializado que trabaje aspectos criminológicos, en consecuencia, “La prevención especial se diferencia de la general, porque esta actúa no en el momento de la conminación legal, sino se concentra en la ejecución e imposición de las penas”⁷⁵.

74 Villavicencio F. Derecho Penal parte General. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2007. p.60.

75 Villavicencio F. Derecho Penal parte General. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2007. p. 61.

Uno de los juristas alemanes de significación fue Von Liszt indica que” con criterios de prevención especial, debe imponerse a los delincuentes para su resocialización y a quienes son susceptibles de reeducación, para intimidar y neutralizar a los incorregibles”⁷⁶.

La prevención especial es considerada como una teoría que en cierta forma justifica eventualmente la realización de un acto delictivo y por tanto el delincuente es considerado como un ser que motivado por factores diversos debe ser tratado y por tanto, en cierta forma se cosifica al delincuente para ser materia de experimento vulnerando su condición humana.

b.1. Prevención Especial Positiva o Ideológica (Ferri, Von List y Ancel):

La prevención especial positiva entiende que el que cometió delito tiene la posibilidad de lo que en la ciencia penal se denomina resocializarse, rehabilitarse y reintegrarse a la sociedad en consecuencia resulta importante este planteamiento a diferencia de la prevención especial negativa que experimento o cosifica al ser humano dándole la oportunidad de reinsertarse a la sociedad, conforme señala Roder, “ a la pena se designa el fin de mejorar la conducta

76 Idém. p. 65.

humana para alcanzar el progreso ético de la sociedad y de la humanidad⁷⁷.

C. Teorías mixtas

Cuando hablamos de las teorías mixtas o de la unión nos estamos refiriendo a la utilización o combinación que se da entre la teoría absolutas con las teorías relativas. Es decir, de que la persona que comete un delito necesariamente requiere de una sanción (Teoría absoluta), en consecuencia, se tiene en cuenta la culpabilidad del autor de un delito; conforme señala el jurista nacional Villavicencio Terreros F⁽⁷⁸⁾ al comentar el tema dice: La teoría mixta reúne en la pena las cualidades de que las teorías anteriores consideraban necesarias: Reconocen a la pena como útil y justa. Consideran que la pena debe sancionar teniendo en cuenta la culpabilidad y la pena debe ser proporcional con respecto al hecho delictivo alcanzando la justicia y a la vez prevenir la comisión de nuevos delitos llegando a alcanzar así a la utilidad de la pena.

Muchos juristas refieren que la teoría de la unión es de naturaleza plurifinalista, ya que tiene un carácter retributivo, preventivo, especial y preventivo general en el análisis de la pena interviene. Conforme cita Villavicencio Terreros F: **“La teoría diferenciadora de Schmidhauser** señala que la finalidad de la pena

77 Villavicencio F. Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Editorial Grijiley E.I.R.L; 2007. p. 65.

78 IBID (27) p. 65.

es la prevención general, que busca frustrar la ejecución de delitos hasta donde le sea posible para poder mantener la convivencia social, a la pena no lo ve como un medio para evitar todo delito pues resulta imposible”⁷⁹.

Reforzando este criterio el jurista Alemán Roxin indica que esta teoría articula en todo caso la teoría absoluta y preventiva e indica en su **“Teoría unificadora dialéctica de Roxin”**, que “se justifica las normas penales cuando tienen como fin proteger la libertad individual y busca un orden social que está a su servicio”⁸⁰.

Roxin señala que la pena se manifiesta en tres momentos: la primera fase la pena en el Derecho penal tiene la función de salvaguardar los bienes jurídicos y el cumplimiento de las prestaciones públicas es la Amenaza en la conminación penal su fin es de pura prevención general. Así, la función que la pena asume en el Derecho Penal es asegurar los bienes jurídicos y el cumplimiento de prestaciones públicas, la segunda fase se impone la pena para confirmar la gravedad de la amenaza legal, la cual no debe sobrepasar la culpabilidad del autor. Y la tercera fase como forma de la prevención especial se utiliza la ejecución de la pena para la resocialización del delincuente.

79 Villavicencio F. Derecho Penal parte General. Lima, Perú: Editorial Grijiley E.I.R.L; 2007. p. 66

80 Villavicencio F. Derecho Penal parte General. Lima, Perú: Editorial Grijiley E.I.R.L; 2007. p. 66

2.2.6. El principio de proporcionalidad en el sistema constitucional peruano

El principio de proporcionalidad está establecido en la Constitución del Estado específicamente en el artículo 200° en su último párrafo, en el que ordena que el órgano jurisdiccional valore los principios de proporcionalidad y razonabilidad al asumir una decisión. La Constitución Política del Estado, establece que la dignidad del ser humano es el fin supremo de la sociedad y por consiguiente todas las personas y el estado tienen la obligación de respetar, protegerla, y en consecuencia, el principio de proporcionalidad estrecha vinculación con los artículos que norma los derechos fundamentales.

El procesalista en materia penal, Ore Guardia .A indica que el principio de proporcionalidad “es el presupuesto para la imposición de la prisión provisional de un Estado de Derecho y busca conseguir una solución al conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz”⁸¹

Asimismo los juristas peruanos también se manifiestan indicando que el principio de proporcionalidad será admisible constitucionalmente en la intervención o limitación en los derechos y libertades fundamentales la cual sea necesaria y adecuada para alcanzar la finalidad perseguida por el legislador que debe estar justificada

81 Arsenio Ore Guardia. Trabajo presentado el día 18 de mayo del 2006 en el evento denominado “Derecho Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” habiéndose realizado el 10 de setiembre del 2010.

constitucionalmente, teniendo en cuenta que la intromisión se encuentra en una razonable relación con la finalidad perseguida”⁸².

Sánchez R. “El principio de proporcionalidad, que también es conocido como *proporcionalidad de injerencia*, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, “es un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales”⁸³.

Igualmente el jurista Castillo Córdova entiende “el principio de proporcionalidad como, una herramienta de interpretación que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales”⁸⁴. Por lo que el principio de proporcionalidad es un elemento fundamental que debe ser considerado siempre por el órgano

82 Peña Gonzales Oscar & Almanza Altamirano Frank. Diccionario Procesal Penal Acusatorio. Definiciones Sobre la Base De La Doctrina, De La Jurisprudencia y de la Legislación. Editorial APECC. Primera Edición 2012. Pág.208.

83 Sánchez R. El principio de Proporcionalidad. México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas; 2014. p. 83.

84 Castillo L. El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. Trujillo, Perú: Editorial Normas Legales; 2004. p. 3.

jurisdiccional y los operadores de justicia al expresar sus resoluciones y decisiones, ya que está en tela de juicio la situación de la persona.

LOS SUB PRINCIPIOS O TEST DE PROPORCIONALIDAD

a) Examen o Test de Idoneidad o Adecuación

Según el Tribunal Constitucional la idoneidad es la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin (Clericó 2000) (...)” (Expediente N° 00045-2004-PI/TC. f.j. 38).

b) Examen o Test de Necesidad

Señala el Tribunal Constitucional:

(...) para que una intervención en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que deduce una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Por ello, debemos analizar las medidas que el legislador tendría la posibilidad de utilizar y elegir la más benigna para el ejercicio derecho fundamental, este principio tiene por finalidad intervenir en lo mínimo en el derecho fundamental. (Expediente N° 0030-2004-AI/TC F.j. 6).

c) Examen o Test de Proporcionalidad Estricta o Juicio de Ponderación

Condiciona que la intervención del principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales o la afectación de estas para que obtenga legitimidad constitucional deben satisfacer de igual manera al grado de afectación del derecho fundamental.

El juicio de ponderación busca resolver los conflictos entre principios, es decir cuando uno invade la esfera del otro o exista intromisión de un principio al otro principio. Solo se justificará la intervención de un principio por parte de otro cuando queda restituido el equilibrio jurídico. Para la ponderación de los principios debemos tener en cuenta en primer lugar comprobar el perjuicio del principio que estaría siendo dañado, en segundo lugar, comprobar la importancia de la ejecución del principio contrario y en tercer lugar se debe evaluar si la importancia de la ejecución del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro; de tal forma de no incurrir en un sacrificio innecesario.

2.2.7. Principio de proporcionalidad en el derecho penal

El poder punitivo del Estado (*ius puniendi*) se manifiesta en materia penal con sanciones a las conductas previamente que están reconocidas como delictivas. Es por ello que en materia penal se suele hablar del principio de proporcionalidad de la pena. Incluso el Tribunal

Constitucional peruano se ha pronunciado señalando que “el principio de proporcionalidad tiene una especial importancia en el ámbito de la determinación de las penas, porque actúa de diferentes maneras, en la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa penitenciaria de la pena”⁸⁵.

2.2.8. El principio de culpabilidad

A. Concepto

Artur Kaufmann señala que “El principio de culpabilidad, es decir, el principio de que no hay pena sin culpabilidad y de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, en un principio fundamental del derecho penal moderno”.⁸⁶

Niklas Luhmann y Otros refieren que “En virtud a este principio ninguna acción conminada con una pena puede considerarse delito si el partícipe no es individualmente reprochable por esa conducta. A veces se anuncia como nulla poena sine culpa.”⁸⁷

Este pensamiento se encuentra en la Ley romana de las doce tablas que señala que “El principio de culpabilidad significa que la

85 Castillo C.L. El principio de oportunidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. Repositorio Institucional PIRHUA [en línea]. 2004. [fecha de acceso 16 de enero de 2018]; disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1

86 Mir J.C. Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L.; 2006. p. 850.

87 Luhmann. N y Otros. Teoría de Sistemas y Derecho Penal Fundamentos y Posibilidad de Aplicación. Lima, Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L.; 2007. p. 344.

pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que el autor le puede ser reprochado personalmente el hecho”.⁸⁸

“Del Principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el resultado)”.⁸⁹

Podemos hacer referencia por el principio de culpabilidad, que la pena no debe aplicarse al autor por el solo resultado lesivo, sino porque al sujeto se le puede atribuírsele el suceso lesivo como un hecho suyo.

