

# **PECULADO DOLOSO Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.**

**Estrada-Ayre Cesar Percy  
Porras-Sarmiento Syntia**



# **Peculado Doloso y el Principio de Proporcionalidad de la Pena.**

**Autor/es:**

Estrada-Ayre Cesar Percy

Porras-Sarmiento Syntia



© **Publicaciones Editorial Grupo AEA Santo Domingo – Ecuador**

**Publicado en:** <https://www.editorialgrupo-aea.com/>

**Contacto:** +593 983652447; +593 985244607      **Email:** [info@editorialgrupo-aea.com](mailto:info@editorialgrupo-aea.com)

### **Título del libro:**

Peculado Doloso y el Principio de Proporcionalidad de la Pena.

### **Libro Producto de Investigación científica**

© Estrada-Ayre Cesar Percy, Porras-Sarmiento Syntia.

© Agosto, 2023

Libro Digital, Primera Edición, 2023

Editado, Diseñado, Diagramado y Publicado por Comité Editorial del Grupo AEA, Santo Domingo de los Tsáchilas, Ecuador, 2023

**ISBN: 978-9942-7119-8-4**



<https://doi.org/10.55813/egaea.l.2022.32>

**Como citar:** Estrada-Ayre, C. P., Porras-Sarmiento, S. Peculado doloso y el principio de proporcionalidad de la pena. (2023). Primera edición. Editorial Grupo AEA. Ecuador. <https://doi.org/10.55813/egaea.l.2022.32>

**Palabras Clave:** Sanción penal, Peculado doloso, Proporcionalidad de la pena.

Cada uno de los textos de Editorial Grupo AEA han sido sometido a un proceso de evaluación por pares doble ciego externos (double-blindpaperreview) con base en la normativa del editorial.

### **Revisores:**



Ab. Hugo Enrique Mendoza  
Armijos, Mgs.

Universidad Internacional de la  
Rioja  
Instituto Superior Tecnológico Los  
Andes



Ab. Julio César Benavides Salazar,  
Mgs

Universidad Regional Autónoma de  
los Andes  
Universidad Técnica Luis Vargas  
Torres de Esmeraldas



Los libros publicados por “**Editorial Grupo AEA**” cuentan con varias indexaciones y repositorios internacionales lo que respalda la calidad de las obras. Lo puede revisar en los siguientes apartados:



## Editorial Grupo AEA

-  <http://www.editorialgrupo-aea.com>
-  Editorial Grupo AeA
-  editorialgrupoea
-  Editorial Grupo AEA

## Aviso Legal:

La informaci3n presentada, así como el contenido, fotografías, gráficos, cuadros, tablas y referencias de este manuscrito es de exclusiva responsabilidad del/los autor/es y no necesariamente reflejan el pensamiento de la Editorial Grupo AEA.

## Derechos de autor 

Este documento se publica bajo los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).



El “copyright” y todos los derechos de propiedad intelectual y/o industrial sobre el contenido de esta edici3n son propiedad de la Editorial Grupo AEA y sus Autores. Se prohíbe rigurosamente, bajo las sanciones en las leyes, la producci3n o almacenamiento total y/o parcial de esta obra, ni su tratamiento informático de la presente publicaci3n, incluyendo el diseño de la portada, así como la transmisi3n de la misma de ninguna forma o por cualquier medio, tanto si es electr3nico, como químico, mecánico, 3ptico, de grabaci3n o bien de fotocopia, sin la autorizaci3n de los titulares del copyright, salvo cuando se realice confines académicos o científicos y estrictamente no comerciales y gratuitos, debiendo citar en todo caso a la editorial. Las opiniones expresadas en los capítulos son responsabilidad de los autores.

## RESEÑA DE AUTORES



**Estrada-Ayre Cesar Percy**



Universidad Nacional de Huancavelica



[cesar.estrada@unh.edu.pe](mailto:cesar.estrada@unh.edu.pe)



<https://orcid.org/0000-0003-4409-1744>



Doctor en Derecho, Maestro en Derecho Civil y comercial por la Universidad Peruana los Andes. Conciliador Extrajudicial y especializado en Familia inscrito en el registro único de conciliadores, arbitro especializado en contrataciones con el Estado. Docente Universitario en la Universidad Nacional de Huancavelica en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.