De igual modo este principio se encuentra recocado en nuestro Código Penal Peruano en el artículo VII del Título Preliminar cuyo artículo exige que, para la imposición de una pena, la responsabilidad penal del autor. También en este artículo se puede advertir que utiliza el termino responsabilidad y que el legislador habría optado por este término a fin de evitar que el empleo del termino culpabilidad se asocie con las teorías retribucionistas de la pena.

Por lo que podemos señalar que este principio nos hace denotar que se necesita una vinculación del hecho con el actor, además esta vinculación tiene un límite que es el principio de proporcionalidad la cual se encuentra regulado en el artículo. VII del Título Preliminar del

88 Mommsen, Romisches. Acerca del Derecho Griego.p.85.

89 Heinrich H. y Weigend. T. Tratado de Derecho Penal Parte General. Berlin, Alemania: Editorial Pacifico Editores S.A.C; 2014. p.34.

Código Penal el cual indica que debe sancionarse en función a la gravedad del injusto cometido.

B. Función del Principio de Culpabilidad

Asimismo, podemos aludir que el principio de culpabilidad tiene una función delimitadora, ya que la pena debe ser contraprestación por la infracción culpable del derecho, porque solo así alcanzaremos con justicia la finalidad de proteger la sociedad, a fin de salvaguardar una adecuada proporción de culpabilidad y de la pena que prohíba desviaciones excesivas.

C. Las Consecuencias del principio de culpabilidad:

Que no hay responsabilidad objetiva o por el mero resultado.

La producción de resultado determinado lesivo para los bienes jurídicos no es elemento suficiente para que el sujeto que produjo el resultado pueda ser sancionado con una pena, es necesario que mínimamente, que el sujeto o autor haya querido el resultado es decir lo haya causado con dolo o caso contrario haya sido previsible para el autor es decir causado por culpa.

La jurisprudencia peruana se ha pronunciado respecto al error de tipo advirtiendo que en el Código Penal en su numeral VII del Título Preliminar ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado , razón por la cual que para imponer una sanción penal es indispensable que el proceso quede debidamente

acreditado que el autor haya actuado con dolo es decir haya querido causar la lesión que se le imputa y en el caso de los delitos culposos , que este haya podido prever o evitar el resultado (culpa).

Que la Responsabilidad es por el Acto y no por el Autor.

La pena al aplicar corresponderá a la acción infractora de la norma y no con la personalidad del agente o su forma de vivir.

El derecho penal de acto se refiere que el sistema punitivo se activa solo a partir y como consecuencia de la comisión. Una vez comprobado y precisado el acto servirá de referencia para poder determinar el grado de responsabilidad del autor.

Que la culpabilidad es la Medida de la Pena.

Desde principio debe servir la culpabilidad para la medida de la pena y para la individualización de la pena. Debemos tener en cuenta que la pena no puede ser mayor a la culpabilidad del sujeto. El principio de culpabilidad tiene una gran relevancia para poder graduar la magnitud y la escala de la pena a imponerse al sujeto activo de conformidad al artículo 46 del código penal.

2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS O TÉRMINOS

- **Administración**

“Es el manejo y conducción de los caudales y efectos que le fueron confiados al funcionario o servidor. Aquí hay participación de las reglas civiles para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración Pública, sean de estatales o de particulares .Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judiciales nombrados, etc.”⁹⁰

- **Antijuricidad**

Es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho⁹¹.

- **Apropiar**

Es ejercer actos de disposición “Uti Dominios, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de la disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, en este caso no es otro que la misma administración⁹² .

90 Idem. p. 556

91 Peña O, Almanza F. Teoría del Delito Manual Práctico Para su Aplicación en la Teoría del Caso. Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L; p.175.

92 Peña Cabrera Freyre C. Derecho Penal Parte Especial. Perú: Moreno. S.A; 2010. pg.354.

- Culpabilidad

Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable⁹³.

- Custodia

Acarrea la debida protección, conservación y vigilancia por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos⁹⁴.

- Delito

Acción (en sentido genérico, comprensivo tanto de la comisión como de la omisión) antijurídica, típica y culpable sancionada con una pena⁹⁵.

- Delito de Peculado

Conducta humana delictiva donde solo puede ser autor un funcionario público o servidor público en pleno ejercicio de su actuación funcional, quién beneficiándose indebidamente de su posición de custodio de caudales o efectos de propiedad del estado, se apropia de los mismos, para luego trasladarlos de la esfera de la administración y así ejercer un nuevo dominio sobre los caudales o efectos⁹⁶.

93 Peña O, Almanza F. Teoría del Delito Manual Práctico Para su Aplicación en la Teoría del Caso. Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.; p.211.

94 Nolasco J, Alanya É. Op. Cit. p. 556.

95 Arro de las Heras A. Manual de Derecho Penal. Lima, Perú: Editorial Aranzadi S.A; 1985. p. 45.

96 Peña C. Derecho Penal Parte Especial. Lima, Perú: Editorial Moreno. S.A; 2010. p. 337.

- Pena

Es la sanción consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, hallado como responsable de la comisión de un hecho punible, y a causa de dicha infracción.⁹⁷

- Tipicidad

El delito solo puede ser una conducta que se corresponde con un tipo penal claramente formulado. Lo definitivo es señalar que no hay delito sin tipo legal: es decir, que bajo la conminación penal solo caen aquellas acciones formuladas claramente en especies de delitos definidos por el derecho positivo como el homicidio, el robo o la estafa.

- Función Pública

Es considerado como aquella actividad jurídica y material que compete realizar a los órganos estatales, ejerciendo el poder estatal soberano con el objeto de lograr los fines del Estado⁹⁸.

- Principio de proporcionalidad

Principio de carácter constitucional el cual permite medir, controlar y determinar las intervenciones directas o indirectas de los poderes públicos

97 Cavo M, Vives A. T. Derecho Penal Parte General. Valencia: 5a ed. Editorial Tirant lo Blanch; 1999. p.797.

98 Hugo J. Delitos Cometidos Por Particulares Contra La Administración Pública. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A; 2000. p.16.

como de los particulares, sobre los derechos de la persona humana las cuales responden a reglas de adecuación, necesidad, beneficio y equilibrio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean concordantes con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta de interpretación la cual permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales⁹⁹.

- Utilizar

Es beneficiarse de las bondades que permiten los caudales y efectos sin tener la finalidad de apoderarse para sí o para un tercero. Existe ausencia aquí el ánimo de dominio, sino solo el de servirse del bien¹⁰⁰.

- Percepción

Es la acción de captar o recibir caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita, que ingresan o pasan a integrar el patrimonio estatal en calidad de bienes públicos. El tipo penal no exige que la propiedad sea pública o estatal de los bienes, partiendo de la posesión de garante ejercida a través de sus representantes que asume el estado, podemos considerar susceptibles de peculado tanto a los bienes que se incorporan, sea cual fuere

99 Blog de Orlando Becerra Suarez – En la Página – <http://blog.pucp.edu.pe/item/153242/el-principio-de-proporcionalidad>

100 Nolasco J, Alanya É. Delitos Contra la Administración Pública. Perú: ARA Editores E.I.R.L; 2013.Tomo I. pg.557

la fuente productora, también a los que temporalmente se hallen bajo disponibilidad jurídica. Perciben caudales los funcionarios cuando el Estado les asigna en razón de su cargo, como los que recaudan rentas, contribuciones e impuestos que ingresan a los fondos fiscales¹⁰¹.

- Relación Funcional por razón del cargo

Los bienes deben hallarse en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo, por tanto hay una vinculación jurídica entre el sujeto y los bienes¹⁰².

101 Nolasco J, Alanya É. Delitos Contra la Administración Pública. Lima, Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L; 2013. p. 556.

102 Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos [en línea]. Academia de la Magistratura; [fecha de acceso 14 de febrero de 2017]. disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/tema_dere_pen_espe/capituloVII.pdf

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

A. Métodos Generales de la Investigación:

- Método Inductivo – Deductivo

Como dice Bacon F. “la inducción (proceso de partir de lo particular a lo general) se utiliza en el planteamiento de principios o leyes generales en función de hechos particulares, como son los resultados de las observaciones y los experimentos”¹⁰³.

Según Noguera I “El método deductivo parte de principios generales para tratar de conocer o explicar fenómenos particulares, está se basa en principios o leyes generales, para la comprobación o descubrimiento de nuevas verdades”¹⁰⁴.

En la presente investigación se utilizara el método inductivo - deductivo, porque para el estudio se tendrá en consideración los hechos concretos de cómo se viene resolviéndose el delito de peculado en su modalidad de apropiación y utilización, para valorar si están aplicando en forma correcta la pena en las dos modalidades: apropiación y utilización, aunque en la práctica tienen resultados distintos, por otro lado, se realizara

103 Solís A. Metodología de la Investigación Jurídica Social. Lima, Perú: Editorial B y V Distribuidores; 2008. p. 82

104 Noguera I. Guía para Elaborar una Tesis de Derecho. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2014. p. 74

el estudio de como viene siendo regulado en nuestra legislación, como los jueces vienen resolviendo y cuál es el tratamiento que le da la doctrina.

- Método Comparativo

Noguera I señala que “El método comparativo nace cuando una persona observa científicamente nuevos horizontes por sobre su propia realidad y de esta manera obtiene conocimientos a partir de la contrastación entre ambas”¹⁰⁵.

Se utilizó este método a fin de comparar el delito de peculado en su modalidad de apropiación y por otro lado en su modalidad de utilización para ver si revisten de igual, similar, idénticos o diferentes contenidos de ilicitud las modalidades antes mencionadas, a fin de salvaguardar el derecho de propiedad del ente público.

B. Métodos Particulares De La Investigación:

- Método Sistemático.

Para Ramos C “Este método de interpretación consiste en determinar qué quiere decir una norma, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor en otras normas, pero que no están claramente expresados en el texto normativo que se quiere interpretar. De manera que

105 Noguera I. Guía para Elaborar una Tesis de Derecho. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2014. p. 79

para alcanzar una más acabada comprensión de la norma examinada se buscan otras normas en el interior de un sistema legal determinado”¹⁰⁶.