**Porras-Sarmiento Syntia**



Universidad Nacional de Huancavelica



[syntiaporrassarmiento@gmail.com](mailto:syntiaporrassarmiento@gmail.com)



<https://orcid.org/0000-0003-4950-208X>



Abogada de profesión (Universidad Peruana los Andes), ostenta el grado académico de maestra en Derecho y Ciencias Políticas mención en Ciencias Penales por su alma mater, con amplia experiencia en Docencia Universitaria que a la fecha laboro en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Peruana los Andes.

## Índice

Reseña de Autores .....	7
Índice .....	VIII
Índice de Tablas.....	XII
Índice de Figuras .....	XII
Introducción .....	XIII
Capítulo I: Problema y su importancia.....	1
1.1. Antecedentes históricos .....	3
1.1.1. La administración pública en el ordenamiento jurídico penal peruano.....	5
1.2. Objetivos de investigación. ....	6
1.2.1. Objetivo general. ....	6
1.2.2. Objetivos específicos.....	6
Capítulo II: Marco teórico .....	7
2.1. Administración pública y su vinculación con la función pública. ....	9
2.1.1. Administración y vinculación con servicio público. ....	10
2.2. Funcionarios y servidores públicos. ....	10
2.2.1. Convención interamericana contra la corrupción. ....	11
2.2.2. Funcionario público de acuerdo con la constitución política del estado. 12	
2.2.3. Código penal de funcionario público. ....	13
2.3. Clases de funcionarios públicos.....	13
2.3.1. Funcionarios de carrera.....	13
2.3.2. Funcionarios de confianza. ....	13
2.3.3. Funcionarios de elección popular. ....	14
2.4. Servidor público. ....	14
2.5. Teoría del delito. ....	15

2.5.1. Acción.....	16
2.5.2. Tipicidad.....	17
2.5.3. Antijuricidad.....	17
2.5.4. Culpabilidad.....	18
2.6. Teoría de la pena.....	18
2.7. Fines de la pena.....	19
2.8. Clases de penas.....	19
2.9. Teorías de pena.....	20
2.9.1. Teorías absolutas.....	20
2.9.2. Teorías relativas o de la prevención.....	21
2.10. Teorías mixtas.....	22
2.11. Clasificación de delitos.....	23
2.11.1. Delitos comunes.....	23
2.11.2. Delitos especiales.....	23
2.11.3. Teoría de infracción de deber.....	24
2.11.3.1. Teoría de los delitos de infracción de deber, según Roxin...	24
2.11.3.2. Teoría de los delitos de infracción de deber, según Jakobs.	25
2.12. Peculado.....	25
2.12.1. Etimología.....	25
2.13. Elementos de delito de peculado.....	26
2.13.1. Relación funcional por razón del cargo.....	26
2.13.1.1. Percepción, administración y custodia.....	26
2.13.1.2. Modalidades delictivas.....	26
2.13.1.3. Destinatario.....	26
2.13.1.4. Objeto material de acción.....	26
2.13.1.5. Bien jurídico.....	26

2.13.2.	Administración pública como aspecto el bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado. ....	29
2.14.	Descripción típica del delito de peculado. ....	30
2.14.1.	Tipicidad objetiva.....	30
2.14.1.1.	Sujeto activo.....	30
2.14.1.2.	Sujeto pasivo.....	31
2.14.1.3.	Modalidad típica. ....	31
2.14.1.4.	Peculado por apropiación. ....	31
2.14.1.5.	Peculado por utilización.....	31
2.15.	Prevención.....	32
2.15.1.	Prevención general negativa .....	33
2.15.2.	Prevención positiva. ....	33
2.15.3.	Prevención especial o individual.....	33
2.15.4.	Prevención especial positiva o Ideológica (Ferri, Von List y Ancel). 34	
2.16.	Principio de proporcionalidad en el sistema constitucional peruano.35	
2.16.1.	Sub principios o test de proporcionalidad. ....	36
2.16.1.1.	Examen o Test de idoneidad o adecuación. ....	36
2.16.1.2.	Examen o Test de proporcionalidad estricta o juicio de ponderación.....	36
2.16.2.	Principio de proporcionalidad en el derecho penal. ....	37
2.16.3.	Principio de culpabilidad.....	37
2.16.3.1.	Concepto.....	37
2.16.3.2.	Principio de culpabilidad.....	38
2.16.3.3.	Consecuencias del principio de culpabilidad.....	38
Capítulo III:	Metodología de la investigación .....	41
3.1.	Tipo de investigación. ....	43