El presente método permitirá una interpretación de la norma que regula el delito de Peculado en su modalidad de Apropiación y Utilización, teniendo en consideración su análisis e interpretación en forma integral es decir por un lado la normatividad penal, constitución política y la doctrina, para comprender con mayor precisión la afectación hacia los caudales y efectos administrados por el Estado.

3.2. DISEÑO METODOLÓGICO:

3.2.1. Tipo y Nivel de Investigación

La presente investigación es de tipo **Básico, Jurídico Social, Transversal**, porque Para Solís A “este tipo de investigación predominan fundamentalmente las razones intelectuales o cognoscitivas, orientadas por el deseo de saber por el saber. En otros términos, se pretende conocer por la pura satisfacción del conocimiento o comprensión del objeto de estudio. Es una tendencia de investigación que poco o nada se preocupa de que los hallazgos del mismo tengan una aplicación práctica”¹⁰⁷.

El tipo de investigación que se desarrollara es de tipo básica en razón que revisara las teorías y el aspecto fáctico del contexto de estudio,

106 Ramos C. *Cómo Hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento*. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L.; 2014. p.164.

107 Solís A. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima, Perú: Editorial B y V Distribuidores; 2008. p. 92

para que una vez recopilado la información se pueda incorporar con nuevos conocimientos al derecho penal.

Jurídico Social

“La investigación jurídico – social o socio jurídica, el objeto de estudio está constituido por la interrelación que ocurre entre la realidad social y la realidad normativa. Esto significa que en esta investigación, el objeto de estudio está dado por fenómenos sociales que se generan en la interacción que existe, entre la realidad empírico social y el universo normativo”¹⁰⁸.

En el mundo del Derecho, existen temas polémicos que merecen una dedicación exclusiva por parte de los juristas, doctrinarios y toda la comunidad jurídica en general, para tratar de buscar una solución práctica a la problemática. Uno de esos temas polémicos son los que derivan de la aplicación de una misma pena a dos conductas delictivas distintas como es en el delito de peculado en sus modalidades de apropiación y utilización se sancionan con una misma pena a estas dos modalidades.

Y el **Nivel de la Investigación**, es de carácter Explicativa; Noguera I refiere que “el estudio explicativo va más allá de la descripción de los conceptos. Es un estudio que responde a las causas de los eventos. Es por eso que se afirma que se centra en explicar las preguntas: ¿Por qué

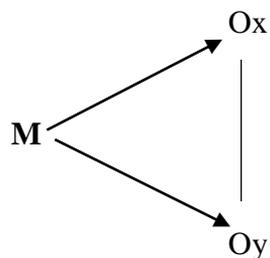
108 Solís A. Metodología de la Investigación Jurídico Social. Lima, Perú: Editorial B y V Distribuidores; 2008. p. 58.

ocurrió un hecho? Y ¿En qué condiciones ocurrió el fenómeno de estudio?”¹⁰⁹

Explicará si el delito de malversación de fondos públicos en la forma de malversación y uso debe estar sujeto a las mismas penas; y estudiará la protección de los bienes legales contra la malversación. No hay consenso en esta teoría, porque para algunos autores, los bienes legales Es una función apropiada del gobierno, mientras que, para otros autores, los bienes legales son patrimonio público

3.2.2. Diseño de la Investigación

La presente investigación tiene el diseño **No Experimental Transversal**



Donde:

M = Observación de la muestra de estudio según las variables.

O x, Oy = Resultados del estudio de las variables en la muestra de estudio.

109 Noguera I. Guía para Elaborar una Tesis de Derecho. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2014. p. 58.

3.2.3. Población y Muestra de investigación:

A. Población

La población está constituida por 30 profesionales del derecho ligado o especializado en materia penal entre jueces, fiscales y abogados.

B. Muestra

Estará representada por 30 profesionales del derecho entre jueces, fiscales y abogados, para determinar la muestra se utilizó el tipo de muestreo no probabilístico, tal como lo señala Hernández R, Fernández C, Baptista M “las muestra no probabilísticos, también llamadas muestras dirigidas, suponen un procedimiento de selección informal. Se utilizan en diversas investigaciones cuantitativas y cualitativas. Seleccionan individuos o casos *típicos* sin intentar que sean representativos de una población determinada”¹¹⁰

El tipo de muestreo que se utilizara es no probabilístico en razón que se trabajará solo tomando una encuesta a 30 profesionales entre jueces, fiscales y abogados, porque no todos son especialistas en derecho penal en la ciudad de Huancayo.

¹¹⁰ Hernández R, Fernández C, Baptista M. Metodología de la Investigación. 5a. ed. México: Mc Graq Hill; 2010. p.189.

C. Técnicas de Muestreo

Muestreo No Probabilístico Intencional.

Porque no todos los jueces, fiscales y abogados son especialistas en derecho penal, por otro lado, lo que se pretende en la investigación es recoger opiniones y datos de personas conocedores del delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización

3.2.4. Técnicas de Recolección de Información:

A. Encuesta.

En la investigación efectuada se utilizó la técnica de la encuesta, cuyo instrumento es el cuestionario, las que han sido elaborados en base a preguntas de opciones múltiples, que han sido formulados de acuerdo a las variables e indicadores; las que han sido dirigidas a los jueces, fiscales y abogados para conocer como se viene aplicando la pena en el delito de Peculado en sus modalidades de apropiación y utilización, para valorar la proporcionalidad de las penas impuestas a los funcionarios públicos y servidores públicos, las opiniones tendrá como propósito validar la hipótesis planteada en la investigación.

3.3. PROCESO DE CONSTRUCCIÓN, VALIDACIÓN Y FIABILIZACIÓN DE INSTRUMENTOS

La Torre citado por Valderrama S menciona: “Se entiende por validez el grado en que la medida refleja con exactitud el rasgo, característica o

dimensión que se pretende medir [...]. La validez se da en diferentes grados y es necesario caracterizar el tipo de validez de la prueba”¹¹¹.

Por lo tanto, es válido un instrumento cuando mide lo que realmente desea medir para ello se ha recurrido a expertos que ostentan el grado académico de magister, a fin de que lo revisen y brinden sus observaciones si el caso lo ameriten caso contrario lo valide mediante su aprobación, para ello se utilizó un instrumento para registrar la evaluación del experto; el propósito de la validación mejorar el instrumento y obtener información válida de la muestra de estudio.

111 Valderrama Mendoza S, Pasos para Elaborar Proyectos de Investigación Científica. 2ª. ed. San Marcos; 2013. p.206.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS

Descripción de los resultados de la encuesta aplicado a los jueces, fiscales, docente universitario y abogados.

1. ¿Considera usted que se aplica la misma sanción para el delito de peculado en su modalidad de apropiación y utilización?

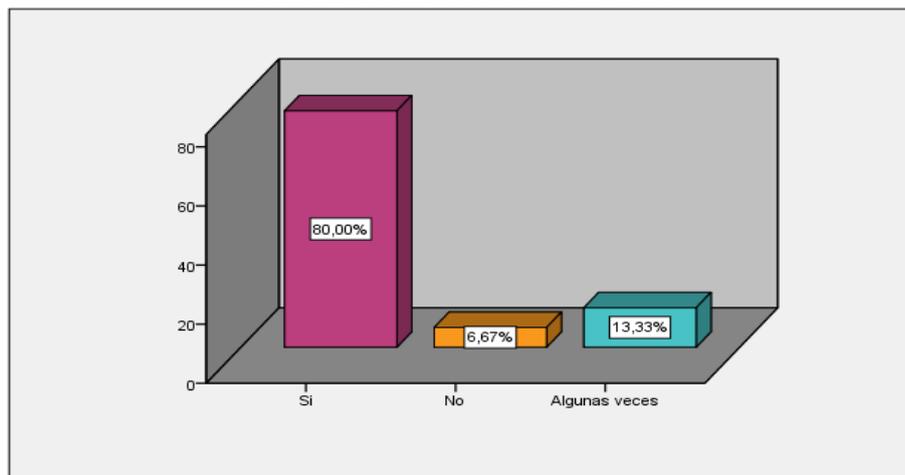
TABLA N° 01
APLICACIÓN DE LA MISMA SANCIÓN PARA EL DELITO DE PECULADO DOLOSO EN SU MODALIDAD DE UTILIZACIÓN Y APROPIACIÓN

		Frecuencia	%	% válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	24	80,0	80,0	80,0
	No	2	6,7	6,7	86,7
	Algunas veces	4	13,3	13,3	100,0
Total		30	100,0	100,0	

Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.

Elaborado: Porras S.

GRÁFICO N° 01: APLICACIÓN DE LA MISMA SANCIÓN PARA EL DELITO DE PECULADO DE USO Y ASOCIACIÓN



Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.

Elaborado: Porras S.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Conforme se puede observar en la tabla y gráfico N° 6, el 80% de la muestra encuestada manifiesta que, si se aplica la misma pena al momento de sancionar el delito de apropiación y utilización, a diferencia de un 13.33% que señalan que, si se aplica algunas veces, por otro lado, el 6,67% sostiene que no se aplica la misma pena.

De las respuestas observadas en la tabla y gráfico antes mencionado se puede deducir que si se aplica la misma sanción al delito de apropiación y utilización, considerando las respuestas afirmativas entre el sí y algunas veces hay una respuesta significativa del 93.33% que si se aplica la misma sanción para el delito de peculado doloso en su modalidad de apropiación y utilización existe una vulneración al principio de proporcionalidad de la pena, porque no es igual sancionar a alguien que se apropia un bien para beneficio propio, que el utilizar el bien pero sin lograr sustraer el bien patrimonial de la esfera de dominio del Estado.

2. ¿Cree Usted que existe exceso de la pena para el delito de utilización a diferencia de la apropiación?

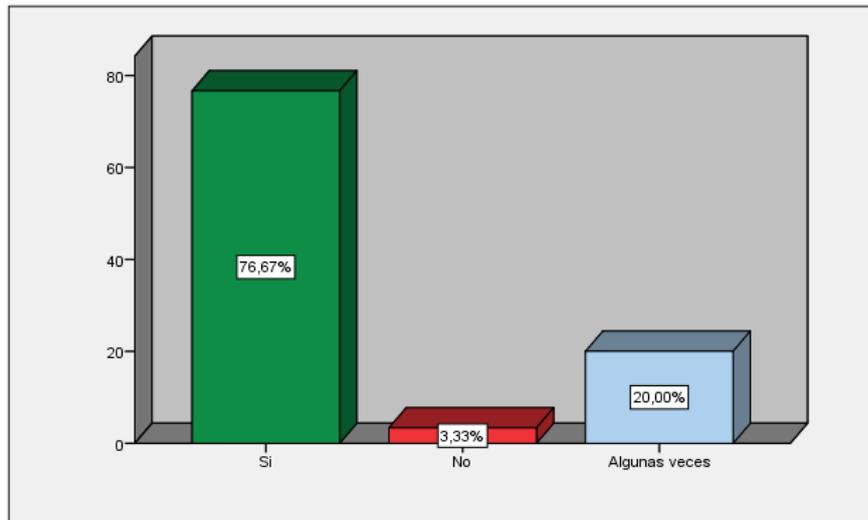
TABLA N°2
EXCESO DE LA PENA EN EL DELITO DE UTILIZACIÓN A
DIFERENCIA DE LA APROPIACIÓN

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	23	76,7	76,7	76,7
	No	1	3,3	3,3	80,0
	Algunas veces	6	20,0	20,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.

Elaborado: Porras S.

GRÁFICO N° 02: EXCESO DE LA PENA PARA EL DELITO DE UTILIZACIÓN A DIFERENCIA DE LA ASOCIACIÓN



Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo - 2018.
Elaborado: Porras S.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Conforme se puede observar en la tabla y gráfico N° 2, el 76,7% de la muestra encuestada manifiesta que, si hay exceso de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización, a diferencia de un 20% señalan que si hay exceso de la pena algunas veces, por otro lado el 3,3% sostiene que no hay exceso de la pena.

De las respuestas observadas en la tabla y grafico antes mencionado se puede deducir que si hay exceso de la pena, cuando se sanciona con una misma pena al delito de apropiación y utilización, considerando las respuestas afirmativas entre el sí 76,7%, y algunas veces 20,0%, hay una respuesta significativa del 96,7% que si hay exceso de la pena, atendiendo a los bienes jurídicos salvaguardados en delito de peculado doloso, las penalidades que el legislador fijo para la modalidad de apropiación y utilización son incongruentes, la pena debe ser menor en la modalidad de utilización, el

legislador debió tener en consideración en la apropiación gravedad del ilícito y la magnitud del daño causado al bien jurídico.

3. ¿Cuándo se sanciona con la misma pena al delito de Apropiación y Utilización se está vulnerándose la Proporcionalidad de la Pena?

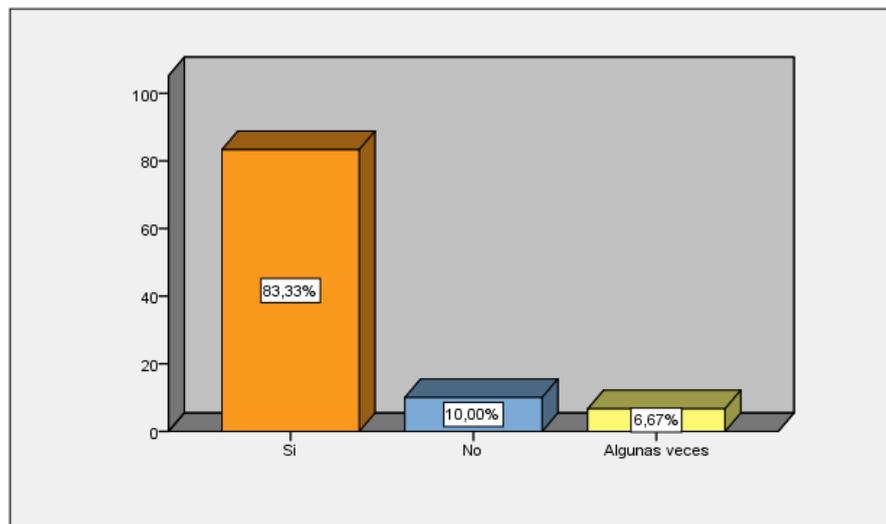
**TABLA N°03
VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL
SANCIONAR CON LA MISMA PENA EL DELITO DE
APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN**

		Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido	Si	25	83,3	83,3	83,3
	No	3	10,0	10,0	93,3
	Algunas veces	2	6,7	6,7	100,0
Total		30	100,0	100,0	

Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.

Elaborado: Porras S.

**GRÁFICO N° 03: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL
SANCIONAR CON LA MISMA PENA EL DELITO DE APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN**



Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.
Elaborado: Porras S.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Conforme se puede observar en la tabla y gráfico N° 1, el 83,3% de la muestra encuestada manifiesta que, si hay vulneración al principio de

proporcionalidad de la pena al momento de sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización, a diferencia de un 6,7% que señalan que, si se vulnera algunas veces, por otro lado, el 10,0% sostiene que no existe vulneración.

De las respuestas observadas en la tabla y grafico antes mencionado se puede deducir que si hay vulneración al principio de proporcionalidad de la pena cuando se sanciona con una misma pena al delito de apropiación y utilización, considerando las respuestas afirmativas entre el sí y algunas veces hay una respuesta significativa del 90% que si hay vulneración, esto nos da entender que cuando se sanciona los delitos de peculado doloso en su modalidad de apropiación y utilización existe una vulneración al principio de proporcionalidad de la pena, porque para configurarse el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación y utilización de los bienes públicos por parte del agente se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. Por lo tanto, será mayor el perjuicio cuando el agente se apropia del bien patrimonial y habría vulneración al principio de proporcionalidad de la pena cuando se sanciona con una misma pena al agente que utilizo el bien patrimonial e hizo retornar a la esfera del dominio del estado.

4. ¿Al sancionar con la misma pena al delito de Apropiación y Utilización se está vulnerándose el Juicio de Ponderación de la Pena?

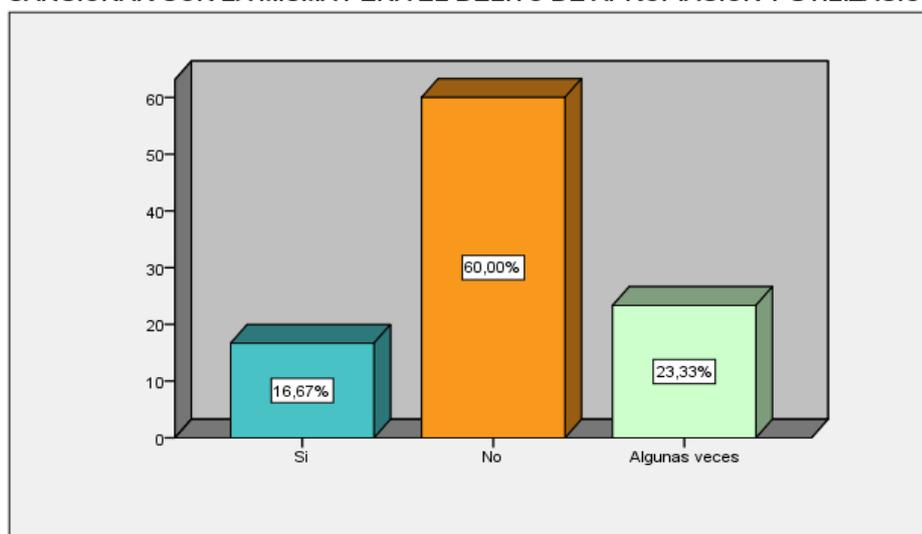
**TABLA N°4
VULNERACIÓN AL JUICIO DE PONDERACIÓN DE LA PENA AL
SANCIONAR CON LA MISMA PENA EL DELITO DE
APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Si	5	16,7	16,7	16,7
No	18	60,0	60,0	76,7
Algunas veces	7	23,3	23,3	100,0
Total	30	100,0	100,0	

Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.

Elaborado: Porras S.

GRÁFICO N° 04: VULNERACIÓN AL JUICIO DE PONDERACIÓN DE LA PENA AL SANCIONAR CON LA MISMA PENA EL DELITO DE APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN



Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.
Elaborado: Porras S.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Conforme se puede observar en la tabla y gráfico N° 4, el 60% de la muestra encuestada manifiesta que no hay vulneración al juicio de ponderación de la pena al momento de sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización, a diferencia de un 23% señalan que, si se vulnera algunas veces, por otro lado, el 16,7% sostiene que si existe vulneración.

De las respuestas observadas en la tabla y gráfico antes mencionado se puede deducir que no hay vulneración al juicio de ponderación de la pena cuando se sanciona con una misma pena al delito de apropiación y utilización, considerando las respuestas afirmativas entre el sí 16,7% y algunas veces 23,3% hay una respuesta significativa del 40% que manifiestan que si hay vulneración y con las cuales comparto, esto nos da entender que cuando se sanciona los delitos de peculado doloso en su modalidad de apropiación y utilización existe una vulneración al principio del juicio de ponderación de la pena, porque involucra o exige básicamente al juez realice un juicio de ponderación, sopesando, los valores e interese involucrados en los delitos de peculado doloso, por medio del cual valorara la gravedad de la pena y el fin que persigue con la adopción de esta pena.

5. ¿Cuándo se sanciona con la misma pena el delito de Apropiación y Utilización de está vulnerando la valoración de la carga o gravedad de la pena?