3.1.1. Jurídico social.....	43
3.1.2. Métodos de investigación. ....	44
3.1.2.1. Método comparativo.....	44
3.1.2.2. Métodos particulares. ....	45
3.1.2.2.1. Método Sistemático. ....	45
3.1.3. Población y muestra. ....	45
3.1.3.1. Población. ....	45
3.1.3.2. Muestra.....	45
3.1.3.3. Técnicas de muestreo. ....	46
3.1.3.3.1. Muestreo No probabilístico intencional.....	46
3.1.4. Diseño de la Investigación.....	46
3.1.5. Técnicas de recolección de datos.....	46
3.1.5.1. Encuesta.....	46
3.1.6. Proceso de validación de instrumentos.....	47
Capítulo IV: Resultados de investigación. ....	49
4.1. Primera hipótesis específica. ....	51
4.2. Segunda hipótesis específica.....	55
4.3. Contrastación de hipótesis.....	57
Capítulo V: Discusión, conclusiones y recomendaciones.....	63
5.1. Discusión. ....	65
5.1.1. Apropiación o Utilización. ....	66
5.1.2. Propuesta de derogación, artículo. 387 inciso. 1 del c. P. En merito a los resultados obtenidos en la investigación. ....	69
5.2. Conclusiones. ....	70
5.3. Recomendaciones.....	71
Referencias Bibliográficas.....	75

## Índice de Tablas

<b>Tabla 1</b> Aplicación de la misma sanción para el delito de peculado doloso en su modalidad de utilización y apropiación. ....	51
<b>Tabla 2</b> Vulneración del principio de proporcionalidad al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización. ....	52
<b>Tabla 3</b> 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 .....	53
<b>Tabla 4</b> Vulneración a la gravedad de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización. ....	54
<b>Tabla 5</b> Vulneración a la gravedad de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización. ....	55
<b>Tabla 6</b> Vulneración al juicio de ponderación de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización. ....	56

## Índice de Figuras

<b>Figura 1</b> Diseño experimental.....	46
--	----

## Introducción

El presente libro 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.

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 los investigadores y de esta manera aportar con nuevos conocimientos al derecho penal.

Importante socialmente, porque beneficiará a los inculpados, toda vez que 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.

La presente tesis se encuentra estructurado tal como se puede precisar en los siguientes capítulos:

- 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?, los objetivos de la investigación, la justificación del problema de investigación.
- 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
- Tercer capítulo titulado “Metodología de la Investigación”, donde el trabajo de investigación pertenece al tipo de investigación Básica, 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 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 contratación de los resultados de la investigación con las hipótesis específicas diseñadas en la investigación.



# **Capítulo I: Problema y su importancia**



## Problema y su importancia

El tema 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 del tipo penal en sus modalidades de apropiación y utilización. 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. A nivel Social 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, 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.

### 1.1. Antecedentes históricos

El tipo penal de peculado tiene como antecedentes en el Código de Manú o Leyes de Manú, en el cual desarrolla algunas de sus disposiciones al peculado o concusión. Flores, G., García, J. (1982) 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”.

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 el 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 el hurto de estos bienes constituía uno 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 387º, 388º, 389º, 390º, 391º y 392º), las cuales mediante la Ley N° 29703, de fecha 10 de Junio de 2011 fueron modificadas los artículos 387º (Peculado Doloso por comisión ahora también por Omisión y Peculado Culposo), 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.

### **1.1.1. La administración pública en el ordenamiento jurídico penal peruano.**

La administración pública que entiende 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 del Estado como 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, F. (2002) “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”.

Los juristas Gálvez, V. & Andino, T. (2001), 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”

El docente y Penalista Peruano Benavente, H. (2015) 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”. Por lo que resulta importante establecer la vinculación de la administración y la función y el servicio públicos.

Al respecto sobre la Administración Pública, el penalista Hugo, J. (2000) 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”.

## **1.2. Objetivos de investigación.**

### **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. Objetivos específicos.**

- 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.
- 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.

# **Capítulo II: Marco teórico**



## Marco teórico

### 2.1. 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 Rondón, C. (2014), al indicar que “La función Pública es toda actividad destinada a realizar los intereses del colectivo; lo cual por antonomasia es la ratio de la prestación de servicio público llevado a cabo por la administración 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”.