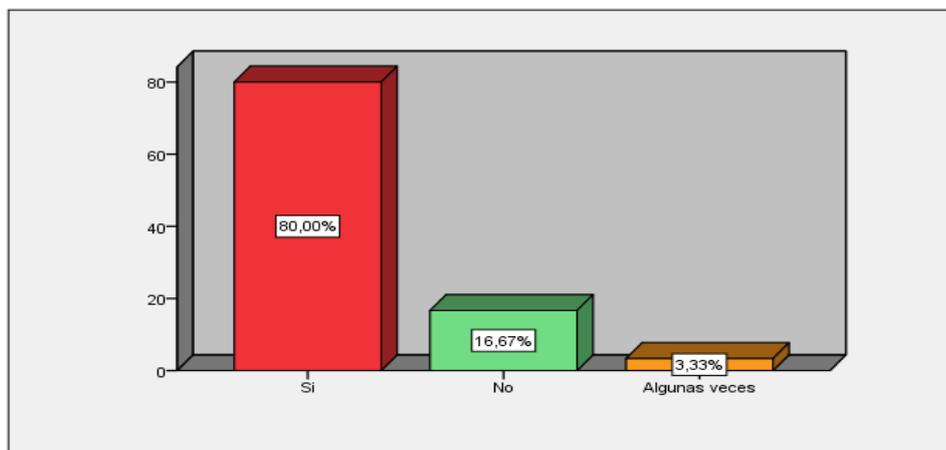
**TABLA N°5
VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE VALORACIÓN DE LA CARGA O GRAVEDAD DE LA PENA AL SANCIONAR CON LA MISMA PENA EL DELITO DE APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN**

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Si	24	80,0	80,0	80,0
No	5	16,7	16,7	96,7
Algunas veces	1	3,3	3,3	100,0
Total	30	100,0	100,0	

Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.

Elaborado: Porras S.

GRÁFICO N° 05: VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE VALORACIÓN DE LA CARGA O GRAVEDAD DE LA PENA AL SANCIONAR CON LA MISMA PENA EL DELITO DE APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN



Fuente: Ecuesta aplicado a los jueces, fiscales y abogados de los juzgados penales de la provincia de Huancayo - 2018.

Elaborado: Porras S.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Conforme se puede observar en la tabla y gráfico N° 5, el 80% de la muestra encuestada manifiesta que, si hay vulneración al principio de valoración de la carga o gravedad de la pena al momento de sancionar con la

misma pena el delito de apropiación y utilización, a diferencia de un 3,3% que señalan que, si se vulnera algunas veces, por otro lado, el 16,7% sostiene que no existe vulneración.

De las respuestas descritas se puede deducir que si hay vulneración al principio de valoración de la carga o gravedad de pena, cuando se sanciona con una misma pena al delito de apropiación y utilización. De las respuestas obtenidas se infiere que existe un sector mayoritario del 80% convencidos que si hay vulneración porque el legislador determino un marco penal igual para ambas conductas obviando de mi punto de vista los criterios de prevención general y la proporcionalidad con el daño causado por el delito, por lo que el juez al determinar la pena debe tener en consideración el grado del delito y la afectación al bien jurídico y la aplicación de las normas concretas para el cumplimiento de la pena.

Por ello la labor que realizan los jueces para imponer una pena es compleja, pues consiste en un proceso que realiza teniendo en consideración el tipo del Código Penal, la pena que le corresponde al responsable de un hecho delictivo, en consideración la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales, elementos que debe tener en considerar los jueces para así no vulnerar la gravedad de la pena. Nuestro código penal en su artículo 387 impone una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años de prisión , para el autor de peculado doloso en su modalidad de utilización y apropiación , el juez debe decidir cuál es la pena concreta que resulta merecida o adecuada al responsable del hecho, razón por la cual el juez bajo la observancia de la gravedad de la pena debe darle a un tratamiento distinto al autor de apropiación

y al de utilización pues ambas conductas no debe sobrepasarlo de la misma forma.

6. ¿Al sancionar con la misma pena al delito de Apropiación y Utilización se está vulnerándose la Gravedad de la Pena?

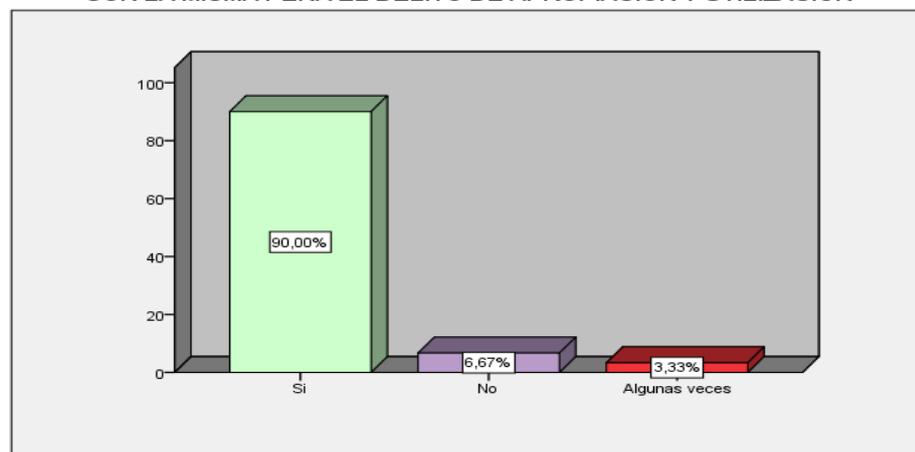
**TABLA N°6
VULNERACIÓN A LA GRAVEDAD DE LA PENA AL SANCIONAR
CON LA MISMA PENA EL DELITO DE APROPIACIÓN Y
UTILIZACIÓN**

	Frecuencia	%	% válido	% acumulado
Válido Si	27	90,0	90,0	90,0
No	2	6,7	6,7	96,7
Algunas veces	1	3,3	3,3	100,0
Total	30	100,0	100,0	

Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.

Elaborado: Porras S.

**GRÁFICO N° 06: VULNERACIÓN A LA GRAVEDAD DE LA PENA AL SANCIONAR
CON LA MISMA PENA EL DELITO DE APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN**



Fuente: Encuesta aplicado a los Jueces, fiscales y abogados de los Juzgados Penales de la Provincia de Huancayo – 2018.
Elaborado: Porras S.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Conforme se puede observar en la tabla y gráfico N° 6, el 90% de la muestra encuestada manifiesta que, si hay vulneración a la gravedad de la pena al momento de sancionar con la misma pena el delito de apropiación y

utilización, a diferencia de un 3,3% señalan que, si se vulnera algunas veces, por otro lado, el 6,7% sostiene que no existe vulneración.

De las respuestas observadas en la tabla y gráfico antes mencionado se puede deducir, que si hay vulneración a la gravedad de la pena, cuando se sanciona con una misma pena al delito de apropiación y utilización, considerando las respuestas afirmativas entre el sí y algunas veces, hay una respuesta significativa del 93,3% que si hay vulneración, para efectos de la pena se debe tener en cuenta además del carácter preventivo de la misma, el hecho de que esta debe guardar relación con el daño ocasionado por el delito y con el bien jurídico afectado, la forma y modo de perpetrarlo, las circunstancias como se desarrollaron los hechos, debiendo aplicarse el principio de proporcionalidad que establece que la pena no debe sobrepasar la responsabilidad sobre el hecho, debiendo existir en consecuencia una relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde conforme lo establece el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal.

4.2. CUADRO DE ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS SOBRE PECULADO DOLOSO EN SU MODALIDAD DE APROPIACIÓN.

N°	Expediente inculpado y agraviado	Sanción penal del delito de peculado doloso						Proporcionalidad de la pena				
		Apropiación						Apropiación				
		Excesiva pena	Pena proporcional	Muy baja	Pena privativa de libertad		Pena suspendida		Valoración de la carga de la prueba		La pena esta ponderada	
					Si	No	Si	No	Si	No	Si	No
01	00512-2015 PORRAS PINEDO JHON EISTEIN – MUNICIPALIDAD DEL CENTRO POBLADO DE SAN RAMON DE PANGO		X			X	X		X		X	
02	01324-2012 JESSENIA JANINA LLANTO CERVANTES- DIRECCIÓN REGIONAL DE EDUCACIÓN DE JUNÍN		X			X	X		X		X	
03	00244-2015 JULIO ÁNGEL CASIMIRO MUCHA- MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE JAUJA		X			X	X		X		X	
04	01013-2018 WALTER DAVID QUISPE CRISTÓBAL- MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TAYACAJA	X				X	X			X	X	
05	01014-2018 ORLANDO WALTER MATEO SABROSO- MUNICIPALIDAD DE PACCHA			X		X	X			X	X	
06	03340-2017 SILVIA AMPARO DIONISIO GÓMEZ- PODER JUDICIAL			X		X	X			X	X	
07	00256-2015 ROJAS TORRES NOEMI ROSABEL- MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ACOLLA		X			X	X		X		X	
08	01251-2016 CERRON CASTILLO GRACIELA NOEMI-		X			X		X	X		X	

	DIRECCIÓN REGIONAL DE EDUCACIÓN DE JUNÍN											
09	493-2009- NALVERTE JOSE DEMETRIO- MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN LUIS DE SHUARO		X			X	X		X		X	
10	00385-2015 DAVILA SAUCEDO JOSE DE LA CRUZ- MUNICIPALDAD DEL CENTRO POBLADO CIUDAD SATELITE		X			X		X	X		X	

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

De las sentencias se puede apreciar desde una perspectiva constitucional, que la motivación de las resoluciones es un principio y una garantía de la administración de justicia, lo que busca es que la decisión sea consecuencia de una deducción razonada de hechos, de las pruebas aportadas y de su valoración jurídica. Por lo que podemos afirmar que la motivación debe ser suficiente como razonada.

Lo que hay que señalar es que la corrupción fraudulenta sólo puede ser autor de un funcionario o funcionario que tenga la facultad o alcance de vigilancia por su posición en la percepción, tutela o gestión de la persona física. Por otro lado, de acuerdo con el principio de atribución objetiva, cada persona solo será considerada como su trabajo, lo que solo puede atribuirse a las consecuencias de sus acciones, como cambios en el mundo externo. Por lo tanto, no debe atribuirse a Las consecuencias de este comportamiento deben atribuirse a la modificación producida por el mundo exterior.

Conforme lo prescribe el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, la realización del derecho a sancionar del Estado sólo está justificada cuando se ha lesionado o se pone en peligro bienes jurídicos tutelados por ley. Artículo IV La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.

Asimismo, de acuerdo con el artículo VII del Código Penal, solo cuando exista una conexión personal entre las partes y los hechos, y la forma reconocida de conexión sea el fraude y la negligencia, podrán ser responsables penalmente; una vez comprobada esta conexión, se requiere Responsable de que la injusticia sea personal. Artículo 7 Las sanciones exigen que el autor asuma la responsabilidad penal y prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva.

Del estudio de las sentencias se puede apreciar que del Expediente 01013-2018-71-1501-JR-PE-05 que el acusado Walter David Quispe Cristóbal en su condición de residente de obra se le contrató para prestar sus servicios a la Municipalidad Provincial de Pampas –Tayacaja; y a fin de que cumpla con sus labores se le asignó una cámara fotográfica valorizado S/.90.00 soles, el cual se apropió, encontrándose responsable penalmente como autor del delito contra la administración pública en la modalidad de Peculado Doloso en agravio del Estado Peruano, se le impuso 3 años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por un periodo de prueba de 2 años y 6 meses.

Del Expediente 03340-2017-11-1501-JR.PE.01 se desprende que la acusada Silvia Amparo Dionisio Gómez, tenía el cargo de secretaria judicial del Juzgado Laboral de Huancayo, de la Corte Superior de Justicia de Junín, quien en su condición de secretaria procedió a endosar el depósito judicial

N°2005002100699 (S/.4.270.87 soles) a favor del ya sentenciado Sergio Eulogio Córdova Paitán, a sabiendas que no era el beneficiario de dicho depósito, por cuanto no existía solicitud o entrega de poder a favor del sentenciado antes señalado. Para el endose, la acusada procedió a colocar su firma y post firma, así mismo el juez laboral Lucio E. Túpac Yupanqui Ramos. La acusada se apropió de los caudales (dinero cobrado del depósito judicial) para tercero, a favor de Sergio Eulogio Córdova Paitán, cuya custodia le fue confiado por razón de su cargo de secretaria judicial, si bien de forma física no poseía el certificado judicial, pero dio la autorización para su entrega física, encontrándose responsable penalmente a la acusada Silvia Amparo Dionicio Gómez como autora del delito contra la Administración Publica en la modalidad de Peculado por Extensión en agravio del Estado Peruano, se impuso una pena de 3 años y 11 meses de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años.

En la sentencia del Expediente 01013-2018-71-1501-JR-PE-05 se aprecia que existe un exceso en la pena si bien es cierto que se le da una pena suspendida, pero de mi punto de vista, es excesiva la pena en razón que el monto apropiado es de S/.90.00 nuevos soles del valor de la cámara digital, el perjuicio económico a la entidad agraviada es este monto. Por lo tanto, la realización de la proporcionalidad de la pena debió haberse hecho teniendo en cuenta la intensidad del ataque al bien jurídico, el grado de afectación y de la vinculación del acusado con el hecho punible realizado.

Respecto a la sentencia recaída en el Expediente 03340-2017-11-1501-JR.PE.01 la pena impuesta no es proporcional a los hechos cometidos, desde mi punto de vista debieron imponerle pena efectiva a la autora, teniendo en

consideración lo establecido en el Art.45 del Código Penal respecto a su cultura, la acusada al momento de los hechos cometidos tenía el cargo de secretaria judicial del Juzgado Laboral de Huancayo; la acusada tiene el grado de instrucción superior ya que era abogada, lo que le hace comprender perfectamente su conducta ilícita, de igual forma respecto a las circunstancias específicas establecidas en el artículo 46 del Código Penal, esto respecto a la naturaleza de la acción y los medios empleados, debe tenerse en cuenta que la acusada ha actuado en calidad de funcionario público de manera dolosa apropiándose de los caudales que se encontraban bajo su custodia por razón de su cargo; de igual modo se debió considerar que respecto a los móviles y fines; era lograr un ilegal provecho económico a su favor, por estos fundamentos expuestos considero que se le debió imponer una pena efectiva.

Del estudio de las sentencias se puede advertir que vienen imponiendo la pena teniendo en cuenta el principio de proporcional de la pena, asimismo se ha podido observar que en algunos casos están vulnerando el principio de proporcionalidad pena ya sea imponiendo una pena menor o mayor a la que le corresponde.

4.3. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Contrastación de la Primera Hipótesis Específica

“Al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso afecta directamente la valoración de la carga o gravedad de la pena”.

En relación a esta hipótesis se ha observado que un 80,0% de la muestra encuestada afirma si se aplica la misma sanción al delito de apropiación y utilización, tal como se puede observar en la tabla y gráfico N° 1 por lo que consideramos que órgano jurisdiccional debe sancionar con razonamiento lógico, para que de esa manera pueda justificar la decisión que adoptó. Así mismo, la sanción debe explicarse técnicamente y lógicamente por el juez, aquí es donde se va cuestionar nuestra profesionalidad, donde se pone en discusión las habilidades para hacer un buen trabajo. Durante la investigación se ha podido demostrar que el operador al aplicar una sanción escasamente está debidamente fundamentado obteniendo como resultado que la persona que percibe la sanción no encuentra una explicación lógica que lo convenza como llevo a ese resultado. Si nos avocamos a las sentencias de peculado doloso en su modalidad de apropiación y utilización vamos a poder advertir que frecuentemente el operador desarrolla un concepto pre establecido de la Tes de Proporcionalidad de la pena. Para la imposición de la pena, cabe precisar que un sistema jurídico justo como el nuestro requiere de sanciones para salvaguardar su propia estabilidad, en específico a través la denominada pena criminal, que se haya en un reproche ético jurídico, que esta forma de sanción ha de ser ético –jurídicamente concreta, la pena solo puede ser justa si ella sirve a la retribución de la culpabilidad por un comportamiento que expresa delito. Para ello el operador jurisdiccional deberá determinar la pena basado en el principio de culpabilidad de la sociedad respecto del acusado que debe tenerse en consideración los indicadores y circunstancias previstas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; y aplicarse además el

principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena prevista en el artículo octavo del título preliminar del acotado código; por ello la pena a imponerse debe condecir con la realidad.

Apreciando las respuestas obtenidas de la tabla y Grafico N°3 el 83.3% de la muestra un sector mayoritario manifiesta que si hay una **vulneración al principio de proporcionalidad de la pena** al sancionar con la misma pena el delito de peculado doloso en su modalidad apropiación y utilización, en ese sentido el juez debe sancionar teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que corresponde a la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, cuya virtud se señala que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la magnitud del hecho cometido por el acusado, siendo este principio, atributo que sirve de horizonte al juzgado en la discrecionalidad que le confiere la ley al momento de imponerla, en la concordancia con lo dispuesto por los artículos 45°,45°-A y 46° del Código Penal, así mismo ello implica que el juez debe elegir la sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para lo cual deberá tener en consideración el bien jurídico que pretende proteger, debiendo ser la sanción cualitativa y cuantitativa adecuada al fin.

Asimismo, con respecto a la **valoración de la carga de la prueba** en principio debe quedar en claro que es diferente a la valoración de la carga o gravedad de la pena, el primero es la valoración que realiza el juez de los medios probatorios presentados ante su despacho, en cambio en la valoración de la carga el juez realiza una valoración de pena teniendo en consideración la afectación al bien jurídico que ha puesto en peligro el agente. Por lo que

podemos señalar que en el proceso penal debemos regirnos bajo los principios de libertad y legitimidad probatoria y la valoración razonable de la pena, razón por la cual el legislador se encuentra obligado a valorar los elementos probatorios existentes en forma objetiva, atendiendo a los criterios de una sana crítica y de ser el caso, disponer peritajes técnicos u otra prueba que según su criterio sea necesaria para determinar la existencia de los hechos y el grado de participación de los imputados; para que así pueda el juez obtener los medios necesarios para dictaminar un sobreseimiento, sentencia absolutoria o una sentencia condenatoria, cuando se estime que eso le corresponde.

La valoración de la carga de prueba atiende a tener en cuenta al hecho de que ésta no puede ser valorada arbitrariamente, el juez tiene la facultad y obligación de valorar la prueba recibida conforme la norma lo señala y se fuera contraria a ella serán objetos de impugnación por valoración arbitraria o errónea. Por lo tanto, el juez debe justificar y fundamentar, adecuadamente las razones por las cuales les concede determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial. El juez por lo tanto en los delitos de peculado doloso tendrá que realizar una valoración de la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Debemos entender por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero comportamiento típico, esto es, competencia de cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, poder de vigilancia y cuidar los caudales y efectos

Con respecto a la valoración de la carga o gravedad de la pena, el magistrado debe valorar, en función al impacto de la pena y como ha de influir

en el sujeto, es por ello, que la gravedad de la pena esta en relación a como la pena influirá en uno y otro inculpado, pues no se parte de una presunción, sino de la constatación de una determinada situación. En este mismo sentido, del 100% de la muestra encuestada, un 90% de los profesionales especializados en Derecho Penal de la Provincia de Huancayo han manifestado que, en efecto, al sancionarse el delito de peculado doloso en su modalidad de apropiación y utilización afecta la valoración de la carga o gravedad de la pena. Pues es más reprochable la conducta de apropiación de los caudales y efectos que pertenecen a la Administración Pública el que de utilización, por lo tanto, se debe exigir al juez que realice un juicio de ponderación o valoración donde deberá valorara la carga o gravedad de la de la pena teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, el bien a proteger y el fin que persigue con esa pena.

Contrastación de la Segunda Hipótesis Específica

“Al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso vulnera el juicio de ponderación de la pena”.

En relación a esta hipótesis se ha observado considerando las respuestas afirmativas entre el sí 76,7%, y algunas veces 20,0%, hay una respuesta significativa del 96,7% de la muestra encuestada afirma que existe exceso de pena para el delito de utilización a diferencia de la apropiación, por lo que en la modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el sujeto activo no hay ánimo o

propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o de un tercero. Es decir, es una separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlo para retórnalos en seguida a la esfera de la administración pública. Por lo tanto, tiene una ardua tarea el órgano jurisdiccional de definir de manera cuantitativa y cualitativa, cual es la sanción que se debe aplicar al autor por peculado en su modalidad de utilización sin presupuestar un exceso de pena.