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 Hugo, J. (2000) 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”.

Conforme al artículo 2° de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la función pública, se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la administración pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

### 2.1.1. Administración y vinculación con servicio público.

La administración pública se manifiesta en la prestación de servicio a los habitantes, conforme indica, Bautista, O. (2007), “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”.

### 2.2. Funcionarios y servidores públicos.

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

En consecuencia a manera de síntesis, podemos indicar que el funcionario público conforme lo califica Navas Rondón, C. (2014) “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” . 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 (2002), señala:

- 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). 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.

- El ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente código y asumir el compromiso de su debido cumplimiento”.
- La Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, define al servidor o funcionario público -para los efectos de dicha ley- como todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.

### **2.2.1. 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 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:

- Pretende equiparar las diferentes expresiones utilizadas en las naciones latinoamericanas para entender a los funcionarios y empleados.
- Pretende incluir dentro del concepto a las personas que han sido electos, designados o seleccionados para ejercer funciones al servicio o nombre del Estado.
- 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:

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

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 públicas 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.

### **2.2.2. Funcionario público de acuerdo con la constitución política del estado.**

Nuestro texto constitucional reconoce esta condición e indica de manera puntual en su Artículo.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.

### **2.2.3. 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: Aquellos que están comprendidos en la carrera administrativa.

- Quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
- Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado;
- Toda persona que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos;
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y los demás indicados por la Constitución Política.

## **2.3. Clases de funcionarios públicos.**

### **2.3.1. 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.

### **2.3.2. 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.

### **2.3.3. 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.

### **2.4. 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: “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 pública”, 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.

## 2.5. 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. & Rojas León, R. (2017) 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).

El penalista peruano Villavicencio Terreros, F. (2006) 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”. En el contexto internacional el penalista Peña Gonzales, O. & Almanza Altamirano, F. (2010) 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”, Arro, A. (1985) define al delito como “La acción, típica, antijurídica, culpable y las cuales debe cumplir otros presupuestos de punibilidad”.

Arro, A. (1985) 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”.

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.

En relación con ello, Zaffaroni, R. (1991) 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”. Concordante con este planteamiento el penalista López, E. (1994) 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”.

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.

### **2.5.1. 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 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 Villavicencio Terreros. F. (2006) 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 los juristas españoles Muñoz Conde. F. & García, A.M. (2004) 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”.

### 2.5.2. Tipicidad.

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

### 2.5.3. Antijuricidad

Villavicencio Terreros, F. (2006) “son aquellas que excluyen la antijuricidad, convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a derecho”. “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” (2004).

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 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).

#### **2.5.4. Culpabilidad.**

El jurista peruano, Villavicencio Terreros, F. (2006) 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, O. & Almanza Altamirano, F. (2010) 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 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”.

#### **2.6. 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”.

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.

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 significativo 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.

## **2.7. 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” (1991).

## **2.8. Clases de penas.**

Las penas establecidas en nuestro Código Penal de acuerdo con el 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.

## **2.9. Teorías de pena.**

### **2.9.1. 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 “ojo por ojo, diente por diente” así el jurista Villavicencio Terreros, F. (2006), 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.

Villavicencio Terreros, F. (2006), 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”.

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 originaría 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.

### **2.9.2. 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, Villavicencio Terreros, F. (2006) 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 determinados intereses sociales, por otra parte; asimismo, Bustos Hormazabal”, 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” (Villavicencio Terreros, 2006).

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.

## 2.10. 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. (2006) 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. (2006): “**La teoría diferenciadora de Schmidhauser** señala que la finalidad de la pena 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”.

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” (2006).

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 lega, 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.

## **2.11. Clasificación de delitos.**

El delito de acuerdo con 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.

### **2.11.1. 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 de este 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” (2009).

### **2.11.2. 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, J. (2010) 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 ciertos delitos no puede 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”. 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” (Berugo Gómez de la Torre y otros, 1999).

### **2.11.3. 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 debe 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.

#### **2.11.3.1. 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 previas al tipo 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 (Caro Jhon, 2009).

### 2.11.3.2. 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 competencia personal justifica su responsabilidad jurídico penal” (Villavicencio Terreros, 2006).

## 2.12. Peculado.

### 2.12.1. 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”. Asimismo, el catedrático de la Universidad Católica de Guayaquil, Zambrano Pasquel, A. (2009), citado a Guissepe 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”.

Se entiende genéricamente por peculado, la incorrecta diligencia de los caudales o efectos que les fueron confiados a los funcionarios debido a su cargo para darle un fin distinto a lo establecido (Molina Rrubla, 2000).

## 2.13. Elementos de delito de peculado.

### 2.13.1. 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.

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

#### 2.13.1.2. 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.

#### 2.13.1.3. Destinatario

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

#### 2.13.1.4. Objeto material de 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.

#### 2.13.1.5. 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 Roxin, C. (1997) 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”.

Asimismo, el jurista argentino respecto del peculado señala, "el bien protegido dice Donna, A. (1995) 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”.

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.

Del mismo modo de manera categórica la pluri ofensividad del bien jurídico de peculado fue acogida por el acuerdo plenario N° 4-200544, fundamento 6, donde señala que el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos dignos de ser protegidos jurídica penal:

- 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, L. (2008) considera que la doctrina permite identificar hasta cuatro diversas posiciones en torno al bien jurídico que el tipo penal de peculado protegería:

- a. El patrimonio Público como bien jurídico protegido en el delito de peculado. Y también Abanto Vásquez, M. (2001) 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.

- 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, J. (1996) 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 bien. 48 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”.

Así mismo Hugo Álvarez, J. (2000) 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.

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. Siguiendo el esquema establecido respecto de la pluriofencividad que indica que el bien jurídico está formado por: el patrimonio y la administración públicos 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 Jiménez, J. (1958) considera que el peculado por ser un delito contra el orden Socioeconómico, 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.

### **2.13.2. 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. Del mismo modo Montes, E. (2009), 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.

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 generan 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 Avanto Vásquez, M. (2001) los ámbitos en relación con los funcionarios y la Administración pública. Un ámbito interno referente a la organización misma de la Administración (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.

Rojas Vargas, F. (2002) señala que se debe considerar los siguientes aspectos. 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.

## **2.14. Descripción típica del delito de peculado.**

El Artículo 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”. 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” (Rojas Vargas, 2002).

### **2.14.1. Tipicidad objetiva.**

#### **2.14.1.1. Sujeto activo.**

Bacigalupo, E. (1999) 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 ley para ser autor, se trata de los delitos que implica la violación de una norma especial.

### **2.14.1.2. 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.N° 1766-2000- JUN-SENT., 22 de ene-2001, S.P en taller de dogmática penal de la UNMSM Jurisprudencia penal, Jurista lima 2005 (Caro John, 2007).

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) (Rojjasi Pella, 1996).

### **2.14.1.3. Modalidad típica.**

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

### **2.14.1.4. 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.

Del mismo modo Peña (2010) 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”.

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

El penalista Rojas Vargas, F. (2002) 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.

### **2.15. Prevención.**

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 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" (Villavicencio Terreros, 2006).

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.

### 2.15.1. 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. De ahí que puso énfasis en la necesidad de una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito” (Villavicencio Terreros, 2006).

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” (Villavicencio Terreros, 2006).

Este autor considera que “el fundamento jurídico de la conminación legal reside en la concordancia de esta 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” (Villavicencio Terreros, 2006).

### 2.15.2. Prevención 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 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” (Villavicencio Terreros, 2006).

### 2.15.3. 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" (Villavicencio Terreros, 2006).

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" (Villavicencio Terreros, 2006).

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.

#### **2.15.4. 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 humana para alcanzar el progreso ético de la sociedad y de la humanidad" (Villavicencio Terreros, 2006).

## 2.16. 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 (2010) 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”.

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 constitucionalmente, teniendo en cuenta que la intromisión se encuentra en una razonable relación con la finalidad perseguida” (Peña Gonzáles & Almanza Altamirano, 2010).

Sánchez, R. (2014) “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”.

Jurista Castillo Córdova, L. (2004) 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”. Por lo que el principio de proporcionalidad es un elemento fundamental que debe ser considerado siempre por el órgano jurisdiccional y los operadores de justicia al expresar sus resoluciones y decisiones, ya que está en tela de juicio la situación de la persona.

### **2.16.1. Sub principios o test de proporcionalidad.**

#### **2.16.1.1. 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).

a) 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).

#### **2.16.1.2. 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.

### **2.16.2. 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” (Castillo Córdova, 2004).

### **2.16.3. Principio de culpabilidad.**

#### **2.16.3.1. Concepto.**

Mir, J.C. (2006) 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”.