De las respuestas observadas en la tabla y gráfico N°4 considerando las respuestas afirmativas entre el sí y algunas veces hay una respuesta significativa del 40% que manifiestan si hay vulneración al juicio de ponderación de la pena cuando se sanciona con una misma pena al delito de peculado en su modalidad de apropiación y utilización con quienes comparto; y cuyo principio ha utilizado el Tribunal Constitucional como sinónimo de ponderación necesaria de derechos y libertades fundamentales en conflicto o de bienes constitucionales en presencia puede ser en relación con el derecho a la libertad y la duración de la prisión provisional la misma que no puede exceder de un plazo razonable supuestos en la que el Tribunal Constitucional debe revisar la adecuación de la ponderación realizada por órganos jurisdiccionales ordinarios. En estos casos debemos utilizar la proporcionalidad como una variante de la ponderación, como un criterio más dentro de los muchos que pueden utilizarse en los supuestos de colisión o conflictos de derechos y libertades. Por lo tanto, debemos tener presente que el juicio de ponderación de la pena no es una regla matemática sino que requiere

de un estudio para poder aplicar, estudio que se debe partir a través del tes de proporcionalidad en donde se tiene que observar y analizar aspectos necesarios como es el caso de peculado doloso es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo apropiar y utilizar; por lo tanto, al sancionarse con una misma pena estos comportamientos, se estaría vulnerando el juicio de ponderación de la pena pues aquí hay un derecho constitucional que se está afectando como es el derecho a la libertad en la conducta de peculado doloso por utilización en este comportamiento solo existe el aprovechamiento de la bondades que permite los caudales o efectos, si tener el propósito de final de apoderarse para sí o para tercero, por lo tanto, no hay un juicio de ponderación de la pena.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Cuyo texto es el siguiente:

“Al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso afecta directamente la valoración de la carga o gravedad de la pena”.

Sanción penal en el delito de peculado doloso y valoración de la a carga de prueba.

Al respecto en la Investigación efectuada por Pariona Arana R. B manifiesta: “En este punto, considero una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. En efecto, no es lo mismo apropiarse de los bienes de la administración pública que el solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la administración pública. Podríamos pensar, que el juez, al momento de graduar la pena, le impondrá mayor pena al que se apropió de los bienes públicos que al que solo se limitó a utilizarlos, sin embargo, esta posición violentaría el principio de legalidad, por cuando dicho tipo penal, ha establecido la modalidad de utilizar como figura independiente lo sanciona con la misma penalidad y serán *otras* las circunstancias del hecho las que le den gravedad o la atenúen.”¹¹², al respecto comparto con lo manifestado por Pariona Arana R.B., en principio debemos tener en

112 Chanjan Docume R.H. La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso. [Tesis Maestría]. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú; 2014.

consideración que para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiada por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencial funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligado a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico – penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son; en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación Funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo. Confianza en el funcionamiento en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. b) La percepción, no es más que la acción

de captar o recepcionar caudales y efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) Apropriación o Utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: Utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permita el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para tercero. d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. Por lo tanto realizado el estudio de los elementos para la configuración del delito de peculado Doloso considero que hay una exageración de parte del legislador al equipar el delito de peculado doloso en su modalidad de apropiación y utilización, en principio en la modalidad de apropiación existe un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado hacia el dominio personal del funcionario público o de un tercero, generando así el funcionario o servidor público un desbalance o perjuicio respecto de los bienes que le fueron confiados con su motivo de su gestión, vulnerando con esta conducta el funcionario

el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de Administración Pública y por medio del cual hace abuso de poder en el sentido que realiza la separación del bien de la esfera del Dominio del Estado, por lo tanto, esta conducta del agente de apropiarse caudales o efectos tienen la relevancia suficiente para la intervención del Derecho penal porque protegen los intereses relativos a La Administración Públicas las cuales se ven menoscabados cuando el funcionario se apropia abusivamente de bienes pertenecientes al Estado, y con cuya pena impuesta a esta conducta me encuentro de acuerdo contraria a la modalidad de uso el legislador no debió equiparar esta conducta a la de apropiación es más reprochable apropiarse que de utilizar retornándolas a la esfera del dominio del estado, por lo que el legislador debería imponer una pena menor a esta conducta porque el perjuicio que se causa a la Administración Pública es menor a la de apropiación más aun cuando estos bienes no fueron trasladados o desplazados al patrimonio del agente, están bajo la Administración Pública.

SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Cuyo texto es el siguiente

“Al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso vulnera el juicio de ponderación de la pena.”.

Al respecto en la Investigación efectuada por Pariona Arana R.B manifiesta: “Para la norma penal peruana, ambas modalidades de peculado (apropriarse y utilizar) revisten igual contenido de ilicitud, pese a que son obvias las diferencias si las

apreciamos desde una perspectiva patrimonialista o de salvaguarda del derecho de propiedad del ente público que, en la **segunda hipótesis**, no se haya vulnerado por los actos del sujeto activo; esto implica reconocer un **exceso en la penalización de esta modalidad de peculado, afectándose el principio de proporcionalidad frente a la cantidad de injusto penal**¹¹³, como bien señala Abanto Vásquez M.A Utilizar es un verbo rector típico dirigido tanto a bienes muebles e inmuebles, y presupone en el primer caso la restitución y en ambos casos el cese del uso¹¹⁴, al respecto comparto con lo manifestado por Pariona Arana R.B, considero que existe exceso de pena al interponer una misma sanción para el delito de peculado doloso en su modalidad de utilización, pues el sujeto activo solo utiliza determinado caudales o efectos para poder obtener las bondades de este sin el propósito de apropiarse, retornándolos a las arca del patrimonio del Estado, por lo que se está vulnerando el principio de proporcionalidad que establece que la pena no debe sobrepasar la responsabilidad sobre el hecho, en consecuencia en la modalidad de utilización no existe una relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde conforme se encuentra establecido en el artículo octava del Título Preliminar del Código Penal, por lo que considero que el juez debe realizar la individualización del quantum de la pena en relación con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad proporcionalidad previstos en el IV,V y VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, sin dejar de considerar el derecho a la dignidad de la persona , que podemos traducir en el respeto a los derechos

113 Chanjan Docume R.H. La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso. [Tesis Maestría]. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú; 2014.

114) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Autoría y participación en el delito de peculado. Informe penal”. Lima, 2001.

fundamentales de la persona y el principio de Humanidad de las penas, que proscribire todo trato de cárcel cruel, inhumano o degradante.

Es importante considerara el aspecto social porque atenta contra los bienes del patrimonio del Estado y se demuestra en este delito un evidente abuso de poder del funcionario o servidor público.

Por lo que creemos que para ocupar cargos en la administración pública el proceso de selección del personal debe ser más idónea que sirva como un filtro para de esta manera evitar se cometa el delito de peculado en sus modalidades ya descrita. Dejar a un lado la el partidatismo o el nepotismo en esta selección de personal. Por lo que necesitamos funcionarios o servidores con un alto grado de Ética para evitar el delito de peculado aprovechando la posición que tienen en la Administración Pública.

PROPUESTA DE DEROGACIÓN, ART. 387 INC. 1 DEL C. P. EN MERITO A LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA INVESTIGACIÓN.

A.1. Modificación del Artículo en mención

Texto Actual

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

A.2. Propuesta de Modificación del artículo 387 del primer Párrafo del Código

Penal:

No se consigna propuesta de derogación en tanto que los resultados de la investigación orientan a la modificación del primer párrafo del artículo en mención ya que existe un exceso de pena en la modalidad de peculado doloso por utilización debiendo disminuir la pena privativa de libertad no menor a cuatro ni mayor de seis años.

A.3. Fundamentación Doctrinaria de la Propuesta de Modificación

Se propone la modificación del artículo 387 del primer párrafo del código Penal en el extremo de la pena que establece la pena de privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años para ambas modalidades de peculado doloso de apropiación y utilización. En la medida que esta resulta una vulneración al principio de proporcionalidad de la pena. Para **Díez Ripollés C.** “el principio de proporcionalidad responde a la creencia de que la entidad de la pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza o entidad, o por los efectos sociopersonales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente, lo que aporta un plus de legitimación a la intervención penal”¹¹⁵.

La exigencia de proporcionalidad entre el delito y pena se proclamó formalmente en el artículo 12 de la Declaración de Derechos y Deberes del

115 García A. “Derecho Penal Parte General- Fundamentos”. Lima, Perú: Editorial IAKOB PUBLICIDAD S.A.2009. p 529.

Hombre y el Ciudadano, de 22 de agosto de 1795” La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”.

El tribunal Constitucional ha dispuesto también que este principio impone al legislador que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer (STC 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, fundamento jurídico 197).

La doctrina penal nacional reconoce también este principio en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la cual establece que “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”

Desde mi punto de vista, es importante dejar claro que el artículo 8 no cumple estrictamente con la severidad de la sentencia y los hechos, sino que lo establece como límite máximo (prohibido por ser demasiado grande) bajo cualquier circunstancia. Por tanto, el principio de proporcionalidad no solo debe prestar más atención al contenido injusto y al daño causado, sino también a la mayor o menor culpa del autor. En este artículo se debe señalar que se debe condenar la apropiación indebida, por lo que la multa debe ser diferente al uso.

De conformidad al principio de proporcionalidad de la pena existe un exceso de pena en la modalidad de utilización al imponerse la pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, pena que también es impuesta a la modalidad de apropiación, por lo que se puede advertir que la conducta de utilización es menos reprochable y perjuicio que ocasione al Estado es menor por cuando los caudales y efectos se encuentra dentro de la

esfera de dominio del Estado, razón por la cual debe modificarse en el extremo de la pena la modalidad de utilización.