Villavicencio Terreros, F. (2006) refieren que “En virtud de 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*.

Este pensamiento se encuentra en la Ley romana de las doce tablas que señala que “El principio de culpabilidad significa que la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que el autor le puede ser reprochado personalmente el hecho”.

“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)” (Heinrich & Weigend, 2014).

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

### **2.16.3.2. 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.

### **2.16.3.3. 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.



# **Capítulo III: Metodología de la investigación**



## Metodología de la investigación

### 3.1. Tipo de investigación.

La investigación fue de tipo Básico, Jurídico Social, Transversal, porque Para Solís, A. (2008) “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”.

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

#### 3.1.1. 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” (Solís, 2008).

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.

Nivel de investigación, es de carácter Explicativa; Noguera, I. (2014) 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 ocurrió un hecho? Y ¿En qué condiciones ocurrió el fenómeno de estudio?”.

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

### **3.1.2. Métodos de investigación.**

Como dice Solis, A. (2008) “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”.

Según Noguera, I. (2014) “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”.

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 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.

#### **3.1.2.1. Método comparativo.**

Noguera, I. (2014) 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”.

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.

### **3.1.2.2. Métodos particulares.**

#### **3.1.2.2.1. Método Sistemático.**

Para Ramos, C. (2014) “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 para alcanzar una más acabada comprensión de la norma examinada se buscan otras normas en el interior de un sistema legal determinado”.

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.

### **3.1.3. Población y muestra.**

#### **3.1.3.1. Población.**

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

#### **3.1.3.2. 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 los señala Hernández, R. et. al. (2010) “las muestra no probabilísticos, también llamadas muestras dirigidas, suponen un procedimiento de selección informal. Se utilizan en diversas investigaciones cuantitativas y

cuantitativas. Seleccionan individuos o casos típicos sin intentar que sean representativos de una población determinada”.

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.

### **3.1.3.3. Técnicas de muestreo.**

#### **3.1.3.3.1. Muestreo No probabilístico intencional.**

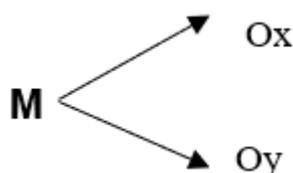
Porque no todos los jueces, fiscales y abogados son especialistas en derecho penal, por otro lado, lo que se pretende en la investigación es recoger opiniones y datos de personas conocedores del delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización.

### **3.1.4. Diseño de la Investigación**

La investigación realizó con diseño No Experimental Transversal

#### **Figura 1**

Diseño experimental.



**Fuente:** Elaborado por los autores.

Donde:

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

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

### **3.1.5. Técnicas de recolección de datos.**

#### **3.1.5.1. 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.

### **3.1.6. Proceso de validación de instrumentos.**

Valderrama Mendoza, S. (2013) 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”.

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.



# **Capítulo IV: Resultados de investigación.**



## Resultados de investigación.

### 4.1. 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”.

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

**Tabla 1**

Aplicación de la misma sanción para el delito de peculado doloso en su modalidad de utilización y apropiación.

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

**Fuente:** Elaborado por los autores.

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 espera de dominio del Estado.

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

**Tabla 2**

Vulneración del principio de proporcionalidad al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización.

		Frecuencia	Porcentaje
Válido	Si	25	83,3
	No	3	10,0
	Algunas veces	2	6,7
	Total	30	100,0

**Fuente:** Elaborado por los autores.

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 gráfico 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.

3. ¿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 3**

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
Válido	Si	24	80,0
	No	5	16,7
	Algunas veces	1	3,3
	Total	30	100,0

**Fuente:** Elaborado por los autores.

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 vulnerara 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.

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

**Tabla 4**

Vulneración a la gravedad de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización.

		Frecuencia	Porcentaje
Válido	Si	27	90,0
	No	2	6,7
	Algunas veces	1	3,3
	Total	30	100,0

**Fuente:** Elaborado por los autores.

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% que 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 grafico 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. 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”.

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

**Tabla 5**

Vulneración a la gravedad de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización.

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

**Fuente:** Elaborado por los autores.

Conforme se puede observar en la tabla 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% que 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.

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

**Tabla 6**

Vulneración al juicio de ponderación de la pena al sancionar con la misma pena el delito de apropiación y utilización.