CONCLUSIONES

1. Está demostrado conforme a los resultados que se pueden observar en la tesis, que al sancionar la apropiación y utilización con una misma pena el delito de peculado doloso afecta la valoración o la carga de la pena, porque la pena es igual a la apropiación debiendo ser menor, la pena en la utilización porque el agente solo utiliza las bondades de los caudales y efectos, devolviéndolos a la administración pública del Estado, mientras que la afectación es mayor en la modalidad de apropiación, porque el agente desplaza los bienes a su patrimonio personal sin animus de retornarlos a la esfera del patrimonio del Estado.
2. Se ha podido demostrar conforme a los resultados que se pueden observar en la tesis, que al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso se estaría vulnerando el juicio de ponderación de la pena pues aquí hay un derecho constitucional que se está afectando como es el derecho a la libertad en la conducta de peculado doloso por utilización en este comportamiento solo existe el aprovechamiento de la bondades que permite los caudales o efectos, si tener el propósito final de apoderarse para sí o para tercero, por lo tanto, no hay un juicio de ponderación de la pena.
3. Los resultados expresan que al sancionarse con una misma pena el delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización ha conducido a los administradores de justicia aplicar penas desproporcionadas vulnerándose así el principio de proporcionalidad de la pena, se debe tener presente en la modalidad de utilización que la afectación es menos lesivo, razón por lo cual

se debe imponer una pena menor a la de apropiación de conformidad al principio de proporcionalidad de la pena con la finalidad de evitar una sanción desmedida además de ello debe mediar un juicio valorativo sobre el hecho delictivo para evitar que se imponga una pena exagerada o desproporcional, por lo que los magistrados ó legisladores deben adecuar la pena en forma proporcional con respecto a la afectación al bien jurídico.

RECOMENDACIONES

1. Para poder erradicar el peculado doloso en su modalidad de apropiación y utilización el juez debe aplicar la sanción correspondiente sin temor e injerencia política, conforme al principio de proporcionalidad y juicio de ponderación de la pena.
2. El Estado debe insertar un sistema informático que le permita tener un control adecuado de sus recursos y a través de este monitorear a los funcionarios o servidores públicos que tengan bajo su custodia o dominio los bienes de Estado, para así evitar de esta manera un perjuicio económico al Estado.
3. Propongo que los legisladores haciendo uso de su derecho de iniciativa legislativa presenten un proyecto de ley que tenga como finalidad modificar el artículo 387 del Código Penal específicamente disminuyendo la pena del peculado doloso en su modalidad de utilización teniendo en consideración del principio de proporcionalidad de la pena, con la finalidad de dar una pena proporcional al hecho cometido, para así de esta manera evitar vulnerar derechos fundamentales de la persona como es la libertad la misma que se encuentra reconocida en nuestra Constitución Política del Estado
4. Propuesta de modificar el artículo 387 del Código penal imponiendo una pena menor considerada para la apropiación a la modalidad de utilización, en esa línea de ideas debe fijarse una pena menor, porque el perjuicio es menor al utilizar los bienes y caudales del Estado que apropiarse y no retornarlos a la Administración Publica generando un perjuicio económico a las arcas del Estado.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. Abanto M. Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima, Perú: Editorial Palestra; 2005.
2. Amoretti M. Delitos Contra Administración Pública. [diapositiva]. Perú: 2013. 159 diapositivas.
3. Arro A. Manual de Derecho Penal. Lima, Perú: Editorial Aranzadi S.A; 1985. p. 45.
4. Bacigalupo E. Derecho Penal parte General. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi; 1999.
5. Blog de Orlando Becerra Suarez disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/153242/el-principio-de-proporcionalidad>
6. Castillo L. El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. Trujillo, Perú: Editorial Normas Legales; 2004.
7. Cavo M, Vives A.T. Derecho Penal Parte General. Balencia: 5a ed. Editorial Tirant lo Blanch; 1999.
8. Chanjan Docume R.H. La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso. [Tesis Maestría]. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos [en línea]. Academia de la Magistratura; [fecha de acceso 14 de

febrero de 2017]. disponible
en:http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/tema_de_re_pen_espe/capituloVII.pdf

10. Flores G y García J. Manual de Prácticas Procesal en los Juicios por Peculado. Quito, Ecuador: Editorial S.E; 1982.
11. Hugo J. Delitos Cometidos Por Particulares Contra La Administración Pública. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A; 2000.
12. Jiménez L. La Ley y el Delito. Principios del Derecho Penal. Argentina: Editorial Sudamericana; 1958.
13. Juristas Editores. Código Penal. Lima, Perú: Editorial JURISTAS EDITORES E.I.R.L; 2017.
14. Mir S. Derecho Penal Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor S.L; 2002.
15. Montes E. Análisis del Delito de Peculado por Apropiación. Gaceta Penal y Procesal Penal 2009; Tomo 03.
16. Muñoz F; García A.M. Derecho Penal parte General. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch; 2004.
17. Noguera I. Guía para Elaborar una Tesis de Derecho. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2014.
18. Nolasco J, Alanya É. Delitos Contra la Administración Pública. Lima, Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L; 2013.

19. Ore A, La Ley N° 29703 y la Reforma de Algunos Delitos contra la Administración Pública: Gaceta Penal y Procesal Penal 2011; 101 (24).
20. Peña F C. Derecho Penal Parte Especial. Lima, Perú: Editorial Moreno. S.A; 2010.
21. Ramos C. Cómo Hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2014.
22. Roca L. El Delito de Malversación de Caudales Públicos. Barcelona, España: Editorial José María Bosch; 1999.
23. Rodas Vera, C, Consideraciones en torno al Delito de Peculado: Gaceta Penal y Procesal Penal 2009; Tomo 05.
24. Rojas F. Código Penal Dos Décadas de Jurisprudencia. Lima, Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L; 2012.
25. Salinas R. Delitos Contra la Administración Pública. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2011.
26. Sánchez R. El principio de Proporcionalidad. México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas; 2014.
27. Solís A. Metodología de la Investigación Jurídica Social. Lima, Perú: Editorial B y V Distribuidores; 2008.
28. Villavicencio F. Derecho Penal parte General. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L; 2007.

29. Zaffaroni R. Manual de Derecho Penal parte General. Buenos Aires, Argentina: Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera; 1991.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO DEL PLAN DE TESIS: LA SANCIÓN PENAL DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO DE APROPIACIÓN O UTILIZACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LOS JUZGADOS PENALES DE LA PROVINCIA DE HUANCAYO, 2018.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL ¿De qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018?	OBJETIVO GENERAL Analizar de qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018.	HIPÓTESIS GENERAL Al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización afecta directamente el principio de proporcionalidad en los juzgados penales de la provincia de Huancayo, 2018.	VARIABLE INDEPENDIENTE X: Sanción penal en el delito de peculado doloso INDICADORES X1= La misma sanción para el delito de apropiación y utilización. X2= El exceso de pena para el delito de utilización a diferencia de la apropiación	TIPO DE INVESTIGACIÓN BÁSICO DISEÑO DE INVESTIGACIÓN: No Experimental Transversal POBLACIÓN Y MUESTRA: 10 sentencias MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN: Inductivo – Deductivo Método Comparativo Método Sistemático
PROBLEMA ESPECÍFICO	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICOS	VARIABLE DEPENDIENTE Y: Proporcionalidad de la pena INDICADORES Y1= Juicio de ponderación de la pena. Y2=Valoración de la carga o gravedad de la pena.	TECNICAS DE INVESTIGACIÓN: Análisis Documental Entrevista Estructurada TECNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS cuadro matriz de almacenamiento de datos
A) ¿Cómo al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso afecta la valoración de la carga o gravedad de la pena? B) ¿De qué manera al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso vulnera el juicio de ponderación de la pena?	A) Determinar cómo al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso afecta la valoración de la carga o gravedad de la pena. B) Establecer de qué manera al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso vulnera el juicio de ponderación de la pena	A) Al sancionarse la apropiación y utilización con una misma pena en el delito de peculado doloso afecta directamente la valoración de la carga o gravedad de la pena. B) Al sancionarse con una pena excesiva para el delito de utilización a diferencia de la apropiación en el delito de peculado doloso vulnera el juicio de ponderación de la pena.		



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DEL DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS MENCIÓN: CIENCIAS PENALES



CUESTIONARIO

TITULO: LA SANCIÓN PENAL DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO DE APROPIACIÓN O UTILIZACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN LOS JUZGADOS PENALES DE LA PROVINCIA DE HUANCAYO, 2018.

OBJETIVO: LA PRESENTE ENCUESTA TIENE COMO OBJETIVO RECOGER OPINIONES CONCERNIENTES DE QUE MANERA AL SANCIONAR CON UNA MISMA PENA EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO AFECTA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

INSTRUCCIONES: AGRADECEMOS MARCAR CON UN ASPA (x) LA ALTERNATIVA QUE CONSIDERE SER LA MAS APROPIADA EN LAS SIGUIENTES INTERROGANTES.

DIRIGIDO : JUEZ () FISCAL () DOCENTE UNIVERSITARIO ()
ABOGADO ()

1. ¿Considera Usted que se aplica la misma sanción para el delito de peculado en su modalidad de apropiación y utilización?
() SI
() NO
() ALGUNAS VECES

2. ¿Cree usted que existe exceso de la pena para el delito de utilización a diferencia de la apropiación?
() SI
() NO
() ALGUNAS VECES

3. ¿Cuándo se sanciona con la misma pena al delito de Apropiación y Utilización se está vulnerándose el principio de proporcionalidad?
() SI
() NO
() ALGUNAS VECES

4. ¿Al sancionar con la misma pena al delito de Apropiación y Utilización se está vulnerándose el juicio de ponderación de la pena?
() SI
() NO
() ALGUNAS VECES

5. ¿Cuándo se sanciona con la misma pena al delito de Apropiación y Utilización se está vulnerándose la valoración de la carga de la prueba?
- () SI
 - () NO
 - () ALGUNAS VECES
6. ¿Al sancionar con la misma pena al delito de Apropiación y Utilización se está vulnerándose la gravedad de la pena?
- () SI
 - () NO
 - () ALGUNAS VECES

* La presente encuesta fue elaborada por el MG. Santiago Valderrama Mendoza en su libro titulado Pasos Para Elaborar Proyectos y Tesis de Investigación Científica, la misma que fue adaptada a la presente investigación por el suscrito.