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

**Fuente:** Elaborado por los autores.

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% que 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 grafico 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.

### **4.3. Contrastación de hipótesis.**

“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 con 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 técnica y lógicamente por el juez, aquí es donde se va a 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 compulsarse son 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 juzgados 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 está en relación con 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 valorar 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.

“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 con 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 grafico 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 las 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.



**Capítulo V: Discusión,  
conclusiones y  
recomendaciones.**



## Discusión, conclusiones y recomendaciones.

### 5.1. Discusión.

“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 Chanjan Docume, R.H. (2014) 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.”

Al respecto comparto con lo manifestado por Pariona Arana R.B., en principio debemos tener en 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.

### **5.1.1. Apropiación 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, casas 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 Pública 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.

“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 Chanjan Docume, R.H. (2014) manifiesta: “Para la norma penal peruana, ambas modalidades de peculado (apropiarse 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”, como bien señala Abanto Vásquez, M. (2001) “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 uso”, 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 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 el partidismo 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.

### **5.1.2. Propuesta de derogación, artículo. 387 inciso. 1 del c. P. En merito a los resultados obtenidos en la investigación.**

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”.

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.

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 García, A. (2009) “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 socio personales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afeción al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente, lo que aporta un plus de legitimación a la intervención penal”.

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

## **5.2. Conclusiones.**

Se concluye 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.

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.

En 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.

### **5.3. Recomendaciones.**

Para 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.

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.

Proponemos 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

Proponemos 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 Pública generando un perjuicio económico a las arcas del Estado.



**Referencias  
Bibliográficas**



## Referencias Bibliográficas

- Arro, A. (1985). *Manual de derecho penal*. Aranzadi S.A.
- Avanto Vasquez, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Palestra.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Hammurabi.
- Bautista, D. (2007). *La ética en la gestión pública, estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos*. Universidad Complutense.
- Benavente, H. (2015). *El funcionario Público. Las sanciones penales en los delitos de corrupción*. Gaceta jurídica.
- Berugo Gómez de la Torre, I., Arroyo Zapatero, L., García Rivas, N., Ferre Olive, J. C., & Serrano Piedcasas, J. R. (1999). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Barcelona.
- Caro Jhon, J. A. (2009). *Problemas Fundamentales de la parte general del Código Penal*. PUCP-LIMA.
- Caro John, J. (2007). *Diccionario de la jurisprudencia penal*. Grijley E.I.R.L.
- Castillo Córdova, L. (2004). *El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal*. Normas Legales.
- Chanjan Docume, R. (2014). *La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Congreso de la República. (2002). *Ley del Código de Ética de la Función Pública*. Congreso de la República.
- Donna, A. (1995). *Teoría del delito y la pena*. Astella.
- Flores, G., & García, J. (1982). *Manual de Prácticas Procesal en los Juicios por Peculado*. S.E.

- Gálvez Villegas, T., & Rojas León, R. (2017). *Derecho penal - Parte especial (Introducción a la Parte General)*. Jurista Editores.
- Gálvez, V., & Andino, T. (2001). *Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Idemsa.
- García, A. (2009). *Derecho penal parte general - Fundamentos*. Iakob Publicidad.
- Heinrich, H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal parte general*. Pacifico Editores S.A.C.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill.
- Hugo, J. (2000). *Delitos cometidos por particulares contra la administración pública*. Gaceta jurídica.
- Jiménez, L. (1958). *La ley y el delito. Principios del derecho penal*. Sudamericana.
- López, E. (1994). *Teoría del delito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Mir, J. (2006). *Derecho penal parte general*. Ara editores E.I.R.L.
- Molina Rrubla, C. M. (2000). *Delitos contra la administración pública*. Santa Fé Leyes.
- Montes, E. (2009). *Análisis del delito de peculado por apropiación*. Gaceta Penal y Procesal Penal.
- Muñoz, F., & García, A. M. (2004). *Derecho Penal parte General*. Tirant Lo Blanch.
- Navas Rondon, C. (2014). *Deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos civiles*. Adrus & Editores S.A.C.
- Noguera, I. (2014). *Guía para elaborar una tesis de derecho*. Grijley E.I.R.L.
- Ore Guardi, A. (2010). *Derecho Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.
- Peña Gonzáles, O., & Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del delito - Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Nomos & Thesis.

- Portocarrero Hidalgo, J. (1996). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Jurídica Portocarrero.
- Ramos, C. (2014). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Grijley.
- Reaño Peschiera, J. (2010). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista Editores EIRL.
- Reyna Alfaro, L. (2008). *Comentarios a los presidentes vinculantes en materia penal de la corte suprema, el delito de peculado doloso*. Jurídica Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley.
- Rojjasi Pella, C. (1996). *Ejecutorias Supremas Penales*. Legrima.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Civitas.
- Sánchez, R. (2014). *El principio de proporcionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Solis, A. (2008). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. B y V Distribuidores.
- Valderrama Mendoza, S. (2013). *Pasos para elaborar proyectos de investigación científica*. San Marcos.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal - Parte General*. Grijley.
- Zaffaroni, E., & Bagún, D. (1991). *Manual de derecho penal parte general*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera.
- Zambrano Pasquel, A. (2009). *Delitos contra la administración pública. Delito de peculado*. Jurista de Editores EIRL.

# Resumen

El presente trabajo se inicia del problema cuando se investiga de qué manera al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso afecta el principio de proporcionalidad, por lo que es necesario remitirnos al artículo 387 del Código Penal, cuyo tenor es como sigue: 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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años. Según lo establecido por el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, los elementos del tipo penal de peculado son (i) la existencia de una relación funcional, (ii) la percepción, administración o custodia, (iii) apropiación o utilización, (iv) el destinatario: para sí o para un tercero, (v) caudales y efectos. El resultado fue que al sancionar con una misma pena en el delito de Peculado Doloso en su modalidad de apropiación y utilización 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.

**Palabras Clave:** Sanción penal, Peculado doloso, Proporcionalidad de la pena.



<http://www.editorialgrupo-aea.com>



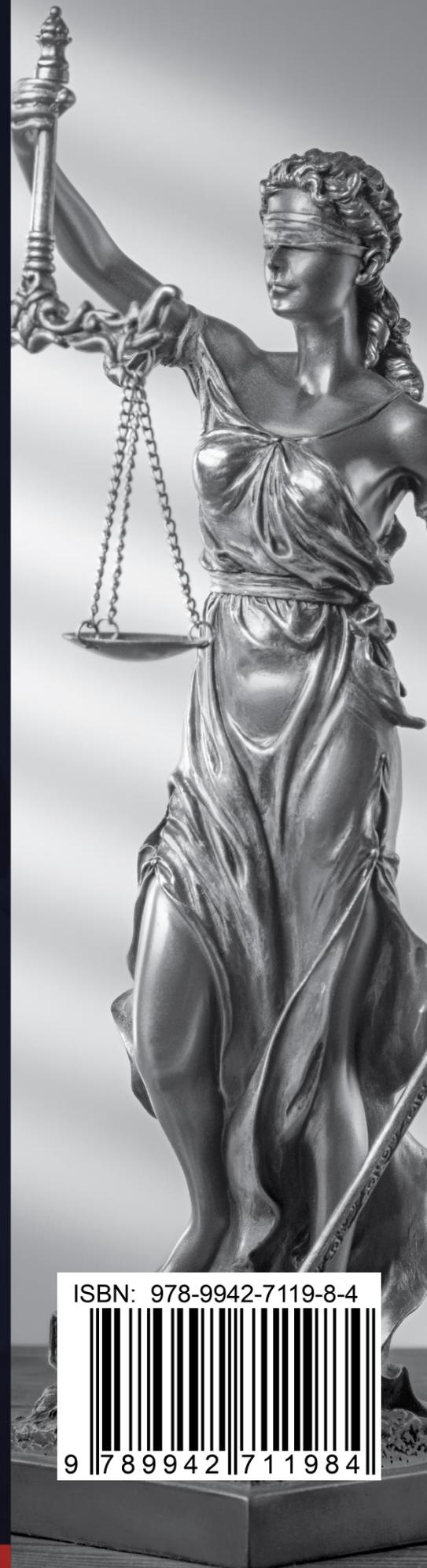
[Editorial Grupo AeA](#)



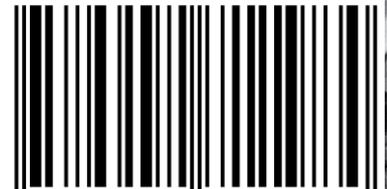
[editorialgrupoaea](#)



[Editorial Grupo AEA](#)



ISBN: 978-9942-7119-8-4



9 789942 711984